

INTERNAMIENTO DE PERSONAS MAYORES CON DETERIORO COGNITIVO EN GERIÁTRICOS O RESIDENCIAS

Internment of elderly people with cognitive impairment in nursing homes or residential homes

FRANCISCO SÁNCHEZ GÁLVEZ¹

RESUMEN: El internamiento no urgente de personas ancianas con deterioro cognitivo incapacitante para prestar consentimiento libre se halla deficientemente regulado y la Ley 8/2021, de 2 de junio, sustentándose generalmente en causas familiares o sociales que determinan la vulnerabilidad de la persona con discapacidad, y el art. 763 de la LEC no ofrece un marco de garantías adecuado a una medida que atañe al derecho a la libertad reconocido constitucionalmente, por lo que la autorización judicial previa y la valoración como medida de apoyo adecuada es imperativa, dando cumplimiento a los requisitos que el Tribunal Constitucional establece como indispensables.

PALABRAS CLAVE: Internamiento, urgente y no urgente, deterioro cognitivo, consentimiento libre e informado, derecho a la libertad, informe psiquiátrico, proporcionalidad, garantías constitucionales, control judicial, medidas de apoyo, jurisdicción voluntaria, proceso declarativo.

ABSTRACT: The non-urgent internment of elderly people with cognitive impairment that renders them unable to give free consent is poorly regulated and Law 8/2021, of June 2, and is generally based on family or social causes that determine the vulnerability of the disabled person, and the art. 763 of the LEC does not offer an adequate framework of guarantees for a measure that concerns the constitutionally recognized right to freedom, so prior judicial authorization and assessment as an appropriate support measure is imperative, complying with the requirements that the Court Constitutional establishes as essential.

KEYWORDS: Internment, urgent and not urgent, cognitive impairment, free and informed consent, right to freedom, psychiatric report, proportionality, constitutional guarantees, judicial control, support measures, voluntary jurisdiction, declarative process.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Presupuestos exigibles para el internamiento. III. Efectos de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 1. Primer supuesto: voluntad libremente emitida por la persona previamente a sufrir el deterioro cognitivo que anule sus facultades cognitivas. 2. Segundo supuesto: discapacidad sobrevenida habiendo otorgado poder o mandato preventivo. 3. Tercer supuesto: persona con discapacidad con apoyo de guardador de hecho. 4. Cuarto supuesto: persona en situación de discapacidad sujeta a curatela. IV. El establecimiento de medidas de apoyo en contra de la voluntad del interesado. V. Asistencia letrada o nombramiento de defensor judicial en todo caso. VI. Procedimiento adecuado. VII. Conclusión.

¹ Magistrado. Audiencia Provincial de Granada (Sección Quinta). f.sanchez@poderjudicial.es

I. PLANTEAMIENTO

La reforma del régimen jurídico de la discapacidad, operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, no ha abordado explícita y específicamente la regulación del internamiento no consentido de personas mayores con alzhéimer, demencias o trastornos cognitivos en centros geriátricos y no sanitarios; supuestos que generalmente no se sustentan en el propio deterioro cognitivo sino su situación social o familiar.

Esta Ley *“de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica”*, tal y como declara su preámbulo, pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, derogando el sistema vigente hasta su entrada en vigor, en el que predominaba la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la propia persona afectada, que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones, arbitrando medidas de apoyo de carácter voluntario y, a ser posible, predisuestas o consentidas por la propia persona afectada; no obstante, como no puede ser de otra forma, se contemplan esas situaciones excepcionales de personas aquejadas de trastornos o enfermedades psíquicas o neurológicas que anulan o limitan de forma muy relevante sus capacidades intelectivas o volitivas, a pesar de lo cual y como se ha dicho, no aborda la regulación del internamiento involuntario, siendo el caso que el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula los internamientos involuntarios en el seno del Capítulo II (de los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad), del Título I, del Libro IV (Procesos Especiales), como se constatará más adelante, no contempla estos supuestos aunque judicialmente se hayan encauzado a través del mismo, siendo evidente que los trastornos psíquicos de las personas afectadas son irreversibles, mientras que la medida de internamiento prevista en dicho precepto se contempla con un carácter no asistencial, sino terapéutico y de carácter temporal o transitorio, como resulta de la previsión de que la autorización judicial quede condicionada a la prescripción facultativa y que decaiga por la decisión, también del facultativo que atiende a la persona, de darle el alta porque considere que no es necesario mantener el internamiento.

Este precepto tiene atribuido carácter de Ley Orgánica, tras la declaración de inconstitucionalidad por STC 132/2010, de 2 de diciembre, con arreglo a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y dado que la cuestión que pretendo abordar es la de la vigencia o no de los criterios constitucionales y judiciales que resultan de las resoluciones del Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios sobre el internamiento de ancianos tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, parece oportuno extraer y compendiar esos criterios.

II. PRESUPUESTOS EXIGIBLES PARA EL INTERNAMIENTO

Conforme a la literalidad del precepto, el supuesto contemplado es el de la necesidad de internamiento prescrita por un facultativo cualificado para el tratamiento de una persona afectada por un trastorno psíquico, estableciendo la norma la exigencia de

autorización judicial previa o, en caso de urgencia, inmediatamente posterior (dentro del plazo de 72 horas), siendo preceptiva la audiencia de la persona afectada por la decisión, del Ministerio Fiscal y cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida, además del examen directo por el juez o tribunal de dicha persona y por el facultativo que se designe (normalmente médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal) que también será oído tras emitir dictamen.

La sentencia del Tribunal Constitucional núm. 13/2016, de 1 de febrero, de la que es ponente el Magistrado Don Andrés Ollero Tassara, abre la puerta, en su fundamento jurídico tercero, a la posibilidad de que las residencias geriátricas puedan ser el centro al que se refiere el artículo 763 LEC, siempre que se encuentre en condiciones imprescindibles para cumplir con el tratamiento psiquiátrico, abordándose la cuestión desde la perspectiva de la vulneración de los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la recurrente, con motivo del auto de un Juzgado de Primera Instancia que ratificó la medida de internamiento urgente por trastorno psíquico de la recurrente, y de la decisión desestimatoria del recurso de apelación de la Audiencia Provincial de Madrid.

Las infracciones que se denunciaban eran dos: el incumplimiento del plazo máximo de 24 horas en los internamientos urgentes para solicitar la ratificación judicial por el responsable del centro, y la ausencia del presupuesto de trastorno psíquico como justificación de la medida de internamiento.

Se aducía que el Samur social se dirigió al Decanato de los Juzgados de Madrid, el 17 de febrero de 2014, solicitando la ratificación del internamiento, el cual ya se había producido tres días antes, el 14 de febrero de 2014, cuando miembros del «Equipo de Internamientos Involuntarios» del Samur social trasladaron a la recurrente desde su domicilio a la residencia geriátrica, y se formuló la solicitud sin aportar un informe médico que motivara la procedencia de la medida, pues no tiene tal carácter el informe firmado por las trabajadoras sociales del Samur, en el que únicamente se describen ciertos hábitos de vida de la recurrente que podrán acaso requerir la ayuda de asistentes sociales, pero no su internamiento forzoso en una residencia. Tampoco ofrece la debida justificación de la medida el informe médico del doctor A.H.P.V., facultativo del Hospital Clínico San Carlos –que no examinó a la paciente–, incorporado en la fase judicial, el cual tampoco motiva expresamente la necesidad de tenerla internada.

La sentencia establece los siguientes presupuestos:

- La “obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron” constituye una exigencia básica derivada del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE), habiendo de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad [STC 141/2012, FJ 5 c)].

- El responsable de cada centro es quién permite que se materialice la privación de libertad de quien ingresa (o ya residía antes, por entrada voluntaria), si el centro dispone de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y si el centro cuenta con los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise.
- Si concurren esos condicionantes en el centro, nada obsta a que una residencia geriátrica pueda ser el “centro” al que se refiere el art. 763.1 de la LEC, insistiendo en que, además de cumplir con todos los requerimientos legales y administrativos para su funcionamiento, cuente con facultativos y medios para proporcionar el tratamiento psiquiátrico.
- La norma citada (art. 763.1 LEC) no contempla que la comunicación al órgano judicial la efectúen quienes intervienen en un momento anterior al inicio del internamiento, señalándose en la precedente sentencia 141/2012, respecto a la dirección o responsable del centro, que “[e]n todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido”.
- Concluye que hubo un incumplimiento del trámite de comunicación al órgano judicial, no solo porque se rebasara el plazo máximo de las 24 horas previsto en el art. 763, sino porque tampoco se llevó a cabo la comunicación por quien tenía que hacerlo, pues fueron las trabajadoras sociales del “equipo de internamientos involuntarios” del Samur social, que habían trasladado a la recurrente a dicha residencia, declarando el TC que tal delegación de responsabilidades carece de validez a los relevantes efectos de la tutela del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) que aquí está en juego, que se configura como una de las garantías esenciales de la fase extrajudicial del procedimiento que regula el art. 763, como señala la citada STC 141/2012.
- Ello entraña el incumplimiento del otro presupuesto de la fase extrajudicial, como es la existencia previa de un informe médico que justificara la medida de internamiento, que según la antecedente sentencia (FJ 4 a) “se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la 'urgencia' o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección”.
- El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad; siendo exigible la “existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el

responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial”.

- Se reprocha a la autoridad judicial haberlo considerado suficiente para, tras incoar el procedimiento, no ordenar de inmediato la puesta en libertad de la recurrente sino continuar su tramitación, cuando era evidente que la privación ilegítima de libertad ya se había consumado, al faltar el doble presupuesto requerido para llevar a cabo la medida sin la previa autorización del Juez, tanto de orden material [comunicación del internamiento y de sus motivos al Juez competente por el responsable del centro, con fundamento en un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento urgente: STC 141/2012, FJ 4 a) y 5 a) y c)] como temporal.
- Se estima, por tanto, la doble queja de la demanda de amparo por la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) de la recurrente, acordando la nulidad de las resoluciones impugnadas, y no constando en las actuaciones del recurso de amparo que la recurrente hubiese sido dada de alta por el centro asistencial donde fue internada, se acuerda su libertad inmediata, sin perjuicio de lo que haya podido decidirse respecto de su situación personal en el proceso de incapacitación seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 95 de Madrid (procedimiento núm. 344-2014), bien sea como medida cautelar o incluso como pronunciamiento definitivo en sentencia.

De este pronunciamiento del TC interesa destacar que el internamiento involuntario supone una privación de libertad y atañe al derecho fundamental reconocido en el art. 17.1 de la CE, por lo que los condicionantes y requisitos que considera exigibles constitucionalmente tienen el peso, la contundencia y eficacia vinculante para los Tribunales ordinarios que reconoce el art. 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con arreglo al cual “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”; excluyéndose en esta sentencia que el internamiento urgente en un centro geriátrico pueda sustentarse en cualquier circunstancia o comportamiento social o familiar distinta a lo que en la ciencia médica se considere un trastorno psíquico, transitorio o permanente, que prive a la persona afectada de capacidad para prestar su consentimiento a esa medida de internamiento, que ha de ser proporcional y adecuada a la fase del trastorno psíquico que afecte a la persona según el criterio del médico psiquiatra.

Consecuentemente, si bien el centro geriátrico puede considerarse idóneo para el internamiento urgente, ello se supedita a que disponga de personal con la cualificación de médico psiquiatra y de medios suficientes y adecuados para que la persona afectada pueda ser sometida a tratamiento de esa índole.

Hay que reparar en que no se aborda en esta resolución la cuestión de la idoneidad procedimental del régimen previsto en el art. 763 de la LEC para el internamiento no urgente, aunque en realidad el TC asimila, para el caso del internamiento urgente, el internamiento en el centro geriátrico a cualquier otro internamiento por trastorno psíquico, tanto en la consideración como privación de libertad y limitación del derecho constitucional previsto en el art. 17 CE, como a los requisitos exigibles de informe médico-psiquiátrico; en lo que atañe a la responsabilidad indelegable de la persona que ostente la dirección del centro para solicitar la ratificación judicial y controlar la excepcional situación de privación de libertad; e impone al juez o tribunal competente una obligación de control inicial sobre los requisitos temporales, formales y materiales de la solicitud de ratificación, de tal forma que, si no concurren, disponga la inmediata puesta en libertad, de modo que sólo si se cumplen continuará con el resto de los trámites previstos en el precepto para ratificar o no definitivamente el internamiento.

No se aborda en esta resolución el internamiento no urgente, ni desde la perspectiva material ni procedimental; si bien también puede destacarse el énfasis en diferenciar las pautas legalmente establecidas para la fase prejudicial del internamiento de las concernientes a la fase judicial y que, con arreglo al último inciso, sin perjuicio de aceptar la idoneidad procedimental del trámite previsto en el art. 763 LEC, también se apunta la posibilidad de que la medida de internamiento se acuerde en la sentencia definitiva del procedimiento de incapacitación entonces vigente o como medida cautelar (temporal ha de entenderse) en el mismo procedimiento, lo que nos ayudará a abordar la pertinencia de acordar el internamiento como medida de apoyo conforme al régimen vigente tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

La sentencia del TC núm. 34/2016 se refiere, ahora sí, al internamiento no urgente, abordando un recurso de amparo por denegación de la autorización judicial, interpuesto por el Ministerio Fiscal, que había formulado la solicitud de internamiento, y sustenta el TC la admisión del recurso en la necesidad de aclarar su anterior doctrina en lo que atañe a cuál ha de ser el procedimiento constitucionalmente adecuado para conocer de una medida de internamiento en un centro, adoptada sin previa autorización judicial, cuando se trata de situaciones de trastornos psíquicos no urgentes, tratándose, concretamente, de pronunciarse acerca del cauce procesal idóneo para obtener la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y llevaba ya un tiempo prolongado recluida en un centro asistencial.

Mantén el Ministerio Fiscal que esa autorización judicial ha de concederse a través del proceso especial del art. 763 de la LEC, y que toda negativa a otorgarla por esta vía supone vulnerar el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de la afectada, mientras que los pronunciamientos impugnados -contestes los del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial-, sin negar que se trata de una situación privativa de libertad que debe ser sujeta a control judicial, mantuvieron el criterio de que la autorización correspondiente hubo de instarse dentro del proceso para la declaración de incapacidad de los arts. 756 a 762 LEC, pero no por los trámites del procedimiento del art. 763, pues

falta el requisito de la “urgencia” que exige esta última norma como uno de sus presupuestos de procedencia.

Descarta el TC que pueda darse cobertura judicial a la “regularización” de situaciones consumadas de internamientos de personas por trastorno psíquico en contra de su voluntad o sin contar con ella, de suerte que resulta imprescindible que la medida se acuerde previamente por el juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad, es decir no internada, y declara que en esas condiciones el internamiento no urgente podrá solicitarse por los trámites del art. 763 LEC, aunque no se considera aplicable el plazo de las 72 horas para que el Juez resuelva, siempre que la adopción de dicha medida constituya el objeto exclusivo de tutela que se pretende en favor del afectado, si bien añade que si existen datos que desde el principio permitan sostener que la persona sufre un padecimiento mental de larga duración o irreversible lo adecuado es sujetar la autorización a un régimen jurídico de protección más completo, declarando su discapacidad e imponiendo un tutor o curador para que complete su capacidad, con los consiguientes controles del órgano judicial en cuanto a los actos realizados por uno u otro, de suerte que el internamiento podrá acordarse como medida cautelar (art. 762.1 LEC), o como medida ejecutiva en la sentencia (art. 760.1 LEC), en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC; e insiste en que toda restricción o limitación de la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), por lo que sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley, y mediante un procedimiento que asegure el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en la persona y que le inhabilitan para gobernarse por sí misma.

No es ajeno el TC a que el caso de la persona afectada por su sentencia coincide de manera sustancial con el de otras muchas que, debido a su edad avanzada, sufren una enfermedad neurodegenerativa y se encuentran recluidas en una residencia sin poder salir de ella, como medida de prevención, y que estos centros tienen bajo su cargo a personas que, si bien a su entrada estaban capacitadas para consentir su situación, esta deviene en la privación de su libertad ambulatoria, y con cierta frecuencia en la práctica, sin ningún conocimiento ni autorización de la autoridad judicial, y reconociendo que merecen apoyo los esfuerzos de las Administraciones Públicas competentes para atender las demandas de personas necesitadas de cuidados integrales en residencias en régimen de internamiento, rechaza de modo absoluto que pueda darse cobertura a situaciones privativas de libertad sin la previa autorización judicial o, por excepción, sin haber recabado el responsable del centro dicha autorización en el plazo urgente de 24 horas que dispone el art. 763 LEC, cumpliendo los demás requisitos establecidos en el precepto, descartando que la regulación legal de la medida de atención residencial en la modalidad de “residencias de personas mayores en situación de dependencia” (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia) pueda legitimar modalidad alguna de internamiento en la que quede eliminada o desplazada la tutela jurisdiccional.

En el caso enjuiciado la Fiscalía había optado por interesar la autorización judicial como internamiento urgente porque, como se ha dicho, la persona afectada ya se encontraba internada desde meses atrás, estando diagnosticada de enfermedad de Alzheimer, cuyas características considera el TC que encajan en la consideración de trastorno psíquico, pero, en línea con las resoluciones judiciales examinadas, considera que, precisamente por tratarse de una situación consolidada y diagnosticada con antelación al internamiento, no concurre el presupuesto de la urgencia para obtener la autorización judicial que, en realidad y como se ha dicho, supondría reconocer la urgencia de regularizar la situación que constitucionalmente no tiene cabida con arreglo a los razonamientos previos, y ratifica las resoluciones impugnadas en lo que concierne a que, en esa situación, es exigible el control judicial, pero a través de un procedimiento de incapacitación, porque la enfermedad diagnosticada permite su subsunción en el concepto de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma», que se contemplaba entonces en el art. 200 CC como presupuesto objetivo del proceso de incapacitación, destacando que, conforme al informe de la médico forense, las capacidades intelectivas y volitivas de la persona afectada se encontraban abolidas casi por completo, y se trataba de padecimiento de carácter permanente y evolución crónica e irreversible, considerando indicado, por su incapacidad de gobierno de sus bienes y persona, el ingreso en un centro sociosanitario para poder recibir la asistencia diaria y constante que requiere.

Precisa el TC que, en ese marco procesal del proceso de incapacitación, también es posible obtener la autorización como medida cautelar, conforme a lo previsto en el art. 762 de la LEC, que establecía por entonces que “cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación”, sin perjuicio de reconocer también a éste legitimación para interesar la adopción de las mismas medidas, y con la prevención de que, como regla, se acordarán previa audiencia de las personas afectadas y siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de la LEC, en el seno del régimen jurídico de las medidas cautelares (celebración de vista para audiencia de las partes y práctica de prueba; resolución por auto en el que habrá de analizarse la concurrencia de buen derecho y peligro de demora procesal - presupuestos objetivos del internamiento e interés prevalente y efectivo de la persona en dicha medida afectada, trasladando los requisitos generales de las medidas cautelares a los presupuestos del internamiento de ancianos-; y admisibilidad del recurso de apelación sin efectos suspensivos en caso de acordarse la medida.

Y refuerza el TC su pronunciamiento sobre la idoneidad del procedimiento de incapacitación desde una perspectiva, se dice, de protección jurídica integral, pues las medidas que pueden acordarse en el mismo no conciernen única y exclusivamente a la persona, sino también al aseguramiento de su patrimonio; aclarando que no cabe confusión entre el internamiento y la incapacitación, pero tampoco se trata de instrumentos jurídicos opuestos, pudiendo operar conjuntamente, por lo que tiene cabida la apertura de un proceso de incapacitación, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida.

En el caso, el TC también se ve obligado a intervenir activamente en aplicación de sus propias consideraciones, puesto que las resoluciones judiciales impugnadas, a pesar de denegar la autorización interesada, no se habían pronunciado sobre la situación personal en que quedaba la persona afectada, ni lo había interesado el Ministerio Fiscal, siendo lo procedente su puesta en libertad e inmediatamente proveer a su protección a través del proceso de declaración de discapacidad de los arts. 756 y siguientes de la LEC, reprochando, como en la antecedente sentencia núm. 13/2016, de 1 de febrero, que el propio Juzgado, que desde un principio optó por no sustanciar el procedimiento dentro del plazo judicial de 72 horas del art. 763.1 LEC (lo que suponía, de algún modo, anticipar el sentido de su fallo), no dispusiera nada sobre la situación personal de la afectada; omisión en la que también incurrió la Audiencia, por lo que concluye que, con arreglo al poder *ex officio* que les concede el art. 762.1 LEC, con base en los informes médicos de los que se disponía, bien el Juzgado o bien la Audiencia al resolver la apelación, debieron acordar la adopción inmediata del internamiento como medida cautelar, procediendo por su parte el Ministerio Fiscal a promover la correspondiente demanda de incapacitación de doña M.R.S., caso de no hacerlo la propia afectada, concluyendo que, precisamente por no haber adoptado ninguna decisión sobre la situación personal de la internada, se había vulnerado su derecho a la libertad (art. 17.1 CE), por lo que se decreta la nulidad parcial de los autos impugnados y la retroacción de las actuaciones, con el único fin de que el Juzgado de Primera Instancia proveyera lo necesarios para la tutela del derecho fundamental vulnerado de doña M.R.S., mediante las iniciativas procesales indicadas

Al hilo de estas últimas consideraciones, la conclusión más obvia e inmediata que se obtiene de la doctrina del TC, emanada de estas sentencias, es que el internamiento no consentido de personas ancianas en residencias geriátricas o sociosanitarias, cuando sus padecimientos o trastornos psíquicos, transitorios o permanentes, les impidan expresar su consentimiento libre e informado, interfiere con el derecho a la libertad de la persona constitucionalmente protegido en el art. 17 de la CE, por lo que es imprescindible la autorización y control judicial tanto de la entrada en el centro como de la permanencia en el mismo en régimen de internamiento, de tal forma que se conculca el derecho a la libertad individual:

- Cuando se lleva a cabo el internamiento sin ningún tipo de control judicial.
- Cuando la persona, inicialmente, ha prestado su consentimiento por no estar afectada por una enfermedad o padecimiento que le prive de facultades intelectivas y volitivas suficientes para expresar su consentimiento libre e informado, pero posteriormente estas facultades se ven anuladas o mermadas significativamente por la aparición o evolución de padecimientos de esa naturaleza y su situación no se somete a consideración y autorización judicial.
- Cuando extemporáneamente se concede autorización judicial al internamiento no urgente o se ratifica el previo el internamiento (sobrepasado el plazo de 72 horas), o si no concurren y se acreditan los presupuestos objetivos legalmente establecidos para el internamiento, o se sigue un procedimiento inidóneo en el que no concurren las garantías procesales previstas y se garantiza, en cualquier caso, el examen por el tribunal de la persona afectada, su derecho de audiencia,

el examen por un especialista en psiquiatría o por el médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal, y la audiencia de personas interesadas.

- Cuando cualquier juez o tribunal o el ministerio fiscal, teniendo conocimiento de que la persona se halla internada y privada de libertad, no provee o interesa su inmediata puesta en libertad en caso de constatar, a limine, que no se ha efectuado con control judicial o que, tratándose de un internamiento urgente, no se ha recabado inmediata y oportunamente (dentro del plazo de 24 horas) la autorización judicial por la dirección o persona responsable del centro; que no conste informe de facultativo especializado en psiquiatría el padecimiento y características del trastorno o enfermedad que sufra la persona, su incapacidad para prestar el consentimiento libre e informado, y la proporcionalidad e idoneidad a su estado de la medida de internamiento; o que el responsable o director del centro no garantice que dispone de medios humanos y materiales para seguir el tratamiento indicado.
- Cuando, en cualquiera de los procedimientos idóneos, se dicte resolución definitiva denegatoria de la autorización judicial y no se provea la inmediata puesta en libertad de la persona o, en su caso, *ex officio* se impulse o inicie el trámite adecuado para la adopción de la medida de protección consistente en el internamiento, estando indicada, eventualmente, la adopción de la misma con carácter cautelar y transitorio hasta la resolución definitiva.

En cuanto a los procedimientos adecuados, al margen de alguna consideración ambigua o vacilante, el procedimiento de previsto en el art. 763 de la LEC de ratificación del internamiento sólo debe considerarse adecuado en los casos en que concurra el presupuesto de urgencia, resultante del informe del médico psiquiatra, con respeto, eso sí, de los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, dignidad y tiempo mínimo imprescindible; mientras que en caso de internamiento no urgente, la autorización ha de ser, en cualquier caso, previa al internamiento y el procedimiento debe iniciarse y sustanciarse hallándose en libertad la persona afectada, sin perjuicio de que pueda acordarse como medida cautelar y provisional, siguiéndose el trámite previsto para la adopción de medidas de protección de la persona con discapacidad.

En cualquier caso la competencia y función judicial no es la de ordenar o expedir mandato de internamiento de la persona en situación de discapacidad sino de la autorizar el internamiento prescrito por un informe psiquiátrico concluyente sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida, una vez constatada la incapacidad de la persona para valorar por sí misma la trascendencia de la medida y consentir libremente la misma, estando obligado el tribunal a establecer igualmente medidas de vigilancia y control sobre los tratamientos –a los que tampoco puede prestar consentimiento– y estado de la persona.

III. EFECTOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021, DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA

Establecido el marco constitucional, debe plantearse la vigencia del mismo a la luz de los principios y del régimen jurídico implantado por esta norma, en la que se prima la prevalencia del criterio de la autonomía y libre determinación de la persona afectada por la discapacidad, removiendo los cimientos y derogando el régimen jurídico de la incapacitación al que, por la fecha de sus resoluciones, remite el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta que dicha norma culmina el proceso de adaptación a la Convención de Nueva York al que se hacía referencia, inspirado en el principio de que las medidas de apoyo a personas con discapacidad no pueden abordarse desde la restricción de derechos, lo que adquiere especial relevancia cuando el derecho fundamental afectado es el de libertad.

En este sentido, lo primero que se va a destacar es que, a pesar de la crítica que merece esta modificación legislativa por no haber enfrentado directamente la regulación de un régimen específico de internamiento de personas ancianas en centros geriátricos o sociosanitarias, el art. 762 sí ha sido modificado eliminando la referencia al proceso de incapacitación y estableciendo que cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria; contemplando igualmente que el Ministerio Fiscal podrá solicitar la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, manteniendo la prevención de que tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento, lo que me parece oportuno enfatizar en la medida en que, como se constata por el Tribunal Constitucional, es frecuente que en los procedimientos de revisión de medidas o durante la sustanciación de recursos se detecte la irregular situación del internamiento por falta de autorización judicial, teniendo cabida la inmediata sustanciación del procedimiento de medidas cautelares para la adopción, en su caso, de la medida de internamiento provisional de la persona en situación de discapacidad que lo necesite, puesto que ya ha quedado claro que, desde la perspectiva constitucional, la medida de internamiento concerniente a una persona anciana con deterioro cognitivo avanzado puede considerarse adecuada al garantizar el equilibrio entre el respecto a su autonomía y la necesidad de su protección jurídica.

Por otra parte, insistiendo en la singularidad del internamiento no urgente de personas afectadas por deterioros cognitivos irreversibles frente al internamiento psiquiátrico urgente de enfermos psiquiátricos o en situación de crisis psiquiátrica, habrá que asumir que el alzhéimer, la demencia o cualquier otra alteración cognitiva no constituye causa única y directa del internamiento, puesto que la persona aquejada podría ser atendida en un contexto distinto al residencial, lo que entraña que haya de aceptarse como razonable justificación de esta medida de protección que la situación personal de la persona con discapacidad tenga un componente social o familiar de déficit de atención por falta de dicho entorno familiar o social o inadecuación de uno u otro a las necesidades de la persona con discapacidad, lo que cada vez es más frecuente habida cuenta del incremento de personas que envejecen solas por distintos motivos²; por lo que en estos

² Según fuentes del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, más de 2,4 millones de personas declarantes de IRPF tienen algún grado de discapacidad fiscalmente reconocible, y el 28% de las personas

supuestos de trastornos crónicos no puede considerarse requisito o condicionante del internamiento que tenga una finalidad terapéutica y que el centro disponga de un equipo psiquiátrico y los medios materiales correspondientes, más allá del personal y medios adecuados para tratamiento y seguimiento asistencial; como no puede serlo, tampoco, que se someta a plazo de vigencia, sin perjuicio de los plazos de revisión que se han de establecer con arreglo a la normativa vigente.

Estos pronunciamientos jurisprudenciales me llevan a discrepar necesariamente de los planteamientos que consideran que las únicas medidas de apoyo que tienen cabida y que pueden articularse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria al que se hará referencia posteriormente, son las contempladas de forma tasada en el art. 250 CC, que quedaría reducida a la curatela³.

Considerando como pilares de la reforma la primacía de la autonomía y decisiones, deseos y preferencias de la persona con discapacidad; el reconocimiento de la institución de la guarda de hecho y la medida de apoyo de curatela asistencial y, excepcionalmente, representativa, procede abordar los presupuestos de derecho material y el cauce procesal adecuado para la obtención de la autorización judicial al internamiento, por lo que se plantean distintos escenarios.

1. Primer supuesto: voluntad libremente emitida por la persona previamente a sufrir el deterioro cognitivo que anule sus facultades cognitivas

Siendo varios los supuestos que pueden concurrir bajo estas premisas, el más complejo puede ser el de prestación previa del consentimiento al internamiento y, específicamente, el de la llamada autocuratela que contempla el nuevo art. 271 del Código Civil.

Se hallaría en el primer caso el supuesto previsto en el art. 255 CC, con arreglo al cual “cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes”, añadiendo que puede establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, de suerte que nada impide que en el momento del otorgamiento la designación en escritura recaiga en las personas responsables de una residencia geriátrica y que se acepte de antemano el régimen de funcionamiento de la misma; mientras que el art. 271 contempla que en las mismas condiciones “podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador”, e igualmente disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la

declarantes con discapacidad se encuentra en una situación de dependencia cualificada, que se categoriza cuando al menos en una situación de discapacidad de la declaración se acredita un grado que supera el 65%.

³ FJ Garrido Carrillo, “Panorama de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Cuestiones sustantivas y procesales”, Actualidad Civil, nº 2, 2023, pag. 4-29.

curatela, medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo; y entre esas disposiciones es también perfectamente previsible que la persona exprese su aceptación o consentimiento a que, en determinadas condiciones, pueda ser ingresada por el curador o curadores en una residencia geriátrica.

No obstante ese consentimiento previo, la conjunción de lo establecido en los arts. 763 de la LEC y 287 del Código Civil y la remisión en todo caso a lo establecido en el art. 249, con los criterios de la doctrina jurisprudencial y constitucional nos ha de llevar a pensar que no es excusable la autorización judicial en ninguno de estos casos, puesto que es obvio que entre las disposiciones sobre funcionamiento y contenido no se incluye referencia expresa alguna en los referidos preceptos al internamiento y que, por el contrario, el art. 287 establece la necesidad de autorización judicial para el curador representativo si se trata de “realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”; de manera que esa disposición previa de la persona a la aceptación del internamiento tendrá peso específico, eventualmente, para la autorización judicial, conforme a lo previsto en el art. 272 CC, pero no la excusa, puesto que la autotutela está sometida a las mismas limitaciones que la curatela ordinaria; teniendo en cuenta que éste último artículo dispone que la propuesta de nombramiento y demás disposiciones voluntarias a que se refiere el artículo anterior vincularán a la autoridad judicial al constituir la curatela, sin perjuicio de pueda prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal -siempre mediante resolución motivada -, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones; siendo importante llamar la atención sobre los requisitos de resolución motivada y gravedad de la modificación de las circunstancias, puesto que ello entronca con el respeto y preeminencia que merece la opinión expresada por la persona afectada, cuyo superior interés y no el de la persona curadora o los posibles conflictos que pudieran surgir en su ejercicio con terceros interesados, será el que deba prevalecer en todo caso.

Otro tanto cabe decir del supuesto en el que la situación de deterioro cognitivo grave deviene tras haber prestado consentimiento libre e informado al ingreso en un centro o si se pretende el cambio de residencia, habida cuenta que las características del centro constituyen, como indica el Tribunal Constitucional, elemento esencial a tener en cuenta para autorizar el internamiento y ello afecta, en cualquier caso, al derecho fundamental a la libertad.

2. Segundo supuesto: discapacidad sobrevenida habiendo otorgado poder o mandato preventivo

Todo lo dicho anteriormente es predicable igualmente para el caso, previsto en los artículos 256 CC y siguientes de que se haya otorgado poder incluyendo la previsión de subsistencia para el caso de necesidad de apoyos.

La singularidad de este supuesto de autorregulación es que, como previene el art. 257, para el cumplimiento y efectividad de estas medidas, se otorgará acta notarial adicional

que, además del juicio del notario sobre la situación de la persona, incorporará un informe pericial en el mismo sentido, lo que no se entiende es que no se contemple semejante garantía en los supuestos anteriormente señalados, si bien insisto en que para el caso de previo consentimiento al internamiento, las exigencias se equiparan.

3. Tercer supuesto: persona con discapacidad con apoyo de guardador de hecho

En la línea de desjudicializar el régimen de medidas de apoyo, la existencia de guarda de hecho que funcione correctamente viene a considerarse en el nuevo régimen como causa excluyente de la instauración de la curatela, habiendo establecido el Tribunal Supremo en su sentencia núm. 66/2023, de 23 de enero, que la gravedad de los padecimientos no justifica el establecimiento de una curatela si hay una guarda de hecho que funciona correctamente y no lo exigen el principio de necesidad o proporcionalidad; si bien las recientes sentencias 1443/2023 (de Pleno) y 1444/2023, de 20 de octubre ambas, complementan la resolución anterior, señalando que aunque el art. 255 CC, al regular las medidas voluntarias de apoyo, establece que “solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias”, el precepto ha de interpretarse bajo la perspectiva de la suficiencia de la guarda de hecho para la prestación de apoyos, porque no serán necesarios si da cobertura a todas las necesidades, pero, por el contrario, si la guarda de hecho no es suficiente, el precepto no puede interpretarse de forma rígida y habrá que proveer las medidas de apoyo necesarias, por lo que en el caso acuerda la curatela representativa en consideración a que la persona necesitada de apoyos presenta limitaciones para expresar su voluntad, deseos, preferencias; presenta limitaciones a la hora de tomar decisiones de manera autónoma; y se trata, en definitiva, de una persona vulnerable, cuyas capacidades cognitivas-volitivas están condicionadas por la patología que presenta.

Estas sentencias, a mi modo de ver, y con la experiencia que supone haber enfrentado situaciones coincidentes milimétricamente, ponen el dedo en la llaga y aciertan al efectuar una interpretación acorde con la racionalidad que exige la norma, porque se hace eco de las dificultades con las que se encuentra la persona que ejerce la guarda de hecho para realizar las gestiones más elementales concernientes a la persona con discapacidad y la inviabilidad de instar autorización judicial en cada caso. Y así asume el Tribunal Supremo en la última de ellas la manifestación de la persona guardadora, que puso de manifiesto ante el juzgado que, para seguir desarrollando su función, precisaría pasar a ser curadora con representación en la medida en que le facilitaría su labor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, aceptando el tribunal la realidad de que para realizar gestiones en nombre del esposo con discapacidad se hace preciso firmar por él porque no comprende el significado de la gestión ni tiene el menor interés, ni tampoco comprende el valor del dinero, por lo que se concluye en la sentencia que cuando es precisa de manera diaria la actuación representativa de quien presta el apoyo “es obvio que la necesidad de acudir al expediente de previa autorización judicial de manera reiterada y continua revela la insuficiencia de la guarda de hecho, la falta de agilidad en su actuación y en el desempeño de la prestación de apoyos, su falta de adecuación a la necesidad del apoyo requerido y, en consecuencia, la conveniencia de una medida judicial”. Se señala igualmente inconvenientes y trabas en el ámbito

sanitario y de la salud, porque a la persona guardadora se le limita el acceso a la información médica si no tiene reconocidas facultades representativas, de modo que se insiste en que si se interpretara de forma rígida la norma (último párrafo del art. 255 CC), descontextualizada, se negaría siempre la constitución de una curatela si en la práctica existe una guarda de hecho. Ello se traduciría en que, al revisar las tutelas anteriores, se transformarían de forma automática todas ellas en guardas de hecho, y ello es tan pernicioso como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era preciso hacerlo. En definitiva, la provisión judicial de apoyo no debe contemplarse con una connotación negativa, como tampoco la tienen la provisión voluntaria de apoyos o la propia guarda de hecho.

Nada dice esta sentencia sobre el internamiento, puesto que no es cuestión debatida en el recurso, pero la doctrina y presupuestos sobre los que se asienta sí permiten concluir que la existencia de guarda de hecho sólo debe considerarse excluyente del internamiento en caso de que proporcione plena satisfacción de las necesidades de la persona con discapacidad, pero no en caso contrario, lo que enlaza con lo que ya se ha dicho sobre la necesaria valoración de las circunstancias familiares o sociales, y no exclusivamente médicas o psiquiátricas, para autorizar el internamiento a pesar de la existencia de guarda de hecho cuando la persona guardadora ponga en evidencia y acredite su incapacidad para atender las necesidades de la personada con discapacidad, en cuyo caso podría autorizarse judicialmente el internamiento, por supuesto siempre con carácter previo a la materialización del mismo.

4. Cuarto supuesto: persona en situación de discapacidad sujeta a curatela

La instauración judicial de curatela se erige como última e inevitable opción de medida de apoyo cuando concurre un grado de afectación relevante de las capacidades intelectivas o volitivas de la persona, si bien en ningún caso tiene cabida dicha medida concebida como sustitución o suplencia del consentimiento de la persona necesitada de apoyo para todo asunto y supuesto, porque la resolución judicial tiene que concretar la naturaleza y alcance de los apoyos a cargo del curador, conforme a lo prevenido en el art. 250 CC, según el cual la extensión del apoyo vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo, cuyas funciones representativas se contemplan sólo excepcionalmente y bajo los principios de estricta necesidad y proporcionalidad.

En cualquier caso, y como ya se ha adelantado, ni siquiera el curador representativo puede proceder al internamiento residencial sin la previa autorización judicial.

IV. EL ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS DE APOYO EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DEL INTERESADO

Se han analizado supuestos de prestación de previo consentimiento al internamiento, concluyendo que ello no excusa la autorización judicial para el internamiento

residencial, lo que es plenamente trasladable a los supuestos en que el deterioro alcanza tal grado, según el preceptivo informe médico, que concurre incapacidad absoluta para prestar el consentimiento libre e informado; pero especial mención merece el supuesto en la persona susceptible de necesitar apoyos a su capacidad o con medidas ya adoptadas conserve la suficiente para mostrarse contraria al internamiento en general o en condiciones particulares planteadas por la persona curadora o guardadora de hecho; y, especialmente, cuando haya dejado constancia de su oposición a la medida formalizándolo documentalmente antes de sufrir deterioro cognitivo.

En este sentido, la sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 589/2021, de 8 de septiembre, abre la puerta, con carácter general y sin referencia expresa al internamiento, a la posibilidad de establecer medidas de apoyo contra la voluntad del interesado cuando padece algún tipo de patología que le impide tener conciencia de la enfermedad que le afecta, y ésta pone en riesgo su salud o su patrimonio, es decir en virtud de una valoración de su superior interés, que en lo que atañe a la cuestión que nos ocupa y como ya se ha adelantado, supondría ponderar circunstancias sociales o familiares concurrentes en el entorno de la persona con discapacidad, dando un paso más, por tanto, en un terreno sumamente delicado en el que no es infrecuente encontrarse en situaciones en las que esa falta de conciencia de la enfermedad y, por ende, falta de adhesión a sus tratamientos aboca a la persona con deterioro cognitivo irreversible a complicaciones de todo orden en su relación con el entorno que la ponen en riesgo de llevarle a una situación de especial vulnerabilidad cuando no de abandono o indigencia, como se desprende, por otra parte, de los supuestos que se contemplan en las sentencias del Tribunal Supremo números 1443/2023 (de Pleno) y 1444/2023, de 20 de octubre ambas, ya referidas.

Presuponiendo, por tanto, que en la casuística no pudiera descartarse que el superior interés de la persona aquejada de deterioro cognitivo indicara la pertinencia del internamiento contrario a la voluntad de la persona, lo cierto es que esa medida de apoyo no implica ni un deber de obediencia para la persona con discapacidad ni la atribución de facultades coercitivas o de contención física para los responsables, técnicos o personal de la residencia o centro sociosanitario, por lo que entiendo que si la expresión contraria al internamiento se acompaña de un mínimo de capacidad de autonomía de la persona no tiene cabida la autorización judicial en aras de su superior interés, sin perjuicio de la adopción de otras medidas de apoyo, salvo situaciones de riesgo vital, que no suelen ser las concurrentes, puesto que generalmente el riesgo suele ser de naturaleza patrimonial, que, en principio, no debiera considerarse como justificativo de una merma o privación del derecho de libertad individual.

V. ASISTENCIA LETRADA O NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN TODO CASO

Con arreglo al art. 250 CC, el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; por lo que teniendo en cuenta que el internamiento involuntario, como se viene diciendo, compromete gravemente el derecho fundamental de libertad, considero inexcusable que la decisión judicial se adopte con plenas garantías de defensa y que, por ende, si la persona no designa su propia asistencia letrada, habrá

de procederse al nombramiento de defensor judicial, lo que no siempre observamos que suceda en la práctica, singularmente cuando recurre en apelación la persona guardadora de hecho o curadora la decisión judicial denegatoria de medidas de apoyo y pudiera concurrir, por ende, conflicto de intereses, lo que deviene especialmente grave si la medida concierne al internamiento de la persona.

El defensor judicial se nombra a través del procedimiento establecido en el Título II, capítulo II de la LJV.

VI. PROCEDIMIENTO ADECUADO

Salvo los supuestos de internamiento urgente y provisional en situaciones de crisis psiquiátrica que pueden considerarse residenciados en el art. 763 de la LEC, el internamiento no urgente de personas ancianas con discapacidad en centro residencial debería plantearse a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria para provisión de medidas de apoyo, que se contempla en el capítulo III bis del Título II de la LJV (artículos entre el 42 bis a) y 42 bis c)).

La competencia territorial incumbe al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde resida la persona con discapacidad (art. 42 bis a)2 LJV), y en caso de cambio de residencia antes de la vista oral, se remitirán las actuaciones al Juzgado correspondiente al nuevo lugar de residencia; y la legitimación para promover el expediente corresponde al Ministerio Fiscal, a la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos (art. 32 bis a) 3 LJV) (33).

Se inicia el procedimiento con solicitud que deberá ir acompañada de los documentos que acrediten la necesidad de medidas de apoyo, incluyendo necesariamente un dictamen pericial de los profesionales sociosanitarios que aconsejen como medida de apoyo el internamiento y la proposición de la práctica de pruebas que se consideren necesarias.

Se cita al Ministerio Fiscal, a la persona con discapacidad y, si existiese, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o pareja de hecho, a los descendientes, ascendientes o hermanos; y el juez puede recabar de oficio informes de entidades públicas que operan en el territorio de la residencia habitual de la persona afectada y son encargadas de la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad, o entidades del tercer sector de acción social, para conocer si existen alternativas al internamiento.

El juez convocará una comparecencia, que se celebrará con arreglo a los trámites del juicio verbal establecidos en los artículos 437-447 LEC, que incluirá necesariamente una entrevista o exploración de la persona afectada, cuya oposición o la de cualquier otra persona de las interesadas o del Ministerio Fiscal pondrá fin al procedimiento, abriendo la vía contenciosa siguiendo el procedimiento del Libro IV, Título I, Capítulo II LEC (arts.756-763), sin perjuicio de que pueda acordarse provisionalmente el internamiento provisional con arreglo a lo establecido en el art. 42 bis b).5 de la LJV por plazo máximo

de 30 días, que podría prorrogarse en caso se seguirse el procedimiento contencioso al amparo del art. 762 de la LEC, como señalan las sentencias del TC.

En caso de que no haya oposición, el Juez dictará auto con las medidas de apoyo consistente en el internamiento, incluyendo las prevenciones sobre control y revisión periódica, que deberá ajustarse a la gravedad de la restricción de derechos que el internamiento implica; y es recurrible en apelación, sin efectos suspensivos, con arreglo al art. 20 de la LJV.

VII. CONCLUSIÓN

El internamiento no voluntario de personas ancianas con discapacidad aquejadas de trastornos psíquicos o neurológicos que les imposibiliten para prestar consentimiento libre e informado, atañe a sus derechos fundamentales, por lo que la insuficiente regulación en el ordenamiento jurídico tanto material como procesal, y la asistemática de la reglamentación no satisfacen las garantías constitucionales y legales exigibles, dando cabida un amplio margen interpretativo y a prácticas exentas de control judicial, que se traducen en una situación de inseguridad jurídica para un fenómeno de amplia repercusión social. Se hace, por tanto, imprescindible una regulación específica y precisa de los presupuestos exigibles para el internamiento, de las modalidades de este y medidas de control adecuadas y acordes con la importancia del fenómeno, como trágicamente se puso de manifiesto durante la pandemia de COVID-19.