

# INFORMES PORTAL MAYORES

Número 61

## El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias

**Autor:** Martí, Josep de  
**Filiación:** Inforesidencias.com  
**Contacto:** [jdemarti@inforesidencias.com](mailto:jdemarti@inforesidencias.com)  
**Fecha de creación:** 01-09-2006

**Para citar este documento:**

MARTÍ, Josep de (2006). "El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias" . Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 61. [Fecha de publicación: 28/09/2006]. <<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/marti-ingreso-01.pdf>>

Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003  
**ISSN: 1885-6780**

Portal Mayores | <http://www.imsersomayores.csic.es>



## **Índice**

Previo: Dos situaciones reales

1. Introducción
2. El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
3. ¿Por qué no debe aplicarse el artículo 763 al ingreso en residencias?
4. ¿Por qué sí debe aplicarse el 763?
5. Las dificultades prácticas del artículo 763
6. Soluciones teóricas a una cuestión controvertida.
7. Soluciones intentadas
8. La solución catalana
9. Reflexión

## Dos situaciones reales

El Sr. A, de 52 años, sufre una enfermedad mental en fase aguda y existe un serio riesgo de que cause daño a sus familiares con los que convive, a sus vecinos o a sí mismo. El tratamiento que requiere tiene que ser administrado, a criterio de su médico, en una unidad psiquiátrica de internamiento pero él no quiere ingresar de ninguna manera. Dice que “no está loco”, que no quiere que le “metan en un manicomio” y que todo es un complot del médico y su familia.

La Sra. B, de 87 años, sufre un Alzheimer en fase avanzada y vive su hija, de 65 años y el marido de ésta. Tras una caída sufrida por la Sra. B, su hija, que a su vez sufre una lesión de espalda que le impide levantar pesos, se da cuenta de que cuidar a su madre cada vez le resulta más difícil. Además, el marido de la hija insiste en que la situación no es sostenible teniendo recursos suficientes como para poder pagar una residencia. Finalmente deciden ingresar a la Sra. B. Buscan una residencia, la contratan y efectúan el ingreso. ¿Qué dice la Sra. B?, nada. A veces sonrío, a veces llora, pero hace tiempo que no dice nada inteligible.

¿Tienen algo en común el Sr. A y la Sra. B?

Sí. En ambos casos se ingresa a personas en un centro del que no podrán salir voluntariamente sin que ellos hayan consentido.

¿Tienen lo suficiente en común como para que la Ley arbitre el mismo procedimiento para ambos casos?

De eso trata este capítulo.

### 1. Introducción

El artículo 17 de la Constitución española establece que “Nadie puede ser privado de la libertad sino en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Este precepto constitucional, un pilar del estado de derecho, se incluyó en nuestra Carta Magna pensando en dos supuestos: la privación de libertad relacionada con infracciones penales y aquella que lo está con enfermedades psiquiátricas que requieren de un internamiento en centro adecuado para su tratamiento.

Para servir a este precepto constitucional disponemos de un extenso cuerpo jurídico, con una gran tradición y experimentada aplicación, como es el derecho penal y una escuetísima regulación que inició su trayecto legal reciente en 1983 y que desde 2002 está en un artículo, el 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En principio, lo que tiene en común recluir a un delincuente condenado en una institución penitenciaria y a una persona enferma en un hospital psiquiátrico es que estamos tomando una decisión que afecta la libertad y que, por lo tanto, no puede ser decidida por otra persona que no sea el mismo afectado o un juez.

Si en la práctica los casos de aplicación del artículo 17 de la constitución se limitasen a cárceles y psiquiátricos, posiblemente no se hubiese producido la gran controversia que vivimos desde comienzos de los 90 del siglo pasado.

El problema al que nos enfrentamos en los últimos años radica en que, el aumento de la expectativa de vida y el del número de personas de edad avanzada han hecho que el número total de personas mayores con deterioro cognitivo se haya visto incrementada también de forma espectacular.

Algunas de esas personas, la mayoría, son cuidadas por sus familiares en un entorno doméstico adaptado a la realidad del cuidado. Esto quiere decir, con medidas de protección que eviten que el mayor que sufre demencia pueda padecer o causar daños. Estas medidas en muchos casos suponen verdaderas limitaciones de libertad (puertas cerradas, imposibilidad de salir solo a la calle, limitación de la comunicación telefónica y, esencialmente, restricción del ámbito de toma de decisiones). Limitaciones a las que no se le suele dar trascendencia jurídica debido a que la mayor parte de las personas con deterioro cognitivo grave no están incapacitadas judicialmente. Además, esas limitaciones se dan en el entorno doméstico de la persona mayor (sin que exista relevancia fuera del mismo ni denuncia ante las autoridades) . Más aún, son limitaciones que socialmente se aceptan como el “comportamiento normal del buen hijo (o la buena hija)”. Se entiende, pues que limitar la libertad de un ser querido que sufre deterioro cognitivo con la intención de cuidarle y protegerle del riesgo que conllevaría dejar que hiciese lo que, en apariencia es su voluntad, es algo no reprochable.

Mientras la casi totalidad de personas mayores con deterioro cognitivo vivían en su casa la única respuesta jurídica para su protección ha sido la incapacitación. Un sistema de protección pensado en sus inicios para los “locos y dementes” que ha funcionado razonablemente bien mientras éstos han sido pocos pero que hace aguas cuando el número de personas con demencia crece de forma tan espectacular que se espera un incremento del 27% hasta el año 2020, del 70% en el 2030 y del 300% en el 2050<sup>1</sup>. Hoy día podemos asegurar que la inmensa mayoría de personas que sufren demencias incapacitantes no han sido declaradas incapaces judicialmente y que, tramitar todos los procedimientos que serían necesarios para poner la situación al día colapsaría el sistema judicial español.

Esta ineficiencia del sistema de incapacitación previsto por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil coincide en el tiempo con el aumento del número de personas mayores (muchas con deterioro cognitivo) que viven en residencias.

Así las cosas, durante un tiempo sucedió de forma generalizada que los hijos ingresaban a sus padres en una residencia en la que viviría en régimen cerrado sin su consentimiento y, una vez producido el ingreso, se establecía un régimen de vida no aceptado por la persona aunque sí por sus familiares, todo ello amparado en una falta de capacidad que no había sido declarada judicialmente. Esta situación preocupó al Ministerio Fiscal desde 1984 (justo después de que el Código Civil previese por primera vez la autorización judicial para el internamiento de presuntos

---

<sup>1</sup> Archives of Neurology. 2003 AGO;60(8):1119-1122. Liesi E. Hebert, ScD; Paul A. Scherr, ScD; Julia L. Bienias, ScD; David A. Bennett, MD; Denis A. Evans, MD. Refernciado en <http://www.psiquiatria.com/noticias/demencias/epidemiologia/13174>

incapaces), que se puso enseguida a intentar encontrar un sistema que permitiese proteger a esas personas mayores.

Debido a que no existía ninguna regulación concreta para los ingresos de personas con deterioro cognitivo en establecimientos sociales, se intentó utilizar la regulación que se había establecido para internamiento psiquiátricos y se planteó una pregunta que ha llegado sin respuesta clara hasta nuestros días:

¿Es equiparable la situación de una persona que sufre una enfermedad mental y que, para poder recibir un tratamiento, es internada a la fuerza en un hospital psiquiátrico, con la de una persona de 85 años que sufre una demencia de tipo Alzheimer que no puede formar ni exteriorizar una voluntad y que es ingresada sin poder conocer su opinión o en contra de lo que manifiesta en una residencia geriátrica?. La misma pregunta formulada de diferente forma sería ¿hace falta autorización judicial para ingresar a una persona con demencia avanzada en una residencia cuando ésta no consiente (o sea, se manifiesta en contra o no manifiesta nada)?

Si entendemos que son situaciones análogas y que sí se precisa autorización judicial tendremos el problema jurídico resuelto ya que disponemos de un sistema legislado pensado a esos efectos. Si, por el contrario, consideramos que se trata de situaciones diferentes, nos encontraremos ante un problema.

Antes de describir ese sistema legislado hay que avanzar que la pregunta que planteábamos es tan polémica que, hoy por hoy, dependiendo de la provincia en la que estemos podemos encontrarnos con que la Audiencia Provincial se decante por entender que sí o que no hace falta.

## **2.- El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

Como la competencia sobre todo lo relativo a servicios sociales corresponde de forma exclusiva a las comunidades autónomas, podría plantearse que la regulación del sistema de ingreso de personas con deterioro cognitivo debería también corresponder a éstas. La cosa no es así debido a que el ingreso o internamiento afecta a la libertad de las personas y por ello debe tener una regulación común a todo el Estado.

Eso no quiere decir que no se haya regulado desde las comunidades autónomas. Algunas normas autonómicas como la andaluza o la catalana<sup>2</sup>, de las que trataremos más adelante, establecen un procedimiento que parece inspirado en el que veremos a continuación aunque con algunos matices que, en su aplicación puede encontrarse con que los jueces civiles no vean con buenos ojos que una norma reglamentaria autonómica complemente o sustituya a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Dejando esas normas autonómicas a un lado, vale la pena detenerse en el texto del artículo 763 de la LEC:

*Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.*

---

<sup>2</sup> Artículos 11 y 12 del Decreto Andaluz 23/2004 y artículo 7 del Decreto Catalán 284/1996 modificado por el 176/2000.

*1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

*La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*

*En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.*

*2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*

*3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

*En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.*

*4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

*Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.*

*Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el*

*internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.*

No hacen falta demasiadas explicaciones para entender que el artículo contempla el internamiento como algo con tanta relevancia jurídica que requiere de la intervención del juez, el ministerio fiscal y el médico forense. La pregunta que nos hacíamos antes vuelve a la memoria ¿hace falta todo esto para el ingreso en una residencia?

Si atendiésemos únicamente a la literalidad del artículo pensaríamos que éste de ninguna forma es aplicable a las residencias. No obstante, si consideramos que lo que pretende es dar protección a personas que viven en régimen cerrado sin haber podido prestar su consentimiento parecería que sí. Así, se entendería que el artículo exige para su aplicación un elemento subjetivo que sería la falta de capacidad para poder consentir en el ingreso y otro material que sería que éste se produzca en un lugar que somete a la persona a limitaciones de su libertad en aras de su tratamiento y cuidado.

La posibilidad de hacer ambas argumentaciones ha llevado a la situación actual en la que, dependiendo del lugar de España en que nos encontremos veremos como los jueces aplican o no el artículo 763 al ingreso en residencias.

### **3.- ¿Por qué no debe aplicarse el artículo 763 al ingreso en residencias?**

Son muchos los juzgados que consideran que no es lo mismo internar a alguien por motivos de enfermedad mental en un centro psiquiátrico en un que ingresar a una persona que sufre demencia senil en una residencia asistida.

Estos juzgados han encontrado en la literalidad del artículo su mejor arma para negar el procedimiento.

Vale la pena hacer aquí un inciso sobre la situación que, en ocasiones ha llevado a los jueces a tomar esas decisiones.

Si nos centramos un momento en lo que sucedió en Cataluña a partir de 1990 vemos que un decreto, en vigor entonces, el 145/1990, establecía que las residencias debían utilizar en el ingreso de “presuntos incapaces” lo establecido entonces en el artículo 211 (hoy derogado) del Código Civil. El criterio para determinar si se debía obtener o no la autorización judicial era un informe médico previo al ingreso. El sistema se inspiraba en los criterios que la Fiscalía General del Estado había adoptado en varias circulares enviadas a todos fiscales de España. A partir del año 1992 la inspección de servicios sociales de Cataluña empezó a comprobar el cumplimiento del Decreto y, después de advertir a las residencias se abrieron algunos expedientes sancionadores por incumplir la obligación de obtener autorización judicial. Además, se extendió entre los directores de residencia la idea de que una forma de evitar que se les pudiese llegar a acusar de retener a alguien contra su voluntad en el centro era realizar una comunicación al juzgado.

La respuesta de muchas residencias fue comunicar al juzgado los ingresos en los que el informe médico indicase cualquier grado, por leve que fuese, de deterioro cognitivo. Otras incluso adoptaron la costumbre de comunicar sistemáticamente

todos los ingresos. Casi nadie utilizó el sistema de autorización previa al ingreso (que hubiese demorado éste en el tiempo) y lo normal era considerar que todos eran motivados por urgencia social por lo que se comunicaban una vez ya efectuado el ingreso.

Los juzgados, especialmente los de las grandes ciudades, se vieron, de repente invadidos por comunicaciones de ingresos urgentes de personas que, en muchos casos sufrían un levísimo deterioro cognitivo.

La máquina judicial se puso en marcha, se pidieron más informes, se hizo trabajar a la Fiscalía y a los médicos forenses y la conclusión fue que, el abuso de la herramienta convirtió a ésta en algo totalmente inoperativo.

Muchos juzgados fueron desestimando por motivos diversos las solicitudes. Algunos, como el Juzgado número 40 de Barcelona (especializado en incapacidades e internamientos) cambiaba de criterio al ritmo que marcaba el cambio de titular llegando incluso a no admitir físicamente las comunicaciones que hacían las residencias (cuando una residencia acudía a registrar una comunicación de internamiento en residencia un oficial le entregaba un acuerdo del juez en el que de forma genérica se le informaba de que no hacía falta hacer la comunicación<sup>3</sup>.

En medio de los dispares criterios surgía además una pregunta que generaba inseguridad en las residencias: Si un juez dictamina que “no ha lugar a autorizar el internamiento porque no es de aplicación el artículo 211”, ¿quería ello decir que el residente debía salir de la residencia o que podía continuar en ella?

La Fiscalía consideraba que el sistema era el adecuado y recurría ante las audiencias provinciales los autos de los juzgados que desestimaban las solicitudes. Fue entonces cuando se llegó a la situación peculiar en la que en Cataluña era obligatorio hacer una comunicación al juez (so pena de incurrir en infracción administrativa) y esperar la resolución en la que el juez determinaba que esa comunicación no debía haberse hecho.

Mientras tanto lo que quedó totalmente de manifiesto era que la utilización desmedida del mecanismo de defensa jurisdiccional de los dementes ingresados en residencias no producía los efectos deseados sino una mecanización en la respuesta. Así que se buscó otra alternativa que hoy está plasmada en el artículo 7 del Decreto Catalán 284/1996 modificado por el 176/2000, que examinaremos más adelante.

He querido hacer este inciso porque considero fundamental analizar lo que hay “detrás” de los cambiantes criterios .

Evitando hacer una continua referencia a resoluciones jurisdiccionales concretas (pueden encontrarse muchas de ellas en libros como Internamientos Civiles y Derechos Fundamentales de los Usuarios de Centros Sanitarios, Sociales y Sociosanitarios<sup>4</sup>, Protección Jurídica de los Mayores<sup>5</sup> o el interesante trabajo Pautas

---

<sup>3</sup> Algo parecido sucedió en Málaga en 1996 según relata Manuel Aznar en su libro Internamientos civiles y derechos... vid infra. Pag 17.

<sup>4</sup> AZNAR LÓPEZ, M Editorial Comares, Granada, 2000

de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas.<sup>6</sup>) intentemos estructurar algunos argumentos contrarios a la aplicación del 763:

- El trastorno psíquico y la atención psiquiátrica que justificaría la intervención judicial no se dan en el caso de personas con demencia que ingresan en una residencia geriátrica. En este supuesto lo que motiva el ingreso no es el tratar el trastorno sino motivos de tipo asistencial por lo que no es de aplicación el precepto.
- Las restricciones de libertad que pueden darse en una residencia no difieren de las que pueden darse cuando se encuentra en su domicilio o en el de sus familiares sin que entonces sea necesaria autorización judicial.
- La aplicación del procedimiento de internamiento puede llegar a ser pernicioso para las personas que se pretende proteger al someterlas a desplazamientos, visitas y controles médicos y jurisdiccionales no necesarios para la defensa de sus intereses. Intereses por los que corresponde velar a las administraciones públicas competentes en la materia "servicios sociales".

#### **4.- ¿Por qué sí debe aplicarse el 763 de la LEC?**

Los juzgados y audiencias provinciales que han sostenido la vigencia del artículo 763 en el ingreso en residencias geriátricas se fundamentan principalmente en que ingresar a una persona que no puede decidir supone una limitación del principio libertad que protege la Constitución. Lo que hace que el ingreso sea o no internamiento no lo es tanto el tipo concreto de centro ni la finalidad asistencial que se persigue sino el régimen cerrado del centro en el que se presta el servicio que produce efectos restrictivos sobre su libertad y la falta de voluntad de la persona internada. Una residencia es un establecimiento en el que conviven personas en régimen abierto y cerrado y, aunque todas las puertas estén abiertas, el régimen es cerrado para aquellos residentes que sin poder decidir por sí mismos son ingresados y, una vez dentro, son sometidos a unas pautas de vida que les impide entrar y salir del mismo sin control.

*Así, si se exige autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mayor motivo se exigirá para internarlo si no lo tiene, o si el que tiene es meramente degenerativo, de igual modo que siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino sólo conveniente para quienes cuidan del sujeto, y si se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de un centro psiquiátrico en una residencia. Este fragmento de un Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 2003 resume de forma clara la posición.*

#### **5.- Las dificultades prácticas del artículo 763**

La existencia de esta divergencia de criterios entre diferentes órganos jurisdiccionales sitúa a los directores de residencia en una situación peculiar.

---

<sup>5</sup> MARTÍN PEREZ, J.A. et al. La Ley-Actualidad, Madrid, 2004. pág 166 y ss.

<sup>6</sup> SANTOR URBANEJA, F. Informe Portal Mayores, 24

<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/santos-pautas-01.pdf>.

Por un lado, en la inmensa mayoría de ingresos de una persona con deterioro cognitivo en una residencia nos encontramos con que existen familiares que, si quisieran, podrían instar un procedimiento de incapacitación que, con toda seguridad prosperaría, pero no lo hacen. Son estos familiares los que pactan las condiciones de vida de la persona mayor en la residencia y los que, a menudo pagan el precio de la misma (ya sea con dinero del propio mayor o de estos familiares). En estos supuestos si por algún motivo se llega a comunicar el ingreso al juzgado no es porque alguien considere a la persona mayor en riesgo o porque se pretenda dar mayores garantías sino, simplemente porque la residencia se encuentra en una comunidad autónoma en la que la administración o un representante del Ministerio Fiscal exige que se lleven a cabo las comunicaciones.

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 artículo 763, se produzcan más abusos o limitaciones ilegítimas de la libertad.

Lo cierto es que, si miramos con detalle la letra del precepto sólo podemos concluir que no existe ningún lugar actualmente en el que el artículo 763 se aplique en todos sus extremos y de forma general al ingreso en residencias de personas con deterioro cognitivo. Si fuese así, antes de efectuar el ingreso de estas personas, en la mayoría de los casos (o sea, siempre que no hubiese un motivo de urgencia) se debería iniciar un procedimiento de internamiento en el juzgado del domicilio de la persona y no se podría producir el ingreso hasta obtener una resolución favorable. Así las cosas, los ingresos se verían dilatados en el tiempo de una forma insostenible.

Si se considera que todos los ingresos en residencias son urgentes por “urgencia social”, por lo que, se podría solicitar la ratificación del internamiento una vez éste producido, vemos que tampoco se estaría aplicando el artículo 763 ya que el plazo máximo para efectuar la ratificación por parte del juez es de 72 horas entendiéndose que, como de lo que se trata es de una limitación de libertad, pasadas las mismas sin resolución se debería “dejar libre” a la persona.

Ese plazo de 72 horas es de una irrealidad pasmosa ya que, durante el mismo, el juez debería oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal, a cualquier otra persona relevante, además de a un facultativo.

Otro problema que hace verdaderamente inaplicable el precepto es el control posterior del ingreso. Este control es totalmente comprensible cuando una persona sufre algún tipo de enfermedad mental en el que existe, aunque remota, la posibilidad de cambio o mejoría. En los casos de demencias, las comunicaciones posteriores y periódicas, difícilmente pueden ser atendidas por los jueces. Si se generalizase la aplicación literal del precepto, el control posterior sería casi imposible.

Lo expuesto supone que, incluso si se considera necesaria, en teoría, la autorización judicial que establece el artículo 763, esta no resulta aplicable en la práctica (en

España hay unas 260.000 plazas en residencia de las que, entre el 20% y el 40% de los usuarios sufren demencias en estado avanzado con tendencia a crecer en número) por lo que lo que de verdad se aplica es una interpretación libre del artículo 763.

Hoy día, si un director de residencia quiere saber cómo tiene que actuar ante la situación descrita deberá, en primer lugar, dirigirse a la Fiscalía más cercana y preguntar cómo le recomiendan a uno actuar en esa zona. Este será el método más seguro y conservador para quien dirija una residencia privada ya que aunque quizá no ofrezca más protección a los ingresados si se la ofrecerá a la residencia.

## **6.- Soluciones teóricas a una cuestión controvertida**

Ante la gran dispersión interpretativa y la casi imposibilidad de aplicar literalmente el precepto descrito surgen ideas y regulaciones autonómicas que ofrecen posibles soluciones basadas en esas “interpretaciones libres” del 763.

Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el documento “Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas” que fue publicado como Informe número 24 de Portal Mayores en Noviembre de 2004 propone una serie de pautas de actuación para el caso de ingreso en residencias fundamentada en una original idea: las personas no sólo pueden ser capaces o incapaces sino que existe un estado intermedio que es el de “presuntamente incapaz” que se genera cuando un informe médico pone de manifiesto una patología que afecta de modo notable la capacidad de decisión.

Para esos casos Santos Urbaneja elabora, con base al artículo 763 unas pautas de actuación para trabajadores sociales, médicos, personal sanitario e incluso, fuerzas de seguridad del Estado.

A título de ejemplo, estas son las pautas que Santos Urbaneja establece para los ingresos urgentes en las páginas 5 a 9 del documento:

### ***EN CASO DE URGENCIA -***

*Un ingreso será urgente cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo 15 o 20 días, que es la duración media del procedimiento judicial previo. En estos supuestos debe procederse del siguiente modo:*

*1. El Trabajador/a Social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona mayor desenvuelve su vida.*

*2. Con dicho informe deberá el Trabajador/a Social dirigirse al Médico a quien corresponda atender al mayor (normalmente el de cabecera, el médico de salud mental si el mayor es paciente suyo, etc...) solicitándole una intervención sanitaria, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.*

*El Médico tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable, en función de las*

*circunstancias de caso, tanto del Mayor como de la consulta del Médico, quien deberá atender siempre primero lo que considere en cada momento prioritario.*

*La negativa injustificada del Médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas pudiera ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria previsto en el Art. 196 del Código Penal.*

*3. El Médico deberá examinar a la persona mayor en el lugar en que ésta se encuentre y dar respuesta a CUATRO PREGUNTAS*

***Primera:*** *Si padece algún trastorno psíquico y, en su caso, cuáles son sus características.*

***Segunda:*** *Si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es el ingreso en una Residencia*

***Tercera:*** *Si la persona mayor está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso en una residencia.*

***Cuarta:*** *Si la situación requiere una actuación urgente.*

En caso de que el Médico aprecie la existencia de trastorno psíquico, la conveniencia del ingreso en una residencia, la falta de capacidad del mayor para decidir por sí mismo y la urgencia de la intervención, **DEBERÁ EXTENDER UN DOCUMENTO EN EL QUE EXPRESE LA NECESIDAD DE PROCEDER AL INGRESO DE MODO URGENTE** por las razones anteriormente señaladas.

*5. Una vez en posesión de ese documento el Trabajador/a Social deberá poner los hechos en conocimiento del Departamento de Asuntos Sociales a quien, según la legislación vigente en cada territorio corresponda proporcionar los recursos sociales para las personas mayores, por el medio más rápido (Tfno. - Fax), solicitando que con carácter prioritario y urgente se facilite una plaza en Residencia u otro recurso asistencial, remitiendo por fax el informe médico y social*

*5. Una vez obtenida la plaza se procederá a recoger a la persona mayor en el lugar en que se encuentre y a trasladarla hasta la Residencia o recurso asistencial facilitado por las autoridades socio-sanitarias competentes.*

*El traslado de la persona deberá realizarse por dispositivos de carácter sociosanitario, salvo cuando éstos no fuesen necesarios en atención a la actitud y situación del mayor.*

*Puede ocurrir que la persona mayor se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado.*

*En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio.*

*Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación, siempre desgarradora, de sacar a una persona de su domicilio.*

*Si llegaran a presentarse problemas excepcionales, el dispositivo sociosanitario puede también solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad para que colaboren*

*en la contención del mayor por el tiempo mínimo imprescindible y procurando la máxima discreción y el menor perjuicio.*

*Las Fuerzas de Seguridad en estos casos, como fácilmente se puede comprender, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos, sino en el de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad. Así aparece recogido en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ( Arts 11-1 b y 53-1-i) y regulado de modo concreto en la Ley de Seguridad Ciudadana ( Art. 21-3 ) En el desempeño de estas labores de auxilio, pueden la Fuerzas de seguridad entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en la resolución de estas situaciones. Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Art. 412 - 3 párrafo último del Código Penal.*

*6. Una vez realizado el traslado e ingreso de la persona mayor en la Residencia, el director de la misma a la mayor brevedad y, en todo caso, en una plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de Primera Instancia. Cuando en el partido judicial existe más de un Juzgado, hay que dirigirse al Juzgado de Primera Instancia Decano. Cuando en el partido judicial existe un solo Juzgado de Primera Instancia, es a él obviamente a quien hay que dirigirse.*

*7. Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de internamiento urgente en el que, como mínimo, han de practicarse las siguientes pruebas:*

- a) Examen de la persona mayor por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente será examinado por el Médico Forense del Juzgado)*
- b) Reconocimiento personal por el Juez c) Informe del Fiscal*

*8. Una vez concluidas las pruebas el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:*

*A.- En caso de que entienda que la persona mayor no tiene capacidad para decidir por sí misma:*

- a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado.*
- b) No aprobar el ingreso sobre la base de que se aprecia la posibilidad de permanencia en el domicilio con apoyo asistencial, etc...*

*B.- En caso de que entienda que la persona mayor tiene capacidad para decidir por sí misma:*

*Declarará que tal capacidad existe y entonces habrá que estar a lo que la persona mayor decida. Habrá que respetar, por tanto, tanto su decisión de permanecer ingresada como de marcharse.*

*El documento, a continuación, propone vías de actuación cuando el ingreso se produce sin urgencia. Se trata de propuestas que, no por bien intencionadas y*

razonadas dejan de ser totalmente inutilizables en el día a día de los profesionales. Propuestas que adolecen del mismo defecto que el artículo 763. De poco sirve establecer un sistema en que los jueces controlan en 72 horas los ingresos urgentes en residencias si después no tenemos suficientes jueces para llevarlo a cabo.

Estos planteamientos, que quizá hayan hecho sonreír a algún trabajador social, médico o policía podrían funcionar en un país con recursos sociales quasi ilimitados en el que se reconoce el derecho subjetivo a recibir servicios sociales pero no responde a varias preguntas:

- ¿Qué pasa si la persona resulta no reunir los puntos suficientes del baremo autonómico como para ingresar en una residencia pública?
- ¿Qué pasa si la oferta pública está ocupada y la persona tiene que entrar en lista de espera?

Dejándolo pues como una opción teórica podemos analizar algunas opciones de reglamentación autonómica sobre la materia planteadas en diferentes comunidades empezando por la andaluza que ha optado por crear un procedimiento basado en el 763 y acabando en la catalana que ha huido del miso apoyándose en la figura de la guarda de hecho para hacer innecesario aplicar un procedimiento judicial completo.

## **7. Soluciones intentadas**

En Andalucía la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dedica su artículo 45 al ingreso en centros sociales regulándolo de la siguiente forma:

1. *Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.*
2. *Los responsables de centros residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*
3. *Ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos en que medie resolución judicial.*
4. *Los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores e, igualmente, podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro.*

La Ley opta así de forma clara por la aplicación del 763, opción que queda más clara si vemos el desarrollo reglamentario que se establece en el artículo 13 del Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la protección jurídica a las personas mayores.

1. *El Centro en el que se pretenda el ingreso involuntario de una persona mayor deberá exigir en todo caso de quienes lo soliciten la correspondiente autorización judicial.*
2. *En caso de urgencia, se procederá al ingreso involuntario de la persona mayor, debiéndose comunicar de forma inmediata, y en todo caso dentro del plazo de veinticuatro horas, por los responsables del Centro a la autoridad judicial, al objeto de que se proceda a la ratificación o cese de dicha medida.*

En Castilla León, la Ley 5/2003, de atención y protección a las personas mayores, en su artículo 13 no llega a la mención de procedimiento judicial aunque sí hace dos referencial al ingreso:

7. Los responsables de Centros Residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, dando cuenta a los familiares de la misma.
8. Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro residencial sin que conste fehacientemente su consentimiento.

En Extremadura la Ley 2/1994, de 28 de abril de Asistencia Social Geriátrica convierte en condición necesaria para el ingreso en una residencia pública la previa manifestación de voluntad aunque también contiene un artículo, el 25, con un contenido algo intrigante: 25.1 *Quedan excluidas de la posibilidad de ingreso en Centros Residenciales dependientes de la Administración Regional aquellas personas que por su situación o patología, tanto somática como psíquica, constituyan un impedimento para el normal desarrollo de las relaciones y convivencia de los usuarios.* Precisamente estamos tratando sobre cómo esas personas deben ingresar en centros porque su situación les impide continuar viviendo en su entorno habitual.

Estas previsiones normativas, y otras similares que pueden encontrarse en la reglamentación autonómica ofrecen, en diferente medida a los gestores de residencia la seguridad jurídica de estar utilizando un mecanismo al que les obliga la administración pero adolecen del mismo problema: si un día la dispersión jurisprudencial existente sobre la aplicación del artículo 763 al ingreso de presuntos incapaces en residencia termina y todos los tribunales coinciden en el mismo criterio, lo que puedan establecer unas normas administrativas autonómicas quedará sin efecto ante la interpretación de una norma de procedimiento civil, la competencia de la cual corresponde en exclusiva al estado.

## **8.- La solución catalana**

Cataluña, como hemos indicado anteriormente, fue la primera comunidad autónoma que en un Decreto, allá por 1990 obligó a las residencias a utilizar el sistema de autorización judicial (previa o diferida) para el ingreso de presuntos incapaces en residencias y también fue un lugar en el que la dispersión jurisprudencial causó

inseguridad jurídica y frustración en muchos profesionales del sector de la atención a mayores.

Hay que añadir un factor que hasta ahora no hemos mencionado: La mayor parte de los familiares de personas con demencia se muestran sorprendidos y descontentos de que la residencia comunique al juzgado el ingreso de su ser querido. En una encuesta realizada en 2004 a un grupo de 56 directores de residencia durante un curso impartido en Barcelona, la mitad de ellos manifestaron haber vivido esta reacción por parte de familiares.

Ante esa situación la Generalitat optó por dar un giro radical al planteamiento llevado a cabo hasta entonces y, utilizando la competencia en conservación de su derecho civil propio, introdujo dos artículos en el Código de Familia de Cataluña que regulaban estas situaciones:

*El 255 Autorización judicial y comunicación del internamiento.*

1. El internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, en una institución adecuada y cerrada requiere autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma. No se requiere esta autorización si razones de urgencia médica hacen necesaria la adopción de esta medida, pero en tal caso el director o directora del centro donde se efectúe el internamiento debe dar cuenta del hecho al Juez o Jueza del partido judicial al que pertenece el centro, en el plazo máximo de veinticuatro horas. La misma obligación se produce cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento.

*2. Una vez se ha efectuado la solicitud de internamiento o se ha comunicado el internamiento, el Juez o Jueza, después de realizar la exploración personal y oír el dictamen del facultativo o facultativa que designe y el informe del Ministerio Fiscal, debe acordar motivadamente la autorización o denegación del internamiento o su continuación. El Juez o Jueza, cada dos meses, debe revisar la situación de la persona internada.*

*3. En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el artículo 219 para estos tratamientos, y las funciones atribuidas por el artículo 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el Juez o Jueza.*

Y el 253 *El guardador o guardadora de hecho.*

El guardador o guardadora de hecho es la persona física o jurídica que tiene acogido transitoriamente a un menor que ha sido desamparado por aquella o aquellas personas que deben tener cuidado del mismo, o cualquier otra persona que, por razón de sus circunstancias personales, puede ser declarada incapaz o sujeta a curatela.

La distinción entre un precepto y otro radica en que en el caso del internamiento, éste se lleva a cabo en un centro cerrado mientras el guardador de hecho acoge transitoriamente en un centro abierto.

Aunque algunos juristas, como Manuel Aznar,<sup>7</sup> se han manifestado totalmente contrarios a esta interpretación argumentando que no existen “centros abiertos” o “cerrados” sino personas que viven en régimen abierto o cerrado, lo cierto es que la introducción de esos artículos en el Código de Familia han permitido crear un desarrollo reglamentario que, aunque quizá esté falto de rigor jurídico, resulta muy práctico para los profesionales. Me refiero al artículo 7 del Decreto 284/1996, según redacción del Decreto 176/2000.

#### *Artículo 7. Libertad de ingreso en establecimiento residencial*

*7.1. Para efectuar el ingreso en un establecimiento residencial será condición necesaria la previa y libre manifestación de voluntad de la persona que tenga que ingresar o la de su representante legal.*

*7.2. En el ingreso, la entidad titular del establecimiento residencial tendrá que disponer de un informe médico, efectuado como máximo en los tres meses anteriores al ingreso, a excepción hecha de los casos urgentes, y que tendrá que contener como mínimo:*

- a) Datos personales.*
- b) Enfermedades activas.*
- c) Alergias y contraindicaciones.*
- d) Medicación prescrita.*
- e) Régimen dietético.*
- f) Atenciones sanitarias o de enfermería que necesita.*
- g) Valoración de la disminución, cuando sea procedente.*

*7.3. El ingreso en establecimientos residenciales de personas que no pueden manifestar libremente su voluntad, ya que por razón de sus circunstancias personales puedan ser declaradas incapaces, comporta que el director técnico del establecimiento sea el guardador de hecho cuando el ingreso de la persona se haya realizado sin la intervención de alguna de las personas que se indican a continuación:*

- a) Cónyuge o pareja estable conviviente.*
- b) Descendientes mayores de edad o bien ascendientes.*
- c) El cónyuge del padre o de la madre si ha habido convivencia durante tres años con la persona que ha de ingresar.*
- d) Hermanos.*
- e) La persona que haya asumido la guarda de hecho, siempre que haya comunicado el hecho de la guarda al juez o al Ministerio Fiscal.*

---

<sup>7</sup> M. AZNAR. Internamientos Civiles. Vid supra. Pág 41.

*Se dejará constancia en el expediente asistencial de los familiares que han intervenido en el ingreso, así como de la comunicación al juez o Ministerio Fiscal efectuada por la persona que ostenta la guarda de hecho.*

*7.4. En aplicación de lo previsto en la Ley 9/1998, de 15 de julio del Código de Familia, cuando el director técnico del establecimiento asuma la guarda de hecho por no haber intervenido en el ingreso las personas que se indican en el apartado anterior, tendrá que comunicar al juez el hecho de la acogida, en el plazo máximo de 15 días.*

*Esta notificación al juez se ha de acompañar, en relación con la persona acogida, de la documentación siguiente:*

- a) Un informe médico con indicación de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico.*
- b) Un informe social con indicación de las circunstancias personales, familiares y sociales.*
- c) Relación de bienes conocidos respecto a los que se llevará la administración ordinaria o, si es el caso, circunstancias que concurren.*
- d) El contrato de prestación de servicios con indicación del precio de la estancia mensual y de los servicios complementarios, y el reglamento de régimen interno del establecimiento.*

De esta notificación y documentación se tramitará copia al Ministerio Fiscal, con indicación del juzgado al que se ha enviado.

El precepto establece así, tres posibilidades cuando quien ingresa no puede manifestar su voluntad de hacerlo:

1. El ingreso lo efectúa un familiar directo (de los mencionados) o el tutor de la persona: En ese caso no hace falta hacer ninguna comunicación al juzgado. Sólo firmar el contrato asistencial entre la residencia y el familiar de referencia o tutor de la persona.
2. El ingreso lo efectúa una persona que no se considera familiar directo ni es el tutor del mayor (por ejemplo, un sobrino o un amigo) pero que está actuando como normalmente lo hacen éstos (o sea, le administra los bienes y toma decisiones sobre la persona). En ese caso se considera que el ingreso lo está realizando un guardador de hecho no familiar por lo que la residencia firmará con él (o ella) el contrato asistencial asegurándose de que quien efectúa el ingreso haya comunicado al juzgado su condición de guardador de hecho. En la práctica, para asegurarse de que se produce la comunicación, las residencias suelen redactar ese documento que dan a firmar en el momento del ingreso al guardador siendo el mismo centro el que realiza la comunicación física al juzgado y fiscalía.
3. El ingreso no lo efectúa nadie que tenga una relación cercana con la persona a ingresar: En ese caso, según el Decreto, el director técnico se considera guardador de hecho y, como tal, en un plazo no superior a 15 días debe enviar al juzgado (con copia a Fiscalía) una comunicación acompañada de

una serie de documentos. A partir de ese momento, el director técnico, se responsabiliza del cuidado de la persona y de la administración ordinaria de sus bienes conocidos.

Aunque el sistema, como decíamos resuelve en la práctica la inmensa mayoría de casos no está exento de problemas.

Para empezar, al no considerar la necesidad de comunicar al juzgado la guarda de hecho de los hijos, cónyuges y hermanos tampoco prevé una situación en la que un familiar directo efectúa el ingreso y otro familiar directo se opone al mismo o quiere imponer condiciones de vida respecto a las que existen discrepancias, como puede ser la limitación de determinadas visitas (una situación que según la encuesta antes citada han vivido el 62% de los directores de residencia). El artículo referido no resuelve el problema debido a que no se trata de una cuestión administrativa sino civil. En estos casos la única solución factible es iniciar un proceso de incapacitación y pedir, cada uno de los familiares, las medidas que considere oportunas.

Otra cuestión es si el Decreto puede obligar al director técnico de una residencia a asumir una guarda que supone la administración ordinaria de unos bienes cuando quizá ese director es un empleado de una fundación, empresa o administración. En la práctica se ha vivido resistencia por parte de muchos directores a asumir la guarda comunicándolo al juzgado.

Como la base legal para obligar al director a asumir esa guarda es el artículo 253 del Código de Familia que dice que “quien acoge transitoriamente..”, algunos directores han planteado que sea “quien acoge” realmente quien asuma la guarda, o sea, la entidad, empresa o administración titular del centro.

Por otro lado la Generalidad ha aceptado que las fundaciones que se dedican a asumir la tutela de incapaces puedan también asumir la guarda de hecho a los efectos de este artículo.

Lo cierto es que la guarda de hecho en el Código Civil se contempla como una figura meramente transitoria y que es comúnmente aceptado que la residencia actúa como guardadora de hecho de los residentes presuntamente incapaces. Lo que sucede es que la norma catalana ha dado una “vuelta de tuerca” a la figura para convertirla en una guarda de hecho que en la práctica es “casi de derecho”.

El aspecto práctico del sistema radica en que la comunicación de la guarda de hecho no supone la apertura de un procedimiento judicial que deba acabar en resolución. Así, una vez el juez la recibe, condecor de que también la Fiscalía ha recibido copia de la misma puede, sencillamente no hacer nada a la espera de que sea el Ministerio Fiscal quien inste, si lo considera oportuno, un procedimiento de incapacitación.

Quizá la comunicación no genera un procedimiento pero lo que sí genera en quién está administrando ordinariamente los bienes de la persona y decidiendo sobre la misma, es la sensación de que, si algún abuso se produjese, si algo extraño pasase, existe una “trazabilidad” hacia quien era responsable del bienestar de la persona.

## 9.- Reflexión

Conociendo la tendencia al aumento del número de personas que sufren demencia en las fases avanzadas de la vida y sabiendo que un porcentaje de las mismas requerirán ser ingresadas en centros sociosanitarios para ser atendidas. ¿No ha llegado el momento en el que se debería regular un sistema de incapacitación y de internamiento que se aparte de la idea del enfermo mental que requiere tratamiento y se acerque más a la de la persona con deterioro cognitivo que requiere cuidado?

Hoy en día tanto la incapacitación como el internamiento se regulan desde una perspectiva garantista, como si incapacitar o internar fuese un ataque a la libertad de la persona del cual debe ser protegido. Aunque después el sistema garantista se convierte en procedimiento burocrático al faltar el aparato que convierta la previsión normativa en realidad. ¿No deberíamos acercarnos más a un método de protección basado en el cuidado que limitase la intervención judicial a los casos en que hubiese patrimonio, conflicto o riesgo dejando la inmensa mayoría en el ámbito administrativo?

Quizá ahora que se está tramitando la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y que la sociedad centrará su atención durante un tiempo en estas cuestiones, sería el momento para que, desde los profesionales asistenciales se plantease la inoperatividad del sistema actual y la necesidad de contar con un sistema de incapacitación/ingreso acorde con la situación actual y la tendencia a que nos enfrentamos.