

El proceso de ingreso “no voluntario” en residencias de mayores

MARÍA JESÚS GERMÁN.
Doctora en Derecho.
Abogada de la Fundación Rey Ardid.



RESUMEN

La evolución de la sociedad y los cambios en el modelo de cuidados de mayores han obligado a introducir numerosas iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de medios destinados a cubrir las múltiples carencias de diversa índole que estas diferentes situaciones requieren. Pese a los cambios, diversos estudios presentan a la “mujer” –dentro del ámbito asistencial– como principal cuidadora y receptora de cuidados, y destacan que la mayor parte de tareas de cuidado directo de nuestros mayores son desempeñadas por mujeres tanto desde el ámbito informal como desde el profesional, por lo que se ven marcadas por un importante factor de género.

La previsión de disposiciones por parte de nuestros mayores destinadas a clarificar las decisiones que han de adoptarse en el momento en que no cuentan con capacidad suficiente para otorgarlas (designación de representante en caso de incapacidad, elaboración del documento de voluntades anticipadas, testamento, etc) aseguran el respeto de su voluntad y dotan de la necesaria seguridad jurídica en caso de futuros procesos judiciales, sanitarios o de cualquier índole que afecten directamente a la persona o a su patrimonio, evitando problemas familiares así como la ardua tarea de que allegados tengan que adoptar al final de los días decisiones tan necesarias como dolorosas.

Palabras clave: El cuidado de mayores, aspectos legales, feminización de las personas mayores y de las cuidadoras, últimas voluntades y testamento.

ABSTRACT

The evolution of society and changes in the model of care for the elderly have been forced to introduce a number of legislative initiatives to provide society with means to cover the multiple deficiencies of various kinds that these different situations require. Despite the changes, several studies show the “woman” –within the scope of receiving assistance– as primary caregiver and receiving care, and note that most tasks of direct care of our elderly are performed by women both from the informal sphere and from the professional, so they are marked by a significant gender factor.

The forecast provisions by our elders designed to clarify the decisions to be taken at the time that do not have sufficient capacity to grant them (designation of a representative in case of incapacity, preparation of last wishes related to treatments and dead, will, etc) ensure respect for their will and provide it with the necessary legal certainty in case of future legal, medical or any other type processes that directly affect the person or their property, preventing family problems and the hard work that relatives have to adopt at the end of live, necessary but some times painful decisions.

Keywords: The eldercare, legal aspects, feminization of the elderly and caregivers, last desires, will.

Ningún problema existe cuando una persona con plenas facultades mentales ingresa libre y voluntariamente en una residencia de mayores si cuenta con suficiente capacidad para adoptar tal decisión y puede evaluar las diferentes opciones que se le presentan.

El conflicto surge en aquellos casos en los que la voluntad de la persona que ha de otorgar el consentimiento está viciada, bien porque es compelida de alguna forma a la aceptación de la medida o porque carece de capacidad suficiente para poder adoptar una decisión válida a consecuencia de su edad o de algún trastorno psíquico significativo (demencia senil, alzhéimer...).

Dado que la decisión de ingresar a una persona en un centro residencial puede afectar a su libertad, su adopción solo puede llevarse a cabo por el afectado o, en su defecto, por el juez.

Consecuencia de ello es que el sujeto que no esté capacitado para otorgar consentimiento válido y precise de atención y cuidados especializados puede verse abocado a dos procesos judiciales destinados a garantizar sus derechos: el proceso de modificación de la capacidad de obrar y la autorización de ingreso no voluntario en centro adecuado a sus necesidades¹.

¹ El internamiento involuntario en centro adecuado a la patología del sujeto afectado no implica obligatoriamente la necesidad de iniciar un procedimiento de incapacitación. Aunque es cierto que en supuestos de residencias de mayores pueden ir íntimamente unidos, a diferencia de otros ámbitos como el de la enfermedad mental donde una persona puede estar aquejada en un momento puntual de una sintomatología que le impide gobernarse puntualmente en todos o alguno de los ámbitos de su vida, pero una vez haya sido debidamente tratada puede recuperar su capacidad natural y decidir libremente sobre cualquier aspecto de su vida. No obstante lo dicho y en el tema que nos compete –referente a residencias de la tercera edad– en la mayoría de los casos nos encontramos ante patologías degenerativas que cuentan como consecuencia permanente o progresiva con un importante deterioro cognoscitivo del sujeto afectado que le priva indefinidamente de capacidad natural para adoptar decisiones razonadas y debidamente valoradas.



² Según datos tomados del Libro Blanco sobre personas en situación de dependencia, publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en diciembre de 2004, el envejecimiento va a continuar en los próximos años. Hoy en día la esperanza de vida en nuestro país se cifra en 77 años para los hombres y 83 para las mujeres, lo que convierte a España en uno de los países más envejecidos de Europa dentro de la que se ha dado llamar la “era de la longevidad”.

³ Observatorio de Personas Mayores. Boletín sobre el envejecimiento n.º 35: Cuidadoras y cuidadores: el efecto del género en el cuidado no profesional de los mayores. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Octubre 2008. El citado estudio, que aporta interesantes datos sobre el cuidado de mayores en el año 2005 nos indica que el 84% de los cuidadores en nuestro país son mujeres; lo más habitual hijas (50%) o la esposa o compañera (12%) y en menor medida las nueras (9%); porcentajes estos que contrastan con los de cuidadores hijos, esposos y yernos (8%,5% y 2% respectivamente). Estos datos no se han visto afectados por el cambio en el entorno en los últimos años, ya que el porcentaje de mujeres cuidadores no solo no ha disminuido desde 1995 (fecha del anterior informe sobre el tema del INSERSO), sino que por el contrario, se ha visto ligeramente incrementado (de un 83 a un 84%).

⁴ Como ya hemos indicado, las características de los centros residenciales de los que se ha extraído la muestras son heterogéneas:

1. Algunos de los centros son de carácter exclusivamente privado o público y otros mixtos (es decir, cuentan con plazas de carácter privado y otras concertadas).

2. El número de plazas residenciales varía considerablemente: desde residencias de más de 125 plazas a residencias de 30/35.

3. Algunos de los centros se ubican en el núcleo urbano y otros se encuentran en diferentes pueblos de la Comunidad Autónoma.

⁵ La encuesta nacional realizada en 2004 en Estados Unidos (NAC & AARP, 2004) indica que el 63% de los cuidadores de personas dependientes de más de 50 años son mujeres, mientras que lo son un 59% de los cuidadores de Alzheimer (Alzheimer’s Association & National Alliance for Caregiving –NAC–2004). El Instituto Australiano de Salud y Bienestar indica que el 54,5% de los cuidadores mayores de 60% en este país son mujeres (Instituto Australiano de Salud y Bienestar).

1. LA EVOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD Y LOS CAMBIOS EN EL MODELO DE CUIDADO DE MAYORES

La situación descrita ha de ponerse necesariamente en relación con el profundo cambio que la configuración del núcleo familiar ha sufrido en nuestra sociedad en los últimos años: los Estados son conscientes de las crecientes necesidades de carácter social que de ellos se predicen, lo que les ha obligado a introducir diversas iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de los medios necesarios para cubrir numerosas carencias de índole asistencial. Aun a riesgo de parecer pesimistas puede afirmarse que en la actualidad, la respuesta prestada por el Estado es notoria y manifiestamente insuficiente².

Pese al transcurso de los años y la evolución de la sociedad, el peso del cuidado de personas discapacitadas (especialmente el de los grandes dependientes) se encuentra marcado por el factor de género. Los diversos estudios sobre la materia concluyen de forma unánime que las tareas de cuidado recaen mayoritariamente sobre las mujeres, representado el 84% del universo del cuidador informal³. Como veremos a lo largo del presente artículo, en el ámbito residencial, el factor de género arroja similares proporciones en cuanto al porcentaje de cuidadores profesionales que prestan servicios en los centros.

Con objeto de aportar datos concretos, he llevado a cabo un estudio en el que se analizan datos extraídos

de diferentes centros residenciales de carácter público, privado y mixto en la Comunidad Autónoma de Aragón sobre una muestra de 1.194 residentes y sus cuidadores. La muestra es significativamente heterogénea dadas las diferentes características de las residencias que han participado⁴.

La recogida de datos se ha efectuado por medio de los responsables de los diferentes centros residenciales. Todos ellos han recibido idéntica información sobre el propósito de estudio, y el mismo cuestionario (en el que figuraba la batería de preguntas a contestar) participando de forma voluntaria y conociendo que en su recogida se iba a preservar la debida confidencialidad. En algunos casos, tras la transferencia de datos se contactó telefónicamente para aclarar ítems confusos, contradictorios o que se encontraban en blanco.

Al tratarse de una muestra incidental o de conveniencia, se ha comparado su representatividad con otros informes sobre la materia (INSERSO 2008) cotejándolos con los valores que constan en el citado informe, aunque, dado el diferente enfoque del estudio sólo es posible extrapolar determinados datos de aspectos significativos. Los resultados obtenidos vienen a corroborar y ampliar el distinto perfil de cuidadores y cuidadoras de mayores dependientes reflejado en estudios anteriores, así como el de mayores dependientes de otros países⁵.

Uno de los resultados que llama la atención es el referente al número de cuidadoras profesionales en cen-





tros residenciales: 87,4%; cifra similar a la que presentan la mayoría de estudios al referirse a cuidadores informales (de los 277 trabajadores que componen la muestra el 87,4% son mujeres y solo el 12,6% varones). Esta diferencia porcentual significativa no se traslada a puestos de trabajo de especial relevancia en cuanto a cualificación profesional.

El incremento de plazas residenciales tiene su origen en uno de los problemas que preocupa de modo significativo a nuestra sociedad: la “dependencia”. Según los datos del Padrón Continuo (INE) en España, a 1 de enero de 2015 hay 8.573.985 personas mayores (65 y más años), lo que supone el 18,4% sobre el total de la población (46.624.382). El incremento de la esperanza de vida, el significativo aumento de enfermedades degenerativas y un importante número de personas discapacitadas a consecuencia de accidentes y enfermedades provocan que las familias y la sociedad en su conjunto tengan que hacer frente a las múltiples y diversas obligaciones que estas situaciones requieren. Sin embargo, tal y como se desprende del estudio sobre el envejecimiento realizado por el IMSERSO en 2008, los Servicios Sociales solo cuidan al 3,2% de los dependientes, recayendo en las familias el mayor peso, especialmente, como venimos indicando, en las mujeres⁶.

2. LAS MUJERES COMO PRINCIPALES CUIDADORAS Y TAMBIÉN RECEPTORAS DE CUIDADOS

Con el fin de paliar el impacto que las situaciones de dependencia provoca en los cuidadores informales, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia “contempla” la implantación de diferentes medidas de apoyo: programas de formación, información y alternativas para atender períodos de des-

canso, el problema es que no las “garantiza”, motivo por el que en muchos casos no se hacen efectivas. También incluye un amplio catálogo de servicios dirigidos a promover la autonomía y el cuidado de estas personas, lo que supone un importante avance para el desarrollo de un adecuado sistema de atención (servicios de centros de día y de noche y residenciales, en los que se alude al descanso de las personas que cuidan), pero no establece un sistema de valoración de las necesidades de los cuidadores ni garantiza la existencia de servicios especialmente dirigidos a éstos.

Parte de los ingresos en centros residenciales podrían evitarse facilitando servicios que proporcionen respiro real y efectivo a los cuidadores informales, lo que contribuiría a evitar situaciones de estrés y dolencias físicas y psíquicas que derivan de la prestación de tales cuidados⁷. La dedicación a “cuidar” de una persona dependiente constituye un factor de riesgo para la propia salud de las cuidadoras que origina, en no pocos casos, la necesidad de ingresar a la persona dependiente en centros residenciales ante la necesidad del cuidador (insistimos, generalmente, cuidadora) de ser cuidado y la imposibilidad de seguir prestando los cuidados que a lo largo del tiempo ha venido llevando a cabo⁸.

Según el reseñado estudio del IMSERSO las diferencias sexuales en el tipo de trabajo que prestan también llaman la atención; mientras las mujeres llevan a cabo con mayor frecuencia cuidados cotidianos y personales como la ayuda en necesidades básicas de la vida (aseo, alimentación, ayuda para vestirse o comer), los varones se centran en la realización de gestiones o ayuda para salir de casa.

La muestra llevada a cabo en el presente trabajo, sobre un total de 1.194 plazas residenciales (959 corresponden a estancias permanentes en residencias de mayores, y 235 en centros de día) arroja otro dato de

género significativo: el número de personas incapacitadas judicialmente es de 62 (48 mujeres y 14 hombres), es decir el 77,42% de las personas incapacitadas son mujeres frente al 22,58% de varones, aunque es preciso destacar que el porcentaje de mujeres ingresadas asciende al 69,05%, frente al 30,95% de varones. Las diferencias porcentuales pueden deberse a que con frecuencia y las mujeres se casan con hombres mayores que ellas y a su mayor expectativa de vida, lo que conlleva que en muchos casos, en el momento en que necesitan asistencia, sus maridos ya han fallecido.

⁶ RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *El problema de la dependencia: Conceptualización y debates. La protección social de la dependencia*. Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO)–Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, 25-44. Para el autor, la insuficiencia de servicios sociales provoca que las tareas de los cuidados a personas dependientes recaigan en la familia, fundamentalmente en las mujeres.

⁷ Los estudios destacan de forma unánime que los cuidadores experimentan menores niveles de malestar físico y emocional que las cuidadoras. Diversas revisiones muestran que las cuidadoras presentan mayor nivel de sobrecarga (Miller y Cafasso, 1992), depresión (Pinquart y Sorensen 2006), ansiedad (Yee y Schulz, 2000) y sintomatología psiquiátrica (Yee y Schulz 2000), así como malestar subjetivo y una peor salud física (Pinquart y Sorensen 2006).

⁸ CRESPO LÓPEZ, M^a y FERNÁNDEZ LANSAC, V.: “Resiliencia en cuidadores familiares de personas mayores dependientes”. *Anales de la Psicología*. Vol. 21 (2015) n^o 1, pág. 9. El estudio analiza la distribución de los niveles de resiliencia en familiares de personas mayores dependientes y explora las características que poseen los cuidadores destacando que –contrariamente a lo que podría pensarse– su respuesta no se basa especialmente en las características objetivas del contexto en que están inmerso o la cantidad de estresores a los que son expuestos; por el contrario adquieren especial importancia aspectos subjetivos relacionados con sus recursos internos, la manera de valorar la situación del cuidador en particular, su eficacia para controlar pensamientos negativos, técnicas de autoestima y autocuidado, así como satisfacción personal obtenida y grado de apoyo recibido. El único estresor que presenta diferencias significativas es el relativo al deterioro cognitivo del mayor dependiente, por lo que podría considerarse que el modo de evaluación de los estresores depende principalmente de la frecuencia e intensidad de los mismos.



⁹ El Texto Refundido integra en una sola norma la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI) de 1982; la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003, y la Ley por la que se establece el Régimen de Infracciones y Sanciones en materia de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad, de 2007.

¹⁰ Uno de los autores que ha mostrado especial interés por la situación de estos colectivos es FERREIROS MARCOS, C.E. (2001). El citado autor expuso en la ponencia las siguientes conclusiones:

1. No cabe duda de que las Residencias de Tercera Edad son centros de internamiento asistencial.

2. Las demencias son encuadrables en el concepto genérico de enfermedad mental o trastorno psíquico.

3. El art. 763 de la LEC no restringe en su sentido literal el concepto exclusivamente a centros sanitarios.

4. En el área de las discapacidades ya no se habla de una asistencia exclusivamente sanitaria sino que se aborda desde una perspectiva global que abarca tanto lo social como lo sanitario, con una denominación específica: área de servicios socio-sanitarios.

5. El concepto de establecimiento de salud mental debe abarcar toda la gama de servicios destinados a atender a las personas que padezcan estas patologías, dado el actual concepto socio-sanitario. La distinción ha de realizarse en tanto en cuanto hay establecimientos de salud mental que a la vez son centros de internamiento y otros no (hospitales de día o centros de día).

6. En el ámbito de los internamientos prolongados –que es el más proclive a abusos– es donde las razones de protección son más atendibles en la actualidad. La garantía de los derechos de los ancianos es, por otro lado, tónica general en las declaraciones internacionales.

¹¹ “Estudio y recomendaciones del defensor del pueblo sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos”. Madrid (1996), pág. 67-70. El estudio destaca otro tipo importante de “internamiento asistencial, en función del número de sujetos afectados: el destinado a deficientes mentales profundos, dado que pocos pueden cuidar de sí mismos y sólo algunos adquieren habilidades lingüísticas y sociales simples, precisando en un buen número de supuestos el internamiento –por lo general adultos– con finalidad asistencial. En caso de deficientes mentales moderados, el internamiento más habitual es el formativo, ya que habitualmente pueden ser educados y entrenados para cuidar de sí mismos bajo supervisión. Distinto caso es el de deficientes mentales profundos, o aquellos en los que, además de tal patología padecen otras deficiencias auditivas, visuales, epilepsias, problemas de conducta o trastornos de la personalidad, inmobilizaciones, etc. En estos casos la necesidad de asistencia continua y especializada se hace imprescindible.

¹² En caso de que los cuidados que puedan dispensarle sus familiares o personas allegadas sean precarios e insuficientes para su cuidado, procederá el ingreso asistencial.

3. EL PROCESO DEL INGRESO DE MAYORES EN CENTROS RESIDENCIALES

El ingreso de discapacitados en centros residenciales cuenta con serias implicaciones éticas, médicas y jurídicas íntimamente interrelacionadas. Pese a la conflictividad del proceso, nuestra legislación y jurisprudencia sobre la materia (capacidad de decisión) ha venido siendo abundante a la vez que contradictoria y dispersa, de forma que –dependiendo del criterio por el que se decantasen las Audiencias Provinciales, Jueces o Fiscales– eran aplicados unos artículos u otros de nuestro ordenamiento jurídico provocando situaciones de inseguridad jurídica difíciles de explicar.

Con carácter general, el derecho a residir y ser asistido en un centro especializado se halla recogido en el art. 50.1 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁹ que indica:

“Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre”.

El art 51 matiza al respecto que:

“6. Los servicios de centro de día y de noche ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas con discapacidad, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias.

7. Los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus fa-

milias, así como por sus organizaciones representativas. En la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizados por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas.

La planificación de estos servicios atenderá a la proximidad al entorno en el que desarrollan su vida las personas con discapacidad.

9. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en esta ley, cuando la especificidad y la necesidad de apoyos lo hicieran necesario, la persona con discapacidad tendrá derecho a residir o ser atendida en un establecimiento especializado”.

Las limitaciones que dan lugar a la necesidad de asistencia de terceros, que en ocasiones les impiden afrontar las más elementales labores de cuidado personal e incluso para poder llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria, son de diversa índole, entre ellas: las de carácter físico, las originadas por la avanzada edad del sujeto que las padece, o las propiamente provocadas por trastornos psíquicos¹⁰.

La casuística más común se refiere a personas de avanzada edad con demencia senil o algún otro tipo de enfermedad degenerativa tipo Alzheimer y suponen, en la mayor parte de los casos –dada la cronicidad de la patología habitualmente degenerativa– ingresos de larga duración¹¹.

Entre los presupuestos necesarios para que proceda el internamiento asistencial y sea legítimo mantener la medida deben darse los siguientes condicionantes:

a Ha de ser indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y asistencia necesarios para preservar su salud y su dignidad como persona¹².

b Proporcional a las limitaciones del residente y al tipo de establecimiento en el que se realiza el in-



greso; se entiende por medida proporcional la alternativa menos gravosa para el interesado¹³.

C En cualquier caso, los informes médicos periciales deberán constatar la existencia del trastorno mental padecido por la persona objeto de ingreso y la falta de capacidad natural para decidir por sí misma, especialmente cuando la incapacidad no sea evidente a primera vista. La discapacidad debe ser apreciada por el Juez en el preceptivo examen personal.

Hasta la fecha, el problema de ingreso de mayores sin capacidad suficiente de decisión en una residencia asistencial había de ser reconducido al ámbito de aplicación de dos preceptos: el art. 271 CC (para el caso de incapacitados) y el art. 763 LEC (para supuestos en que no exista incapacitación legal). Pero la cuestión de la aplicabilidad del art. 763 LEC al internamiento de carácter asistencial no ha sido jurisprudencialmente pacífica y ha suscitado numerosos debates en los Tribunales¹⁴.

La reciente Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional de 29 de febrero de 2016, incide directamente en la material al resolver el conflicto que plantean ingresos no voluntarios que son conocidos por los Tribunales tras días, semanas, meses e incluso años después de hacerse efectivos, por lo que carecen del carácter de urgencia.

La sentencia estudia desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad, la posible aplicación del art. 763 LEC con el fin de “regularizar” internamientos indebidamente realizados y llega a la conclusión de que no cabe regularizarlos por esta vía, dado que no nos encontramos ante un supuesto de mera subsanación de formalidades administrativas, sino ante una directa vulneración de un derecho fundamental: el derecho a la libertad.

Ante tales situaciones, el alto Tribunal facilita una respuesta concreta y establece la necesidad de promover el correspondiente procedimiento de modificación de la capacidad de

obrar de la persona afectada con el fin de proteger sus derechos y la necesidad de adoptar de inmediato el internamiento como “medida cautelar” poniendo en conocimiento del fiscal los hechos con el fin de que, en caso de no iniciar el procedimiento los familiares, promueva la correspondiente demanda de modificación de la capacidad de obrar.

En la práctica, a lo largo de los últimos años, en la mayoría de ingresos los familiares podrían solicitar la incapacitación de sus mayores y muy posiblemente prosperaría, pero lo cierto es que –salvo en casos excepcionales en que la medida busque un fin concreto y determinado¹⁵– no lo hacen

de *motu proprio* porque pactan con las residencias las condiciones de atención de sus mayores y no encuentran “necesidad” de garantizar de otra forma las necesidades de sus mayores a los que consideran debidamente “protegidos”. Cuando se comunica a los familiares de personas que inician trámites para proceder a realizar ingresos “no voluntarios” que los responsables de las residencias, en caso de no solicitarlo las familias, han de comunicarlo al Juzgado de Primera Instancia competente en el plazo de 24 horas desde que se realiza el ingreso, se muestran sorprendidos y no comprenden el motivo por el que se ven obligados a llevar adelante los trá-

¹³ Si la persona sobre la que se solicita el ingreso puede valerse con ayuda de asistencia domiciliaria o es suficiente su ingreso en un centro abierto o semiabierto (sin que ello suponga un claro empeoramiento o riesgo para su salud o seguridad) no procederá su ingreso en un establecimiento cerrado.

¹⁴ ZURITA MARTÍN, I.: *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores en centros residenciales*. Dykinson. (2008) págs. 30-40. La autora destaca dos corrientes doctrinales al respecto: a) en contra de la aplicación analógica del art. 763 LEC al ingreso de ancianos en centros residenciales y b) a favor de la misma.

Entre las sentencias pioneras a favor se encuentra la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de noviembre de 1997 (AC 1996/2151), que fue la primera en pronunciarse en contra de la aplicación del art. 211 CC, sosteniendo, tanto en esta como en posteriores resoluciones de forma reiterada, que este supuesto no encaja en el sentido del reseñado artículo, pues su interpretación con arreglo al art. 3 del CC (criterios gramatical, sistemático, histórico, sociológico y lógico) debe hacer valer que no cabe dar al precepto un alcance que es desproporcionado. Esta doctrina fue seguida por otras Audiencias como: La Rioja, Alicante, Vizcaya o Valladolid. Los principales argumentos en que sustentaban la inaplicabilidad del art. 763 al supuesto de ingresos de ancianos en centros residenciales pueden resumirse en los siguientes:

1. No se corresponden con el sentido propio de las palabras ni con el contexto hacer extensivo el ingreso psiquiátrico urgente de dementes a la atención residencial de ancianos, aunque éstos sufran disminución de sus facultades.

2. La colocación del precepto es sistemática, pues los artículos anteriores y posteriores no hacen referencia al tema, ni siquiera tratan de medidas cautelares, sino que se refieren a la sentencia de incapacitación y a la legitimación para instarla.

3. Los antecedentes históricos y legislativos se hallan siempre en la línea de ingresos psiquiátricos.

4. Desde el punto de vista sociológico podría ser perjudicial para los ancianos someterles a visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales constantes no estrictamente necesarios

para la defensa de sus intereses, tanto más cuando son las Administraciones Públicas las que deben velar por el trato del colectivo residente.

5. No atiende a un criterio de lógica jurídica al hacer una interpretación analógica extensiva del art. 211 CC, previsto para la privación de libertad de enfermos psiquiátricos, a un supuesto –la permanencia de ancianos en residencias psiquiátricas con el que no hay identidad de razón.

6. Es irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que ser controladas cada seis meses como única forma legal de regular una continuidad que es evidente desde el primer día, alternativa especialmente absurda en casos de “avoluntariedad”.

Según la citada autora, y con no menos intensidad que las anteriores, otras Audiencias Provinciales (Segovia, Valencia, Toledo, Granada, Huelva) han venido defendiendo la tesis contraria utilizando los mismos argumentos empleados para negar su aplicabilidad pero en defensa de la tesis contraria, argumentando las siguientes razones jurídicas en apoyo de esta tesis:

■ La exigencia de autorización judicial viene dada por el hecho de que el internamiento no voluntario constituye una clara limitación al principio de libertad personal reconocido por el art. 17 CE.

■ Si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene trastorno psíquico, con mayor motivo para aquél que padece un trastorno degenerativo.

■ Por internamiento cabe entender también el meramente asistencial toda vez que los trastornos psíquicos no han de provenir de una enfermedad de carácter psiquiátrico. Lo verdaderamente significativo del centro de internamiento no es tanto su carácter psiquiátrico cuanto que prive al internado de su facultad de ambulatoria.

¹⁵ Por ejemplo, en aquellos casos en que el mayor carece de capacidad para gestionar sus bienes y no ha otorgado poderes preventivos al respecto; o situaciones en los que se teme que pueda ser víctima de algún engaño que pueda dejar maltrecho su patrimonio. Supuesto distinto es aquel en que existen importantes discrepancias entre los familiares sobre las atenciones y cuidado del mayor y hay que nombrar a un tutor con el fin de que sea este quien decida.



mites administrativos que del mismo se derivan y que *en principio* consideraran innecesarios¹⁶, aunque supongan una garantía de los derechos de la persona objeto de ingreso.

A tal circunstancia hay que sumar el importante peso que han de soportar los juzgados que puede convertir esta herramienta en algo inoperativo, especialmente si se lleva a cabo en caso de sospecha de la más leve incapacidad. También puede considerarse innecesario el posterior control que ha de llevarse a cabo por los facultativos que los atienden, que han de comunicar la evolución de la situación (que en casos como demencias son de carácter crónico y degenerativo) cada seis meses, cuan-

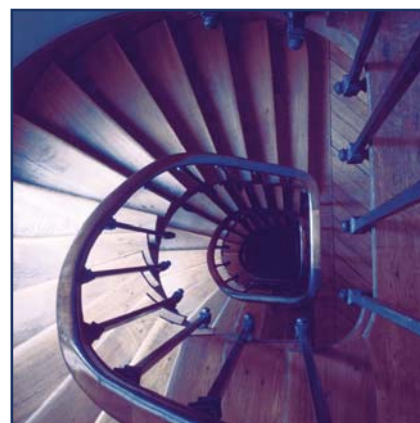
do la posibilidad de mejoría sustancial de las circunstancias que han dado lugar al ingreso sea bastante remota e incluso inexistente...

Con el fin de justificar el ingreso en las circunstancias descritas, el responsable del centro habrá de remitir al Juzgado de Primera Instancia donde reside la persona afectada la solicitud de internamiento acompañada de informes médicos en los que se valore su situación personal en el momento de su ingreso¹⁷. Tras los trámites legales oportunos y si se estima pertinente, el Juzgado comunicará al centro si procede la concesión de la “medida cautelar” previa al proceso de incapacitación en atención a lo que se deduzca de la información médica aportada y al amparo de lo dispuesto en los arts. 762.1 y 757.3 LEC¹⁸ y dictará oficio en el que:

a Se requiere a los facultativos que atiendan a la persona ingresada, en caso de que sea ratificada la medida cautelar y hasta que exista sentencia de incapacitación, a fin de que informen de su estado y evolución de la persona cada seis meses, indicando si procede la necesidad de continuidad de la medida y cualquier incidencia de relevancia que pudiera acaecer durante el ingreso, incluyendo su cese por alta médica o traslado a otro centro.

b También deberán dar cuenta al juzgado en caso de quebrantamiento del internamiento, sin perjuicio de adoptar las medidas precisas para su reintegro al centro, incluso requiriendo el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para lo que expresamente se les faculta. Las Fuerzas de seguridad, en este caso actúan en su faceta de prestar colaboración y auxilio a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad¹⁹.

La medida cautelar cuenta con una vigencia de 30 días hábiles, tras los que quedará sin efecto si no se presenta la correspondiente demanda de incapacitación por los familiares legitimados para ello o por el Ministerio Fiscal, a quien se notifica la medida cautelar por el Juzgado.



4. EL RIESGO DE MANIPULACIÓN DE LA VOLUNTAD DE NUESTROS MAYORES Y POSIBLES SOLUCIONES LEGALES PARA PRESERVAR SUS DERECHOS

Medida independiente de los internamientos pero íntimamente relacionada (especialmente en la materia que nos ocupa), es la relativa a la modificación de la “capacidad de obrar”. En algunos casos, el ingreso en centros asistenciales se lleva a cabo por el tutor (contando con la debida autorización al respecto) es decir, por un representante legal designado en virtud de sentencia firme en la que se determina el grado de incapacidad en el que se encuentra afectado el sujeto concreto (tutela o curatela) así como las facultades y ámbitos de la vida en los que la persona precisa de asistencia o representación (persona o bienes). En estos casos, el responsable del centro (director, asistente social, etc) deberá solicitar a su representante legal que aporte a la dirección de la residencia copia de la sentencia judicial de incapacitación y del auto de aceptación del cargo de tutor, con el fin de examinarla y extraer las facultades con que cuenta el tutor.

Distinto supuesto es el de residentes que no se encuentran legalmente incapacitados pero en los que se detecta incapacidad de hecho, o aquellos en los que el residente ingresa voluntariamente pero, a lo largo del ingreso, pierde la capacidad. En estos casos podrá iniciarse el correspondiente procedimiento de modificación de la capacidad de obrar²⁰ por los familiares²¹, o bien, los responsa-

¹⁶ MARTÍ, J.: “El ingreso de personas mayores con deterioro cognitivo en residencias”. Informes Portal Mayores nº 61 (2006). Para el autor, el procedimiento pierde así su carácter de protección y se convierte en un mero ejercicio burocrático que, en muchas ocasiones no produce efectos debido a la saturación de trabajo de jueces y fiscales. De hecho, no hay ninguna constancia de que en las zonas de España en que los jueces optan por no considerar aplicable el 763 LEC se produzcan más abusos o limitaciones ilegítimas de la libertad.

¹⁷ Cuando en el mismo partido judicial exista más de un juzgado, deberá dirigirse al Juzgado de Primera Instancia Decano.

¹⁸ En Aragón viene reseñado en el art 36 del Código de Derecho Foral.

¹⁹ Arts 11-1 b y 53-1-i de la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y art 21.3 de la Ley de Seguridad Ciudadana. En el desarrollo de estas funciones de auxilio se les permite entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en tales situaciones. En caso de negativa injustificada o alegando que precisan de autorización judicial al efecto u objeciones carentes de respaldo podrán incurrir en un delito de denegación del auxilio debido previsto en el art 412.3 CP.

²⁰ Es muy habitual que nos encontremos con personas en situaciones de dependencia y discapacidad que no se encuentran jurídicamente incapacitadas. En estos casos suele encontrarse presente el principio de “proteger sin incapacitar”.

²¹ El art 757.1 LEC dispone que podrán promover la incapacitación: a) cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable y descendientes, b) ascendientes y hermanos, c) el Ministerio Fiscal, en el momento en que tenga conocimiento a través de Autoridades o Funcionarios Públicos o por cualquier persona que se lo comunique.



bles de la residencia comunicar tal circunstancia a fiscalía a fin de que, si lo estima pertinente, inicie los trámites pertinentes. Mientras tanto y para poder adoptar decisiones en su representación, la ley prevé un doble mecanismo: los poderes preventivos²² y la guarda de hecho²³.

Es preciso destacar que hasta que no recaiga sentencia firme²⁴ los actos realizados por el “presunto” incapaz” se presumen válidos, salvo que logre probarse en el procedimiento oportuno que en el momento de otorgarlos, el contratante se encontraba privado de sus facultades mentales, prueba en muchas ocasiones muy difícil de llevar a cabo.

El riesgo de manipulación de la voluntad de nuestros mayores se incrementa en esta fase de su vida, de forma que pueden ver comprometido su patrimonio en vida o trastocado su destino en la sucesión mortis-causa. Durante los últimos años se han incrementado los procesos de impugnación de testamentos con fundamento en la manipulación de nuestros mayores y en la falta de capacidad para su otorgamiento válido, y ello pese a que, en la mayor parte de los casos se otorgan ante fedatario público que ha de comprobar su capacidad.

Lo mismo sucede cuando han de adoptarse decisiones sanitarias al final de la vida y el paciente no cuenta con capacidad suficiente para adoptar decisiones válidas; en tales supuestos la Ley 41/2002, de 14 de enero sobre Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando trata del consentimiento informado del paciente para determinadas intervenciones, permite que el consentimiento sea tomado por representación (al margen de que esté o no declarado incapaz) cuando el paciente no es capaz de adoptar decisiones, a criterio del médico responsable de su asistencia, o su estado físico o psíquico no le permiten hacerse cargo de la situación. Si el paciente no cuenta

con representante legal, el consentimiento lo prestarán las persona a él vinculadas por razones familiares o de hecho.

Muchos de estos problemas (donaciones inoficiosas y nulidades testamentarias) pueden solventarse mediante una “incapacitación” a tiempo, en la que la persona pueda participar, incluso designar quien quiere que sea su tutor el día que no cuente con capacidad, o, en el ámbito sanitario, otorgando voluntades anticipadas en las que deje constancia de las decisiones que quiere que se adopten al final de sus días o designe a la persona de su confianza que deberá adoptarlas cuando sea pertinente, evitando discusiones por discrepancias entre familiares o la dura tarea de decidir sobre la vida o la muerte de sus seres queridos.

En definitiva:

1 Las tareas de cuidado de nuestros mayores antes del ingreso en un centro que les proporcionen cuidados especializados se encuentra marcado por el factor de género. Los distintos estudios llevados a cabo al respecto concluyen unánimemente en que las tareas de cuidado directo proporcionadas por cuidadores informales recaen mayoritariamente en mujeres.

2 En el ámbito de cuidados profesionales, vuelve a producirse un marcado factor de género, de similares porcentajes, que no se ha visto modificado por la evolución de nuestra sociedad en los últimos años.

3 La previsión de decisiones fundamentales en el ámbito de la persona y de índole sanitaria, contribuiría notoriamente a asegurar que se cumplen los deseos de la persona afectada evitando problemas familiares y descargando a los seres queridos de difíciles decisiones que se ven obligados a abordar al final de la vida de sus seres queridos.

22 Consiste en el apoderamiento previo efectuado ante Notario (por la persona que ha devino incapaz) de un representante que gestionará su patrimonio para el caso de que tal suceso ocurra. Existen de dos formas diferentes: aquellos que son efectivos con carácter previo a la incapacidad de obrar pero que continúan vigentes por deseo expreso del poderdante en caso de incapacidad (art 1732 CC) y apoderamientos que únicamente devienen efectivos en casos de incapacidad.

23 El Código Civil no define qué se considera “guarda de hecho”. Según la profesora DE SALAS MURILLO, S.: *Responsabilidad Civil e incapacidad*. Tirant (2002), pág. 279, en la mayoría de los casos de guarda de hecho, se trata de incapaces naturales mayores de edad, que ordinariamente están en sus casas, al cuidado de alguna persona o su familia, algún vecino, pero que en no pocos casos se hallan internados...” Para FÁBREGA RUIZ, C.F.: La Guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad. Editorial Universitaria Ramón Areces (2006) supone “la constatación de la existencia de hecho de una actividad protectora a la que se le otorga una cierta regulación jurídica, por parca que esta pueda ser, transformándose en una verdadera situación de derecho, dados los efectos jurídicos que provoca”.

De la regulación de la guarda de hecho se desprende su transitoriedad, ya que esta figura está orientada a sustituir dicha situación de hecho por algunos de los cargos tutelares del art. 215 CC. La dificultad de constatar en el tráfico jurídico la existencia de la guarda de hecho, así como el que el guardador no pueda representar al incapaz en la formalización de documentos públicos, dificulta notoriamente la funcionalidad de la figura.

24 La incapacidad no se presume, las sentencias de modificación de la capacidad de obrar son constitutivas. Según dispone el art 199 CC, nadie puede ser declarado incapaz si no es por sentencia judicial firme. La sentencia deberá establecer con claridad los límites en la capacidad de obrar y la extensión de los actos que no pueda realizar el incapaz por sí mismo y que queden sujetos a tutela. Puede declararse la incapacidad absoluta para gobernarse o bien la imposibilidad de realizar determinados actos jurídicos respecto de su persona y/o bienes. La Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incidió en que debe huirse de sentencias genéricas y elaborarse “trajes a medida” que salvaguarden y protejan, solo en los ámbitos necesarios, al incapaz.

