

INTERNAMIENTOS II

PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DE LOS INTERNAMIENTOS DE CARÁCTER RESIDENCIAL, MEDIOS DE CONTENCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS CENTROS RESIDENCIALES.

Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz.

Fiscal encargado de la Sección Civil y de Protección de las Personas con
Discapacidad de la Fiscalía de Jaén.

Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén.

PONENCIA PRESENTADA EN LAS JORNADAS ORGANIZADAS POR
AEQUITAS Y EL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE EL INGRESO
INVOLUNTARIO: NOVEDADES Y PROBLEMÁTICA CELEBRADAS EN
MADRID LOS DÍAS 9 Y 10 DE MARZO DE 2009.

I. - Incapacidad e internamientos.

El internamiento es una medida de protección que se adopta, bien para lograr un mejor tratamiento médico o rehabilitador, bien para obtener una mayor calidad de vida y asistencia de la persona internada cuando esta no se puede conseguir por otros medios. El principal problema que tiene la regulación de esta materia en nuestro ordenamiento jurídico es que el mismo contempla únicamente el internamiento de carácter terapéutico que, como veremos, no es el único que puede practicarse.

Debemos recordar primeramente los principios que presiden el mismo y sin cuya concurrencia puede convertirse en un remedio legal cómodo pero que conculca derechos y libertades individuales. Estos principios se contienen en la Constitución española (artículos 15¹, 17², 43-1³, y 49⁴) y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España en 1979, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de febrero de 1983, sobre la protección de las personas que sufren enfermedades mentales como pacientes involuntarios, y algunas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto al ingreso de ancianos en residencias cuando ya no pueden valerse materialmente por sí mismos pero conservan gran parte de su capacidad decisoria, debemos indicar, en primer lugar, que la filosofía que debe inspirarnos es la de que el anciano debe permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Debe « envejecer en casa». Esto debe configurarse como un derecho básico del anciano, tal como recoge la resolución 46/1991 de 16 de diciembre de la Asamblea General de las Naciones Unidas que indica que los ancianos deben

« Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio;

Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible».

Profundiza en esta tendencia la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aplicable, sin duda, a muchos de los ancianos por su situación de dependencia y discapacidad que, en sus artículos 18 y 19, establece:

18-1º.- *« Los Estados partes reconocerán el derecho de las personas con discapacidad a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia (...), en igualdad de condiciones con las demás (...)».*

19.- *« Los Estados partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a*

¹Derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.

²Derecho a la libertad y a la seguridad.

³Derechos fundamentales del enfermo en relación con la protección de la salud.

⁴Prevención, tratamiento, rehabilitación o integración de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos.

vivir en comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a).- Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico (...).».

Pero para poder cumplir este principio muchas veces deben realizarse reformas y acondicionamientos no siempre al alcance de todas las familias, así como mecanismos de atención permanente al anciano y mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país, así como la adopción de otros mecanismos alternativos, tales como acogimiento familiar y las viviendas tuteladas o compartidas.

Por ello, hay casos en los que debe acudir a las residencias como forma de mantener en el anciano una cierta calidad de vida. También la OCDE en 1994 recomendaba el que se debía permitir a las personas mayores dependientes que no puedan ser atendidas en su domicilio, el disfrute de una buena calidad de vida mediante la mejora de la oferta residencial, teniendo siempre en cuenta sus preferencias individuales.

Es por esto por lo que debemos permitir el ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, pero con un carácter excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario, bien por existir un riesgo grave para el paciente, bien si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impide que este reciba el tratamiento adecuado. Ciertamente que no estamos ante un internamiento psiquiátrico ya que este es una actuación sanitaria destinada a la recuperación de la salud, y aquí ese no es el fin que se persigue.

También debemos tener en cuenta el artículo 14 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece la obligación de los Estados Partes de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

La clave del problema está en determinar si el internamiento forzoso es un acto discriminatorio o no en relación con los demás ciudadanos, y ciertamente lo sería el internamiento de personas con discapacidad sobre la base exclusiva de su discapacidad.

El internamiento por trastorno psíquico previsto en el art. 763 de la LEC, es una excepción a la regla general, que se basa en determinadas condiciones no referidas a la discapacidad sino a la enfermedad psíquica.

El internamiento forzoso de carácter urgente, es decir el dictaminado por la autoridad médica y convalidado por la autoridad judicial, no es contrario al espíritu de la Convención, pues cumple los requisitos del Art. 12.4. (aplicación en el plazo más breve posible, sujetos a exámenes periódicos y acordados judicialmente), existiendo los mismos controles que para la privación de libertad de cualquier ciudadano.

Vemos como las fuentes indicadas proclaman la imperiosa necesidad del control judicial de estas medidas, en garantía de uno de los derechos humanos más sagrados, como es el de la libertad, cuyo ejercicio, defensa y garantía se reserva a los Tribunales de Justicia, como los más idóneos para su tutela y protección.

Aunque objetivamente el internamiento forzoso suponga un acto contrario a la voluntad explícita del enfermo, se puede entender que, de hecho, esta voluntad está abolida o mermada como consecuencia de la enfermedad y, en puridad conceptual, no se contraviene el deseo de autodeterminación de una persona capacitada desde el punto de vista del individuo dotado de las facultades propias de un adulto normal. Según la literatura científica, las situaciones de patología mental que requerirían el internamiento serían las siguientes:

1.- Según el criterio de peligrosidad:

- Riesgo de autoagresividad.
- Riesgo de heteroagresividad.

2.- Según el criterio de asistencia:

- Incompatibilidad social con riesgo de incapacidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesarias.
- Grave enfermedad mental que aunque no incluya ninguno de los supuestos señalados en los apartados anteriores suponga un riesgo de agravación en caso de no ser adecuadamente tratada, y en el caso de que dicho tratamiento deba realizarse bajo cuidados que sólo son posibles en régimen de hospitalización.

Estamos ante dos sistemas clásicos de justificación para el internamiento de estos enfermos. El primero de ellos se basa en la seguridad de las personas. Son razones de orden público las que provocan dicho internamiento. El segundo incide en un concepto asistencial por el que el Estado debe proteger a estas personas en el caso de no existir o no funcionar los mecanismos tutelares. En el primer sistema sería en el que el concepto de peligrosidad tiene un valor esencial como causa de internamiento. Este sistema se ha seguido en nuestro derecho histórico y tiene numerosos ejemplos en el derecho comparado. A pesar de las dificultades para concretar el criterio de peligrosidad inminente, este criterio está admitido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y numerosos textos internacionales.

En nuestro derecho no existen motivos para entender que el criterio de la peligrosidad en el internamiento pueda acusarse de inconstitucional. Incluso el artículo 219 del Código de Familia Catalán lo contempla como justificante del internamiento urgente. Ahora bien, en nuestro ordenamiento común el internamiento se ha configurado como una hospitalización por razones meramente terapéuticas o de protección eliminándose todo vestigio de orden público, lo que, sin duda, ha contribuido a desestigmatizar a las personas con anomalías psíquicas.

En cuanto a la **ejecución del internamiento** debemos decir que la autorización judicial de internamiento solo limita la libertad para someterse a un tratamiento médico determinado o para integrar la prestación del consentimiento por quien no puede darlo por sí, conservando el discapaz su posición jurídica con respecto al resto de los derechos fundamentales. Ello significa, que salvo que el criterio estrictamente médico lo aconseje, no se puede privar al enfermo de otros derechos tales como el de recibir visitas, salir del Centro si es posible, relacionarse con determinadas personas etc... Mucho menos por decisión de sus parientes, ya que ello requeriría una nueva decisión judicial. Igual ocurriría en el traslado de centro, a no ser que el auto autorizante ya previera dicha posibilidad. Se critica la habitual falta de respeto de los derechos de los internados en este ámbito, incluso desde sectores de la importancia del Defensor del Pueblo, sobre todo, por la falta de una normativa legal al respecto⁵. Así, esta alta institución ha recomendado, la elaboración de una norma legal que garantice los derechos básicos y fundamentales de los usuarios⁶, y establezca las garantías necesarias en los casos de que sea preciso restringir sus derechos para proteger su vida, su salud o su integridad física. Estas normas se están estableciendo a través de las distintas legislaciones de carácter autonómico como ocurre con los artículos 34 y siguientes de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía o en los artículos 40 y siguientes de la Ley 11/2003 de 10 de abril de la Generalitat Valenciana sobre el Estatuto de Personas con Discapacidad, entre otras.

⁵Ver Aznar López, M. " El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" en La protección jurídica del discapacitado, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 242.

⁶Estudio y Recomendaciones del DP sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos, 1996, pág. 53.

En el tratamiento asistencial a deficientes o ancianos, en que las posibilidades de curación o mejora son remotas, la problemática es distinta de la del tratamiento psiquiátrico de carácter terapéutico.

No basta aquí el criterio propiamente médico, que solo servirá para indicarnos si la persona esta capacitada para decidir sobre el internamiento por sí misma, sino que habrá que tener en cuenta otros factores. En este campo, lo esencial no es la posibilidad remota de curación o fin terapéutico, sino la reinserción social y la mejora de la calidad de vida o fin rehabilitador y asistencial. El concepto de finalidad terapéutica creemos que debe entenderse de forma amplia, incluyendo las atenciones médicas, farmacológicas y de calidad de vida que van a hacer más llevadera la situación de la persona dependiente.

Para autorizar el internamiento el Juez debe tener en cuenta como presupuesto básico la necesidad del mismo. Pero además la voluntad del paciente si este esta en condiciones de manifestarla. Y, en último extremo, puede valorarse la probabilidad de daños a sí mismo y a terceros siempre que esto sea real y de cierta entidad y, solo de forma muy residual, la alarma social que provocan. También la imposibilidad para realizar las tareas de cuidado personal más necesarias, deben tenerse en cuenta.

Un sector doctrinal ha considerado que el artículo 763 LEC que regula en España estos internamientos puede amparar el internamiento en centros de naturaleza sanitaria o de salud mental, pero no de otro tipo, y, por tanto no es aplicable a los internamientos de carácter asistencial de deficientes o seniles⁷. Esta tesis ha sido recogida por alguna resolución judicial y se extiende cíclicamente por todo el territorio nacional⁸. Nosotros entendemos que el

⁷ Así consideran que el artículo 763 LEC no es aplicable en estos casos, Sancho Gargallo ("Incapacitación y Tutela (conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)", Tirant lo Blanch, Valencia 2000, págs. 141); García García, L. (" Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento.", Revista General del Derecho, Valencia 2000, pág. 224) o Cobreros Mendazona (citado por Santos Morón, M.J. " El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, nota 26, pág. 24) que matiza en el sentido de que la presunta incapacidad de la persona de valerse por sí misma hubiera llegado a un extremo de autoabandono que pusiera en peligro su propia salud. En contra de esta postura se encuentra otro sector doctrinal importante. Véase como ejemplo, además de los que citamos a lo largo del texto, Bustos Valdivia (" Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la LOPJM de 15 de mayo de 1996", Actualidad Civil, nº 35 año 2000, pág. 1304); Ribera i Garijo (" Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales", en Revista de Jurisprudencia Civil, 1991-1, págs. 171 y 178); Peces Morate, J. (" Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos" en Actualidad Civil 1986-2, págs. 2430 y ss), Lete del Río, J.M. (" Internamiento por razón de trastorno psíquico" en Actualidad Civil LXVI/2002). Este autor cita la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo, sección 6ª) de 13-11-2001 que aplica analógicamente el artículo 763 para un internamiento por enfermedad contagiosa. También se manifiestan por la necesidad de autorización los " Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" de Lex Nova en su comentario al artículo 763 entendiendo que, lo que el Tribunal debe apreciar, es el estado mental del sujeto y si tiene o no aptitud para consentir, siendo irrelevante la naturaleza del centro donde va a ser internado.

⁸ Es doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona (pueden verse los autos de 10-2-1998 y 5-2-1999, entre otros), la Audiencia Provincial de La Rioja (Autos de 27-10-98, 17-1-2000 o

precepto abarca a todo internamiento de una persona que, por sus condiciones psíquicas, no este en condiciones de prestar su consentimiento. Otra interpretación carecería de lógica, siendo lo decisivo, no la modalidad del centro, sino la condición psíquica de la persona⁹. Y ello por los siguientes motivos:

- No cabe duda que las Residencias de Deficientes o seniles son centros de internamiento asistencial, y en algún caso de carácter mixto por tener también funciones de asistencia clínica.
- Según cualquier tratado de psicopatología, dentro del concepto de trastorno psíquico, se incluye, no solo la enfermedad mental, sino también las deficiencias y las enfermedades seniles que provocan el trastorno psíquico¹⁰.
- El artículo 763 LEC no restringe en su sentido literal el concepto a los establecimientos sanitarios. Tampoco especifica que causas concretas

18-2-2002, entre otros) o la Audiencia Provincial de Bilbao (entre otros muchos los autos de 12-9-2002 y 28-1-2003). En contra de esta postura restrictiva se manifiesta la Audiencia Provincial de Barcelona en Auto de 6-7-1995, Audiencia Provincial de Segovia en su auto de 27-3-2000, la Audiencia Provincial de Toledo en el de 16-1-2003, la Audiencia Provincial de Alicante en Auto de 24-11-1998, la Audiencia Provincial de Huelva en los de 10, 14 y 23-9-2004 o la Audiencia Provincial de Jaén en tres autos de fecha 2-11-2001. Salvo estos últimos de la Audiencia de Jaén, que hacen referencia a deficientes, el resto se refieren a personas de la tercera edad si bien la argumentación es perfectamente aplicable. Decir que, en uno de ellos, esta Audiencia considera legitimado al Director del Centro, como guardador de hecho, para solicitar el internamiento, aún existiendo tutor del discapacitado. En la Audiencia Provincial de Jaén deben tenerse en cuenta un numero considerable de autos de 2008 (véase en tercera edad el de 29-9) que continúan ratificando esta tendencia. También Auto de la sección tercera de la Audiencia Provincial de La Coruña de 29-1-2009. El auto impugnado reconducía la autorización del internamiento a la presentación de una demanda de incapacidad y la adopción del mismo como medida cautelar. El auto de la Audiencia indica que << si la juzgadora de instancia consideraba que no existía patología psíquica (...) debería acudir a lo dispuesto en el artículo 762-1º de la LEC; y, actuando de oficio, acordar la medida cautelar pertinente para la protección de la persona de la presunta incapaz, dando cuenta al Ministerio Fiscal para que, en su caso, dedujese en forma la demanda>>. Este criterio es el que mantiene el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción número 3 de los de Ubeda (Jaén) de 12-1-2009 que autoriza el internamiento como medida cautelar por la vía del artículo 762 LEC poniendo el mismo en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

⁹Sobre este tema puede verse nuestra obra " Protección jurídica de la tercera edad", Colex, 2002, págs. 105 y ss.

¹⁰Así, podemos ver como en Psicopatología el termino trastorno es equivalente al de alteración, definiéndose como " un síndrome o patrón comportamental o psicológico de significación clínica, que aparece asociado a un malestar (por ejemplo, dolor), a una discapacidad (por ejemplo, deterioro de una o más áreas de funcionamiento), o u nriesgo significativamente aumentado de morir o sufrir dolor, discapacidad o perdida de libertad" (DSM-IV página XXI de la introducción a la edición española, 1995). Según esta definición el trastorno puede no tener carácter de enfermedad mental. En el campo de la Psicopatología se incluyen las alteraciones de la inteligencia por lo que las mismas son enfermedades psíquicas. Dentro de ellas se incluyen las deficiencias mentales debidas a aberraciones cromosomicas como el síndrome de Down (Vid Vallejo y al. " Introducción a la Psicopatología y la Psiquiatría" , Salvat, pág. 365). Añadamos que, tanto el CIE-9, como el DSM-III, las dos principales listas de clasificación de enfermedades mentales, incluyen la oligofrenia o retraso mental en sus diversos grados como clases de estas. Estamos, pues, ante un trastorno psíquico al que le es aplicable el art. 763 LEC. Así lo ha entendido también el Defensor del Pueblo que entiende que " trastorno psíquico" incluye enfermedad mental y deficiencia mental. (Vid. " Estudio y Recomendaciones del DP sobre la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos", 1996, págs. 136 y ss.)

permiten el recurso al internamiento, no aclara quienes son los sujetos que pueden ser internados, ni la finalidad (terapéutica, educativa o asistencial) que puede perseguir¹¹ .

- No es lógico, como indica Aznar López¹² , que la ratio legis del precepto se justifique en el caso de esquizofrenia o paranoia, excluyéndose del sistema de garantías establecido a las personas con retraso mental.

- El Código Civil incluye expresamente una modalidad de centro residencial en el que se precisa autorización judicial para llevar a cabo el internamiento: el centro de educación o formación especial (artículo 271 CC que impone al tutor la obligación de solicitar esta autorización). Esto nos demuestra que pueden existir internamientos en centros de carácter educativo y que los mismos exigen autorización judicial. Estos internamientos suelen referirse a discapacitados y van dirigidos a potenciar al máximo sus facultades.

- En el mundo de las discapacidades ya no se habla de una asistencia exclusivamente sanitaria sino que se contempla desde una perspectiva global que abarca lo social y lo sanitario. Se dice que las residencias de ancianos son recursos de carácter socio-sanitario.

- No cabe diferenciación legal alguna entre un centro residencial de tercera edad, un centro para deficientes psíquicos y un centro para enfermos mentales crónicos en lo que concierne a los mecanismos de protección, los tres son servicios asistenciales y los tres participan de las características de las llamadas instituciones totales.

- Los precedentes históricos de estas instituciones son similares mezclándose beneficencia y control social, si bien los elementos de peligrosidad han cedido en cuanto a los elementos asistenciales.

- Todo internamiento implica detención. Asimismo, es en los internamientos prolongados donde se es más proclive a los abusos y, por ello, las razones de control son más atendibles¹³ .

Debemos añadir que, actualmente, algunas legislaciones autonómicas con competencia en asistencia social, están contemplando la necesidad de autorización judicial remitiéndose a lo dispuesto en la regulación que estamos contemplando lo que supone un argumento más para su aplicación en estos casos¹⁴.

¹¹Un estudio completo sobre los distintos tipos de internamiento puede verse en Santos Morón, M.J.; " El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000", Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

¹²" El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" en La protección jurídica del discapacitado, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 234.

¹³Ferreirós Marcos, C. E. " Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, V/2002, Madrid, pág. 702 y 703.

¹⁴ Véase artículo 95 de la Ley 5/1997 de 25 de junio de la Generalitat Valenciana, o artículo 45 de la Ley Andaluza 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores. También el artículo 34 de la Ley Gallega de Servicios Sociales de 14 de abril de 1993 que textualmente expone:

« 1. En el ingreso, permanencia y salida de los Centros prestadores de servicios sociales se respetará la propia voluntad del usuario o de su representante legal cuando se trate de

Santos Morón¹⁵ realiza un estudio completo de estos internamientos y de los requisitos que deben tener cada uno de ellos.

Así, en primer lugar, indica la autora citada¹⁶, que no es precisa la autorización judicial para ingresar a deficientes mentales o seniles en centros educativos o asistenciales de carácter abierto en el que los residentes pueden salir libremente y que, por lo tanto, no suponen una privación de libertad. En caso contrario, incluso si el disminuido está sujeto a tutela, en cuyo caso se aplicaría el artículo 271-1º CC, debe solicitarse la autorización judicial por la vía del artículo 763 LEC que ofrece mayores garantías que las establecidas en el artículo 273 CC que establece el régimen de concesión de las autorizaciones judiciales al tutor. Estos ingresos en centros educativos y asistenciales deberán realizarse por el procedimiento ordinario, ya que el urgente se reserva para aquellos casos en que existe un peligro inminente para el que se ve aquejado del trastorno psíquico lo que es difícil de concebir en estos casos. Hemos de decir que la utilización del mecanismo del internamiento urgente en estos casos es habitual¹⁷ y es una práctica que debemos tratar de evitar, si bien a nuestro entender con la suficiente flexibilidad, ya que, en muchos casos, se debe a una mala información a las familias por los órganos administrativos, por lo que estas se encuentran, tras haber pasado mucho tiempo en las listas de espera, con el peligro de perder la plaza conseguida, máxime cuando le conceden un plazo para la ocupación de la plaza transcurrido el cual pierden la misma. Debemos admitir, también, la hipótesis puntual de que, si a la discapacidad se unen otras patologías, nos encontraremos con un caso de verdadera urgencia, si bien, en este caso, estaríamos ante un posible internamiento de carácter terapéutico. Cuando no se dan estos problemas de lista de espera, lo que ocurre en las plazas privadas no concertadas, el centro no debe aceptar al discapacitado sin que los familiares le aporten la correspondiente autorización judicial obtenida por el procedimiento ordinario.

Si nos centramos en el internamiento con finalidad asistencial debemos decir que sujeto del mismo lo son todas aquellas personas que, padeciendo un trastorno psíquico que le impiden decidir por sí mismo (base de la necesidad de autorización judicial), se encuentran incapacitados para realizar las más elementales labores de cuidado personal y para valerse por sí solos. Nos encontramos ante lo que nosotros llamábamos en el campo de la tercera edad

menores de edad o mayores incapacitados. En este último caso será necesaria además la pertinente autorización judicial de acuerdo con el artículo 211 del Código civil.

2. En caso de urgencia podrán procederse al ingreso sin la autorización judicial, según lo dispuesto en el párrafo anterior, y habrá de comunicarse inmediatamente a la autoridad judicial competente para que dicte la resolución que proceda.

3. En el caso de incapacidad sobrevenida previo su internamiento, los responsables del Centro deberán ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad judicial a los efectos de lo previsto en el referido artículo del Código Civil». La actual reforma del derecho catalán en tramitación se sitúa también en esta postura.

¹⁵Santos Morón, M.J. " El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000", Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

¹⁶Santos Morón, M.J. " El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000", Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pág. 61.

¹⁷Así se ha denunciado en alguna comunidad autónoma como Andalucía. Ver nuestro trabajo " Protección jurídica de la tercera edad", Colex, Madrid 2000, págs 102 y 103.

"internamiento necesario" y que es sin duda aplicable también en el campo del retraso mental. Decíamos entonces¹⁸ :

" Por ello, es posible hablar de un << internamiento necesario>>, como concepto diferenciado de las clases típicas de internamiento. No debe confundirse con este internamiento necesario, aquellos en que, basta con que un mayor presente problemas en una familia porque falte el potencial cuidador, para que se decida sin más el internamiento del anciano, lo que supone un desconocimiento evidente de sus derechos fundamentales. En este concepto, solo deben incluirse los casos de ancianos que carecen de familiares y que se encuentran en una situación de riesgo por vivir en unas condiciones inhumanas debido a la imposibilidad de tomar decisiones libres en su vida diaria, lo que, en muchos casos, es consecuencia de una cierta demencia, o, padecen enfermedades crónicas que les incapacitan para desarrollar las labores esenciales de cuidado personal, e incluso enfermos terminales que son desplazados de los Centros Hospitalarios¹⁹ ."

Parafraseando lo dicho, no debe confundirse este internamiento necesario con aquellos en que basta con que un disminuido presente problemas en una familia porque falte el potencial cuidador. En este concepto, solo deben incluirse los casos en que se carecen de familiares adecuados y el discapaz se encuentra en una situación de riesgo por vivir en unas condiciones inhumanas debido a la imposibilidad de tomar decisiones libres en su vida diaria y atender a su cuidado personal, o que el riesgo les viene de la imposibilidad de llevar a cabo esa asistencia por los familiares existentes. La experiencia nos demuestra que, muchas veces, la normativa básica del internamiento no se aplica como debiera. Si la persona no se encuentra incapacitada, se presume su capacidad y, debido a ello, se soslaya cualquier autorización judicial, a pesar de que, en muchos casos, la voluntad del discapaz esta condicionada, dándose verdaderos " *internamientos forzados*". Esto se agrava en las Residencias Privadas, donde el simple convenio con los familiares basta para el ingreso.

Este internamiento por finalidad asistencial afectara, fundamentalmente, a los deficientes mentales profundos, sobre todo a los adultos. En cuanto a los presupuestos para llevar a cabo estos internamientos podemos referir los siguientes:

1.- Que dicha medida sea indispensable para que la persona afectada pueda recibir los cuidados y asistencia apropiados para preservar su salud y dignidad. Habrá que valorar las condiciones personales del sujeto afectado - incapacidad para valerse por sí mismo - y el entorno que le rodea - inexistencia de parientes, imposibilidad de los mismos para poder atenderle, o cuando la atención que pueden prestarle es de carácter precario en comparación con la

¹⁸" Protección jurídica de la tercera edad", Colex, Madrid 2000, págs 100.

¹⁹ Los problemas padecidos por estos ciudadanos son recogidos en el Informe de 1996 del Defensor del Pueblo de Andalucía, pag. 86.

que recibirá en el centro -. Especialmente debe tenerse en cuenta la situación de aislamiento y abandono personal del afectado.

2.- Que el internamiento sea una medida proporcionada porque no exista otra posibilidad menos gravosa para el interesado que le permita una existencia digna. Así debe preferirse la asistencia domiciliaria o las residencias abiertas si las mismas no suponen un claro empeoramiento de la asistencia recibida o ponen en peligro la salud o la seguridad del discapaz.

Algunas resoluciones judiciales reconducen la autorización de estos internamientos a la adopción de medidas cautelares coetáneas a una demanda de incapacitación. Esta postura es, a todas luces, contraria a la protección proporcionada que exige el artículo 12 CONUDPD.

No podemos equiparar internamiento e incapacitación. Muchas veces los familiares pretenden la incapacitación porque alguien les ha dicho que es necesario para internar a su hijo en un centro y que si se le incapacita la Administración lo va a internar en un centro público, saltándose incluso las frecuentes listas de espera. Contra esa creencia llevamos muchos años luchando. Ni todos los presuntos incapaces deben ser internados, ni todos los internados deben ser incapacitados. Si el presunto incapaz esta para internar se le internara esté o no incapacitado. Si no lo esta, aunque esté incapacitado no se le internara. Tampoco existe obligación de internar en vía civil cuando existe auto autorizando el internamiento y, por lo tanto, el Auto de internamiento ordinario no provoca un avance en la lista de espera. Una persona puede no tener capacidad suficiente para consentir su internamiento, pero tenerla para tomar otras decisiones, conservando gran parte de su autogobierno. De hecho existen enfermedades que provocan internamientos frecuentemente - esquizofrenias y otras psicosis- y solo excepcionalmente dan lugar a la incapacitación.

Terminemos diciendo que el mero hecho de la existencia de la necesidad de una autorización de internamiento no conlleva por si la necesidad de llevar adelante un proceso de incapacitación ya que, si bien pudiera existir causa, es muy posible que no exista motivo para ello. Podemos decir que, en estos casos, hay causa de incapacidad (la enfermedad o deficiencia incapacitante por afectar al autogobierno), pero no motivo para incapacitar (ya que las necesidades de autogobierno de la persona están totalmente cubiertas). Y ello porque incapacidad e internamiento son instituciones jurídicas de carácter independiente, como ya hemos visto.

Por último debemos tener en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia establece en su artículo 4-2 que las personas en situación de dependencia tendrán derecho a

« g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio».

Con estos nuevos artículos el problema debe desaparecer no existiendo ya duda de la necesidad de autorización judicial en el caso de los internamientos involuntarios.

En este tipo de internamientos podemos encontrarnos ante distintas situaciones:

- Si hay oposición expresa del paciente, el ingreso debe ser excepcional y sólo cuando sea estrictamente necesario por existir un riesgo grave para el paciente o ser conveniente para que pueda recibir un tratamiento adecuado. Es preciso, además, que el afectado no sea totalmente consciente de las consecuencias de su negativa, por que si lo es, su voluntad habrá de ser respetada.
- Si no es voluntario simplemente porque el afectado no está en condiciones de decidirlo por sí, sin oponerse, parece suficiente con constatar que es la opción asistencial o residencial más adecuada, sin que existan otras alternativas viables mejores.
- El principal problema se plantea si el internamiento es necesario, no por razones terapéuticas, sino cuando familiar y socialmente no se puede atender al anciano y este se opone al ingreso con plena conciencia. El Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 12 de diciembre de 2002, en un caso de estas características razona de la siguiente forma:

« (...) no parece obstáculo la oposición del sujeto, ya que dicha manifestación ha de presumirse que no ha sido tomada en las condiciones de estabilidad y suficiencia mental normal de la persona, en vista de su estado psíquico, en segundo lugar, que el estado actual de dicha enfermedad degenerativa no es incipiente, sino que se encuentra en avanzado estado, hasta el punto de que necesita una persona para la deambulación así como para las actividades mas imprescindibles de la vida como vestirse, comer, asearse, etc..., sin que tenga autonomía personal, domestica, o social, y por último, que dicho estado mental tiene carácter irreversible al ser progresivo, de modo que su internamiento deviene necesario, no sólo para prevenir los riesgos personales a que puede conducirle su estado, sino también para prestarle, como exige su dignidad personal, la atención y cuidado de los centros especializados para tales enfermos, por lo que ha de llegarse a la conclusión de considerar justificado el otorgamiento de la autorización para el internamiento que se interesa, sin perjuicio de lo que disponen los artículos 202 y 203 párrafo primero del citado Código sustantivo».

La concesión del Auto del internamiento no asegura el ingreso en un centro, dependiendo ello de la capacidad económica de la familia o de los Servicios Sociales existentes. Por ello es conveniente que antes de iniciar el procedimiento se hayan realizado gestiones para conseguir plaza en un centro adecuado. Especialmente problemático es esto en los casos en que el discapaz tiene una adicción o un trastorno de conducta, cosa por otra parte habitual. Son estos casos los que se han denominado dobles patologías de difícil ubicación en centros dedicados a determinados pacientes y pertenecientes a diversas administraciones que se remiten las unas a las otras y las otras a las unas. En estos últimos tiempos, la Junta de Andalucía ha dado un importante paso adelante al constituirse una comisión mixta de Salud Mental

y el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, para resolver estos casos estudiándolos y eligiendo el dispositivo correcto.

II.- Problemática del examen judicial del discapacitado como prueba obligatoria.

En lo que hace referencia a la practica de la prueba, el examen del enfermo obligará, en muchos supuestos, a trasladarse al lugar del internamiento si esta medida, por razones de urgencia, ha sido ya adoptada, porque no resultará fácil que el internado se encuentre en condiciones de ser llamado ante la presencia judicial, a menos que tras su examen por el equipo médico del Centro se haya optado por el tratamiento del mismo en cura ambulatoria reintegrándolo a su domicilio.

El examen y el dictamen debe producirse de forma directa y personal - examinando el Juez por si mismo al internado - en el Juzgado o en el domicilio, según proceda, encomendándose el dictamen al Médico forense. En caso de que el paciente sea ingresado con carácter de urgencia y al tiempo de acordar su examen no se encuentre en el Centro por haber salido en cura ambulatoria, ello no puede eliminar el cumplimiento de dicho requisito por parte del Juez y menos el dictamen facultativo, ni suplir una cosa y otra por el historial médico que dicho Centro pueda remitir al Juzgado a su requerimiento, porque podemos tener el riesgo de tomar una decisión sin las debidas garantías o acordar, en todo caso, la ratificación de la medida inicialmente adoptada para salvar la responsabilidad del Director. No obstante en la práctica esto es muy difícil que se haga dado el trabajo de los Juzgados. Por ello, se limitan, a dictar un " auto-tipo" regularizando la situación.

Tengamos en cuenta, que el reconocimiento personal del enfermo por el juzgador es una de las garantías fundamentales para evitar que el internamiento sea arbitrario, hasta el punto de que su omisión puede dar lugar a la nulidad del pronunciamiento judicial.

Esta diligencia agrupa en sí dos actividades necesarias para la concesión o no de la autorización. Por un lado, el examen personal del juez y, por otro, la audiencia al afectado que exige el artículo 763 de la LEC, siempre, lógicamente, que la misma sea posible. Dicho acto debe hacerse, preferentemente, fuera de la sede del Juzgado ya que, otra cosa, podría resultar vejatorio y antiterapéutico (no olvidemos que nos encontramos ante un enfermo) y dado su carácter confidencial debe hacerse a solas por el Juez con el sujeto afectado, sin testigo alguno, pero conociendo ya el juzgador el dictamen facultativo lo que facilitara su labor²⁰.

²⁰García García, L.; " Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento", Revista General del Derecho, Valencia 2000, págs. 241 y 242. El artículo 356 permite la posibilidad de que el reconocimiento judicial se realice de forma conjunta con el pericial, practica muy habitual en esta materia. Nosotros creemos que es más conveniente que sea reconocido previamente por el médico, y, una vez que este le comunique el diagnostico, se practique la exploración. Lo que nos parece a todas luces incorrecto es la participación de las partes con sus abogados. Aunque algunos autores - la mayoría de ellos pertenecientes a la institución como Santos Urbaneja, F. " El internamiento psiquiátrico. Problemas que plantea el internamiento involuntario", pág. 182, o Roig Bustos, L. " Los

La naturaleza de la diligencia de exploración judicial constituye, según la mayor parte de la doctrina, un reconocimiento judicial de la persona de los dispuestos en los artículos 353, 355 y siguientes de la LEC²¹.

Tal como establece la ley procesal la práctica de esta prueba requiere las siguientes formalidades:

- El interrogatorio del Tribunal deberá adaptarse a las necesidades del caso concreto.
- El interrogatorio puede practicarse a puerta cerrada y fuera de la sede del Tribunal, y las partes solo pueden intervenir²² si el juez considera que su presencia no es perturbadora para la practica de la diligencia²³. Ya hemos manifestado anteriormente nuestra posición a favor de la no presencia de parte alguna.
- Deberá garantizarse, en todo caso, la dignidad e intimidad de la persona.
- Según el artículo 358 es obligatorio que, por el Secretario judicial, se levante acta detallada en la que se consignen con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal y la opinión manifestada por el enfermo si estaba en condiciones de darla.

Dada la confidencialidad de la práctica de la diligencia, el acta es un elemento imprescindible para que las partes puedan valorar la situación a la hora de emitir su informe y para hacer factible la posibilidad de recurso que cabe en este procedimiento. Igualmente, es imprescindible para conocer la voluntad del internado si este emitió alguna. Aunque el acta debe ser realizada por el Secretario Judicial esto no quiere decir, en consonancia con lo manifestado anteriormente, que el mismo deba asistir al reconocimiento. Dado que lo que debe recoger son impresiones y percepciones de otra persona,

internamientos de los enfermos mentales ", pág. 219, ambos en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal III/1995- abogan por la presencia del Ministerio Fiscal, las graves consecuencias que, en el enfermo, puede provocar la presencia de varias personas, el hecho de que lo que se busca es la percepción directa del decisor, y el que no estamos en un interrogatorio ordinario hace que nos decantemos porque tampoco es recomendable la presencia del Ministerio Público. Ello no obsta a que este visite, en cumplimiento de sus obligaciones estatutarias, los Centros de Internamiento (con mas motivo en los de carácter permanente), según lo dispuesto en el artículo 3-2º del EOMF, estudiando los expedientes y viendo a los internos pero fuera de la practica de una diligencia judicial que conlleva para el afectado una importante tensión.

²¹ Lete del Rio, J.M. " La esterilización del deficiente psíquico" en La protección jurídica del discapacitado, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pág. 57 y Gómez Colomer, J.L.; " El nuevo proceso civil", Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pág. 328.

²² Lo que constituiría un derecho, nunca un deber, por lo que su inasistencia nunca daría lugar a la nulidad. Si el Juez considera que las partes no deben asistir entendemos que no es precisa ni siquiera su citación.

²³ Los " Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" de Lex Nova al artículo 355 considera que este efecto perturbador " no parece preciso razonarlo".

basta con que esta se las narre una vez finalizada la diligencia²⁴ .

²⁴Sobre esta materia puede verse la STS de 14-10-2002. Sobre la necesidad de la documentación de la exploración se manifiestan las II Jornadas de Jueces y Magistrados de Familia y de Incapacidades celebradas en Barcelona en septiembre de 2004.

III.- Control de centros de internamiento y residenciales por el Ministerio Fiscal.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, recordó a los integrantes del Ministerio Fiscal su deber de visitar las residencias geriátricas de sus territorios, examinando los expedientes de los ingresados; requiriendo información periódica a las autoridades administrativas sobre las deficiencias observadas; dando, si fuera necesario, las órdenes oportunas a la Policía Judicial en relación a la investigación de hechos; poniendo en conocimiento de la autoridad administrativa las irregularidades observadas y velando porque el interés patrimonial de los internados no sufriera menoscabo. Es, por lo tanto, obligación del Ministerio Público el visitar, inspeccionar y controlar el trato que se da a los ingresados en estos centros. Esta labor esta amparada en el artículo 4º-2º del EOMF.

Los aspectos fundamentales de la actividad desplegada por los Fiscales en los centros de la tercera edad o discapacitados pueden esquematizarse de la forma siguiente:

- En primer lugar, una labor de control o vigilancia a través de:

a) las visitas a los Centros que servirán para contactar de forma directa con los residentes y facultativos y con el personal encargado de su cuidado, a la vez que sirve para la visita de las instalaciones, privadas y comunes.

b) la comunicación permanente de la Fiscalía con los Centros de la Tercera Edad, especialmente con sus representantes y Trabajadores Sociales.

c) una relación fluida de la Fiscalía con los correspondientes Servicios de Inspección de la Administración, a quienes compete el control y fiscalización de las residencias desde el punto de vista administrativo- sanitario.

- En segundo lugar, existe una labor de investigación y persecución de posibles hechos delictivos. En este campo es importante reseñar la dificultad de obtención de las pruebas que se presenta como consecuencia de que victimas y testigos suelen encontrarse en un estado psico-físico que dificulta mucho su declaración.

Las obligaciones que para el Ministerio Publico establece la Instrucción 3/1990 han sido llevadas a cabo, cuando lo han sido, con grandes dificultades. Desde Fiscalías en que simplemente no se ha realizado actividad alguna, en este sentido, hasta fechas muy recientes, hasta aquellas en que, con un gran esfuerzo por parte de los Fiscales encargados, se ha procurado cumplir, siquiera someramente, la misión. Algunas Fiscalías van incluso más allá. Podemos destacar aquí la Fiscalía de Valencia con una interesante propuesta de control de los bienes de las personas internadas para evitar el expolio de su patrimonio por los guardadores de hecho .Es importante tener en cuenta en lo que a las dificultades que se presentan en esta misión se refiere el hecho de

que existen Fiscalías de muy pequeño tamaño y con una fuerte presencia de residencias de ancianos en su territorio (son, por ejemplo, las limítrofes con Madrid como Ávila, Segovia, Cuenca, Guadalajara, etc.) lo que hace prácticamente imposible un adecuado control .

¿ QUE SE PUEDE DETECTAR EN LAS VISITAS DE CENTROS?

Las visitas o inspecciones de la Fiscalía sirven, si se hacen con pulcritud, para detectar los casos de **ancianos no incapacitados que precisan serlo**. De esta manera se contribuye a la protección de sus derechos dada su especial situación de vulnerabilidad.

También podemos controlar el empleo y corrección de la utilización de **contenciones mecánicas o químicas**, mecanismos dirigidos a limitar de alguna manera la libertad de las personas ingresadas en las residencias (fundamentalmente aislamientos, mecanismos de sujeción física, como cinturones y correas, y administración de determinados medicamentos) que no son una excepción, ni una anécdota en el día a día de las residencias de ancianos en nuestro país, fundamentalmente en el caso de ancianos demenciados. El uso de estas medidas es especialmente frecuente en el caso de episodios de agitación psicomotriz.

Las visitas nos pueden servir también para detectar la existencia de **atentados de importancia contra los derechos fundamentales de los residentes**.

Sin duda atenta contra los derechos humanos de los ancianos la actitud descuidada, irrespetuosa, despectiva o discriminatoria hacia ellos por parte de la sociedad en general y de los profesionales que se relacionan con ellos. Ejemplo de esta actitud es el maltrato refinado que se da al anciano incapacitado en muchos servicios hospitalarios cuando es preciso movilizarle y asearle con frecuencia y esto no se hace, o cuando el mismo personal sanitario entiende que el paciente ya esta demasiado viejo para aplicarle algún procedimiento médico, o se le atiborra de neurolépticos para combatir su agitación sin comprobar si esta se encuentra justificada²⁵. Estos casos pueden ser descubiertos con un poco de atención y experiencia.

En muchos casos llega a conocimiento de la Fiscalía quejas sobre el trato que se da a los ancianos en determinadas residencias. Las quejas, procedentes de usuarios y familiares, pueden ser relativas a la alimentación, la asistencia sanitaria o la falta de información hacia los residentes. En estos casos hemos intervenido visitando la residencia y comprobando *in situ* la situación, lo que nos ha servido para la adopción de decisiones que luego han

²⁵ Una situación que puede reflejar muy bien lo que estamos tratando de exponer la hemos encontrado en el campo de los deficientes psíquicos profundos. Consiste en la negativa de los servicios médicos del Servicio Andaluz de Salud a instalar un marcapasos necesario para una de estas personas alegando su situación de deficiencia y la necesidad de reservar los medios disponibles para las personas << normales>>. Esta postura es completamente inadmisibile y atentatoria contra los derechos fundamentales de las personas. Trata a los afectados como una << no persona>> y debe ser denunciada y combatida desde los poderes públicos y, en concreto, por el Ministerio Fiscal.

servido para mejorar la situación de los ancianos institucionalizados.

Porque la existencia de comportamientos que pueden afectar a derechos fundamentales de los ancianos, que no por encontrarse en una residencia los han perdido entendemos que deben erradicarse de los centros de forma contundente y esa labor también corresponde al Ministerio Fiscal en su labor de amparo.

En Jaén hemos realizado con cierto éxito intervenciones relativas a la alimentación, ubicación de los ancianos, actividades de ocio, entre otras. Pero también hemos realizado intervenciones de mayor enjundia jurídica.

Por ejemplo, hemos intervenido en casos de desconocimiento por el Centro del consentimiento informado como base del tratamiento médico. En el caso concreto el artículo 36º del Reglamento del Centro, puesto en relación con el artículo 43-3º-10 de la misma norma que establecía la autorización al Centro para dar de baja unilateralmente al residente que no aceptara el tratamiento que le impusiera el equipo médico del centro, suponía, a nuestro entender un desconocimiento claro de un derecho fundamental que no estaba justificado. El traslado de esta norma a los contratos redactados por el centro (que funcionan como verdaderos contratos de adhesión) supone una renuncia anticipada a un derecho de impronta constitucional por lo que la Fiscalía se planteó la posibilidad de emprender las acciones que contra las cláusulas abusivas establecen las Leyes de Condiciones Generales de la Contratación y de Consumidores y Usuarios.

No obstante, esto no llegó a hacerse al decidir el equipo jurídico de la empresa (de implantación nacional), tras varios contactos y una reunión nuestra con el Director General de Desarrollo de la entidad, suprimir las cláusulas indicadas en todos sus contratos a nivel nacional debido a nuestra gestión, lo que hemos podido comprobar personalmente.

Igualmente, se ofició al Servicio de Gestión de centros de la Junta de Andalucía para que evite las cláusulas de los Reglamentos de Centros que puedan afectar directamente al derecho al consentimiento informado.

Otro tipo de intervenciones en esta materia se realizan ante entidades públicas. Por ejemplo, nos pusimos en contacto con el Delegado Provincial de Salud de Jaén debido a las comunicaciones de varias residencias de la existencia de problemas con la medicación y los pañales geriátricos a causa del sistema de cupos de recetas establecidas por la Consejería de Salud lo que perjudicaba de forma importante a los ancianos ya que, o pagaban el medicamento de su bolsillo, o dejaban de tomarse el mismo con los riesgos que ello comporta. Interesábamos del mismo que nos informara sobre si, a la hora de establecer los cupos de medicamentos en los distintos centros de salud, se tiene en cuenta el numero de ancianos asignados al mismo (sobre todo si hay residencias de ancianos en su área de influencia), y, en caso contrario, que medidas pensaba adoptar su departamento para solucionar un problema que entendemos afecta directamente a la salud y al bienestar de nuestros ancianos.

Como resultado de las gestiones realizadas dictamos el Decreto de fecha 10 de abril de 2005 que se envió a la Inspección de Servicios Sociales para su difusión entre las residencias de la provincia para su conocimiento y efectos. En dicho Decreto reflejábamos la contestación de la Delegación de Salud cuyo

sentido era el siguiente:

<< En cualquier caso, sin perjuicio de que en alguna ocasión pudieran producirse desajustes puntuales, las peticiones formuladas desde este tipo de establecimientos son atendidas, no solo de conformidad con la normativa que las regula, sino que incluso reciben una consideración especial, facilitándoles a sus servicios médicos- ajenos al SAS- los oportunos talonarios de recetas, a fin de evitarles su innecesario traslado a los Centros de Salud correspondientes, para obtener la asistencia médico- farmacéutica que pudieran precisar, en cuantías semejantes a las de los beneficiarios que son atendidos de procesos similares.

(...) la gestión del gasto farmacéutico no justifica en absoluto que ningún ciudadano acogido al sistema sanitario público deba pagar sus medicamentos. La prescripción de la medicación que cada ciudadano necesita, la realiza su médico de familia, en colaboración con su enfermera de familia, y en función de la valoración que estos profesionales hagan de su estado de salud y de las necesidades que su tratamiento requiere.

En el caso de los pañales de incontinencia, existe la Circular 8/1994 del SAS que establece criterios de uso racional de la prescripción de los mismos, se establece en la misma la necesidad de visado para su dispensación, respetando siempre el criterio del médico de familia que atiende al enfermo, el cual elabora un informe en el que debe constar modelo, tipo de absorción y frecuencia con la que se debe renovar, todo ello en función del grado de incontinencia que presente el enfermo>>.

Digamos que, con posterioridad a nuestra intervención las quejas han cesado casi en su totalidad.

A veces también se nos presentan denuncias formales por comportamientos atentatorios contra los derechos de las personas ingresadas. Consecuencia de estas incoamos expediente informativo en el que solemos practicar diferentes diligencias (entrevistas con los inspectores de servicios sociales de la Delegación de Igualdad y Bienestar Social, reconocimiento forense, aportación de documentación por el Centro y la Delegación de Igualdad y Bienestar Social, testificales, etc), y actuar luego según el resultado de las mismas. Ejemplo de lo indicado puede ser el caso resuelto por el Decreto de 2 de mayo de 2006 en el que indicábamos:

<< 1.- Tras el estudio de las diligencias aportadas, no se ha acreditado de forma incontestable la existencia de hechos que, por acción u omisión, puedan incardinarse en tipo penal alguno, sin que las deficiencias denunciadas puedan considerarse constitutivas de delito. En cuanto al supuesto abandono no parece que los hechos que se contemplan en el expediente traspasen la línea que haría actuar al Derecho Penal reservado en nuestro ordenamiento para los hechos más intolerables.

2.- Lo que sí se deduce de lo actuado (y que fue constatado en nuestras visitas al centro de 22-12-2004 y 17-5-2005) es la existencia de un significativo grado de insatisfacción en residentes y familiares superior al que sería aconsejable en este tipo de recursos. Esta insatisfacción se concentra, fundamentalmente, en la alimentación, en el trato del personal del centro que consideran descortés y falta de cariño, así como en la falta de información. Estos hechos, como bien conoce la dirección del centro por haberle sido comunicado por esta

Fiscalía, conculcan la calidad de vida y la atención integral que se debe dar a nuestros mayores por lo que deben esmerarse los mecanismos internos de corrección y los protocolos de actuación de la residencia dirigidos a evitar dichos hechos. Debemos decir, en honor a la verdad, que desde nuestras anteriores visitas se han ido mejorando alguno de estos aspectos, pero se debe seguir incidiendo en la necesidad de mejorar el servicio para lo que es preciso el correcto control de la Inspección de servicios sociales que, desde aquí, instamos y el compromiso de la Dirección de la Residencia que requerimos por este Decreto>>.

Las inspecciones se han revelado como un medio efectivo en el campo de las Residencias de la Tercera edad, pero en muchas ocasiones, las visitas no dejan de tener un marcado carácter de << ceremonial institucional>>²⁶ y esto debe evitarse.

Por un lado, deben ir orientadas hacia el mutuo intercambio de información en materias como las fechas de internamiento y salidas, comunicación de los tutores, coordinación con los servicios de inspección administrativos y estudio de las quejas recibidas por particulares.

En los internamientos realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las propiamente psiquiátricas, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia especial, pues permitirán controlar el estado de las personas ingresadas, constatar la necesidad de instar su declaración de incapacidad, evitar ingresos indebidos, etc...

Sirven como forma de controlar el escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los ancianos ingresados. Y lo que, como Fiscal enamorado de su misión no deja de ser importante, suponen un faro que refleja la inmersión del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los mas necesitados que deben ver en nuestra institución, una institución próxima²⁷.

Para ello deben seguir un correcto protocolo y una esmerada organización que evite ese carácter de mero ceremonial. Ferreirós Marcos establece las siguientes pautas²⁸:

- Evitar la duplicidad de actuaciones.
- Reservar la actuación del Fiscal a los casos más graves.
- Creación, cuando sea preciso, de una comisión al efecto compuesta por un médico forense, miembros de la Policía Judicial, funcionario de la Inspección de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma y el Fiscal.

²⁶ Ferreirós Marcos, C.E. (coord.); << *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al matrimonio*>>, Volumen II, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante 2001, pág. 708.

²⁷ En una visita se nos acercaron los ancianos y nos decían << *señor fiscal, tenemos hambre*>>. Investigamos y era cierto. Intervenimos y el problema se acabó. Se que muchos compañeros dirán que no podemos convertirnos en trabajadores sociales. Ciertamente que no lo somos, pero un ejercicio del derecho alejado de las pequeñas cosas es estéril e inútil. De que me sirve un auto de internamiento para una mejor atención del anciano si luego cerramos los ojos ante la inexistencia de esa mejor atención.

²⁸ Ferreirós Marcos, C.E. (coord.); << *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al matrimonio*>>, Volumen II, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante 2001, pág. 709.

- Levantar acta de la visita.

Para su realización se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva, debiendo el Fiscal, en ellas, velar por los intereses de los ancianos, poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a sus derechos y libertades que ya han sido expuestos en estas Jornadas (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, entre otros). No es inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso podemos descansar en los mismos y utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. Ellos pueden trasladarnos los casos más graves y nosotros intervenir solo en estos dejando en sus manos el día a día. Así la Fiscalía no tendrá que obsesionarse con visitar todos los centros, lo que en la mayor parte de los casos es imposible, sino solo aquellos en los que existan verdaderos problemas. Estas << visitas indirectas >> pueden ser muy útiles si hay una buena coordinación con la Inspección de Servicios Sociales, y es adaptable a todas las Fiscalias con independencia del tamaño de las mismas. Como ejemplo de esto podemos reflejar la descripción de la intervención realizado en uno de nuestros expedientes:

<< Como consecuencia de ello se planificó una actuación conjunta con la Inspección de Servicios Sociales de esta provincia, consistente en un trabajo previo de la misma que se desarrollo los días 1, 2 , 10 y 13 del mes de diciembre entrevistándose de forma individual a 45 usuarios, 13 familiares, el sacerdote José Cardenete Valenzuela, la Concejala de Bienestar Social del Ayuntamiento de Linares y la directora del centro. El 22 se produce la visita del Fiscal, acompañado de los inspectores actuantes, con revisión del centro y entrevista con la directora del mismo. >>

Este sería un caso de visitas extraordinarias que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía. Una vez llega a Fiscalía el conocimiento de una situación irregular en una residencia deben incoarse Diligencias o Expediente Informativo del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicarán las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los funcionarios de la Inspección. Una vez practicadas las mismas se acordará lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

Otro grupo de visitas son las ordinarias en las que no existe denuncia alguna. En dichas visitas, como hemos indicado, podemos ir acompañados por otros profesionales y por funcionarios de la Inspección si ello es posible para que ellos vayan comprobando aspectos administrativos de los que luego nos informarán.

Algunos de los elementos que podemos comprobar en las visitas son los siguientes:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los Residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de estos con sus familiares y allegados²⁹.
- Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.
- Respeto a la intimidad de los internos en su proceso de atención, independientemente de las condiciones estructurales del centro.
- Atención sanitaria.
- Actividades de ocio.
- Temas de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc...
- Temas relativos al expolio económico.

Siempre que se constaten en la visita actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Añadir, por último, que es conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas todas las incidencias de los diferentes centros sobre los que se lleven a cabo actuaciones. Solo de esta manera podemos llevar un mejor control de cada uno de ellos.

En lo que se refiere a la realización de **intervenciones en materia de centros** existen otras que pueden realizarse. Por ejemplo, son los casos de **cierre de residencias** por actividades delictivas o irregularidades administrativas. En estos casos la intervención de la Fiscalía va dirigida a tomar decisiones por los ancianos demenciados cuando los representantes legales o familiares no comparecen para el traslado o recogida del anciano o se niegan a ello. A veces también nos vemos en la obligación de coordinar el operativo. En estas circunstancias hemos tenido un caso en Jaén en el que contamos con la inestimable colaboración de la Inspección de Servicios Sociales. Para ello requerimos la asignación de un médico forense, se interesó de la Inspección la búsqueda de plazas para los ancianos allí ingresados y la dotación de ambulancias para su traslado y se preparo la documentación jurídica que pudiera ser necesaria. Así, se prepararon escritos para solicitar la entrada en el lugar en caso de oposición y para el traslado de los enfermos que no pudieran prestar su consentimiento y existiera oposición a los familiares para el traslado, lo que se hizo por la vía del artículo 158-4º CC y 762-2ª LEC.

²⁹ Cuanto más amplia sean los horarios de visitas y comunicaciones más garantías nos dará el centro.

Las inspecciones se han revelado como un medio efectivo en el campo de las Residencias de la Tercera edad, pero en muchas ocasiones, las visitas no dejan de tener un marcado carácter de << ceremonial institucional>>³⁰ y esto debe evitarse.

Por un lado, deben ir orientadas hacia el mutuo intercambio de información en materias como las fechas de internamiento y salidas, comunicación de los tutores, coordinación con los servicios de inspección administrativos y estudio de las quejas recibidas por particulares.

En los internamientos realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las propiamente psiquiátricas, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia especial, pues permitirán controlar el estado de las personas ingresadas, constatar la necesidad de instar su declaración de incapacidad, evitar ingresos indebidos, etc...

Sirven como forma de controlar el escrupuloso respeto de los derechos fundamentales de los ancianos ingresados. Y lo que, como Fiscal enamorado de su misión no deja de ser importante, suponen un faro que refleja la inmersión del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los mas necesitados que deben ver en nuestra institución, una institución próxima³¹.

Para ello deben seguir un correcto protocolo y una esmerada organización que evite ese carácter de mero ceremonial. Ferreirós Marcos establece las siguientes pautas³²:

- Evitar la duplicidad de actuaciones.
- Reservar la actuación del Fiscal a los casos más graves.
- Creación, cuando sea preciso, de una comisión al efecto compuesta por un médico forense, miembros de la Policía Judicial, funcionario de la Inspección de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma y el Fiscal.
- Levantar acta de la visita.

Para su realización se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva, debiendo el Fiscal, en ellas, velar por los intereses de los ancianos, poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a sus derechos y libertades que ya han sido expuestos en estas Jornadas (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, entre otros). No es inconveniente el que

³⁰ Ferreirós Marcos, C.E. (coord.); << *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al matrimonio*>>, Volumen II, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante 2001, pág. 708.

³¹ En una visita se nos acercaron los ancianos y nos decían << *señor fiscal, tenemos hambre*>>. Investigamos y era cierto. Intervenimos y el problema se acabó. Se que muchos compañeros dirán que no podemos convertirnos en trabajadores sociales. Ciertamente que no lo somos, pero un ejercicio del derecho alejado de las pequeñas cosas es estéril e inútil. De que me sirve un auto de internamiento para una mejor atención del anciano si luego cerramos los ojos ante la inexistencia de esa mejor atención.

³² Ferreirós Marcos, C.E. (coord.); << *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al matrimonio*>>, Volumen II, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante 2001, pág. 709.

las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso podemos descansar en los mismos y utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. Ellos pueden trasladarnos los casos más graves y nosotros intervenir solo en estos dejando en sus manos el día a día. Así la Fiscalía no tendrá que obsesionarse con visitar todos los centros, lo que en la mayor parte de los casos es imposible, sino solo aquellos en los que existan verdaderos problemas. Estas << visitas indirectas >> pueden ser muy útiles si hay una buena coordinación con la Inspección de Servicios Sociales, y es adaptable a todas las Fiscalias con independencia del tamaño de las mismas. Como ejemplo de esto podemos reflejar la descripción de la intervención realizado en uno de nuestros expedientes:

<< Como consecuencia de ello se planificó una actuación conjunta con la Inspección de Servicios Sociales de esta provincia, consistente en un trabajo previo de la misma que se desarrollo los días 1, 2, 10 y 13 del mes de diciembre entrevistándose de forma individual a 45 usuarios, 13 familiares, el sacerdote José Cardenete Valenzuela, la Concejala de Bienestar Social del Ayuntamiento de Linares y la directora del centro. El 22 se produce la visita del Fiscal, acompañado de los inspectores actuantes, con revisión del centro y entrevista con la directora del mismo. >>

Este sería un caso de visitas extraordinarias que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía. Una vez llega a Fiscalía el conocimiento de una situación irregular en una residencia deben incoarse Diligencias o Expediente Informativo del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicarán las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los funcionarios de la Inspección. Una vez practicadas las mismas se acordará lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

Otro grupo de visitas son las ordinarias en las que no existe denuncia alguna. En dichas visitas, como hemos indicado, podemos ir acompañados por otros profesionales y por funcionarios de la Inspección si ello es posible para que ellos vayan comprobando aspectos administrativos de los que luego nos informarán.

Algunos de los elementos que podemos comprobar en las visitas son los siguientes:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los Residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de estos con sus familiares y allegados³³.

³³ Cuanto más amplia sean los horarios de visitas y comunicaciones más garantías nos dará el

- Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.
- Respeto a la intimidad de los internos en su proceso de atención, independientemente de las condiciones estructurales del centro.
- Atención sanitaria.
- Actividades de ocio.
- Temas de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc...
- Temas de carácter económico a la manera del protocolo valenciano antes visto.

Siempre que se constaten en la visita actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Añadir, por último, que es conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas todas las incidencias de los diferentes centros sobre los que se lleven a cabo actuaciones. Solo de esta manera podemos llevar un mejor control de cada uno de ellos.

En lo que se refiere a la realización de **intervenciones en materia de centros** existen otras que pueden realizarse. Por ejemplo, son los casos de **cierre de residencias** por actividades delictivas o irregularidades administrativas. En estos casos la intervención de la Fiscalía va dirigida a tomar decisiones por los ancianos demenciados cuando los representantes legales o familiares no comparecen para el traslado o recogida del anciano o se niegan a ello. A veces también nos vemos en la obligación de coordinar el operativo. En estas circunstancias hemos tenido un caso en Jaén en el que contamos con la inestimable colaboración de la Inspección de Servicios Sociales. Para ello requerimos la asignación de un médico forense, se interesó de la Inspección la búsqueda de plazas para los ancianos allí ingresados y la dotación de ambulancias para su traslado y se preparo la documentación jurídica que pudiera ser necesaria. Así, se prepararon escritos para solicitar la entrada en el lugar en caso de oposición y para el traslado de los enfermos que no pudieran prestar su consentimiento y existiera oposición a los familiares para el traslado, lo que se hizo por la vía del artículo 158-4º CC y 762-2ª LEC.

Debemos hacer referencia aquí lo que ya hemos mantenido en otros lugares:

1.- El actual progreso de la medicina y la calidad de vida ha alargado notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos lo que ha provocado un aumento del sector de la llamada tercera edad lo que supone que cada vez existan más personas con problemas de dependencia.

2.- La dependencia demanda cuidados intensos, permanentes y costosos, que pueden ser difíciles de atender por las familias y que, por ello, van a provocar un aumento de los ingresos en los entornos residenciales lo que se ve afianzado por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, movilidad geográfica y acceso de la mujer, tradicionalmente cuidadora, al trabajo remunerado fuera del hogar.

3.- La dedicación que la sociedad y las instituciones públicas dedican al bienestar de sus ancianos es una prueba del nivel de su humanidad y grado de civilización y es elemento definidor de un estado social de derecho y de una democracia avanzada.

4.- En nuestro ordenamiento jurídico es elemento fundamental en la protección de las personas especialmente vulnerables, entre las que se encuentran los ancianos, la labor como órgano tuitivo destacado, del Ministerio Público. Esta función tuitiva es consustancial con el Ministerio Público español y posee una honda raigambre en la historia de la institución.

5.- Dentro de esta labor de protección el Ministerio Público, de conformidad con el artículo 4-2º EOMF, destaca, como hemos visto, en el ejercicio de sus funciones << visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente>>. El ejercicio de esta obligación ha sido precisado y completado por las Instrucciones de la FGE 6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que si bien siguen conservando toda su vigencia deben ser completadas de acuerdo con los importantes retos que se dan en la actualidad profundizando en los principios establecidos en las mismas.

6.- En esa profundización debe pasarse de una cierta anarquía y actitud voluntarista de las Fiscalías en la materia a la perfilación de un sistema que, teniendo en cuenta las especificidades de las diferentes Fiscalías provinciales, institucionalice las visitas, por un lado, dotándolas de contenido y, por otro, dándoles la categoría de servicio de la institución con un nivel igual al resto de los mismos.

7.- En los internamientos realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.

8.- Por ello, creemos que la importancia de estas visitas debe ir apoyadas en una consideración similar a las realizadas a centros de menores ya que la penosidad de las mismas es incluso superior. Por ello, el tratamiento debe ser análogo en materia de productividad y en materia de exención de otros servicios en aquellos lugares en que dicha exención exista para los Fiscales de menores.

9.- En ningún caso las visitas deben tener un carácter de << ceremonial institucional>> sino que debe dotárseles por la vía de una Instrucción de la FGE de contenido que recoja el « qué » y el « como » de las mismas.

10.- Para una mejor gestión del control se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva. No entendemos inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso puede ser operativo y acorde con el espíritu de las obligaciones legales del Fiscal utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. La utilización de los mismos nos permitirá controlar todos los centros a través de visitas indirectas realizadas por los mismos, trasladándonos estos los problemas que detecten, y reservando la intervención de la Fiscalía solo a los casos de mayor trascendencia.

En materia de internamientos queremos destacar un curioso auto del Juzgado de 1ª instancia número 1 de Andújar. El mismo de fecha 12 de julio de 2006 y dictado en el expediente de internamiento 3/2006, tras valorar la prueba practicada en el expediente, establece el internamiento de día (sic) y sin pernocta con realización de las comidas en una residencia debiendo los servicios sociales llevar a la anciana de su casa a la misma y de esta a su casa, y encomendándole el aseo personal y de ropa, alimentación y medicación para la diabetes. Curioso auto que resuelve un problema puntual con la menor afección de los derechos fundamentales.

IV.- Internamientos y contenciones mecánicas.-

El manejo de los residentes, sobre todo si estos tienen accesos agresivos o violentos, exige a veces métodos- que no medios terapéuticos porque no lo son- que pueden afectar directamente a derechos fundamentales de los mismos. Unas veces, en supuestos de agitación psicomotriz con riesgo de lesión provocan la necesidad de una actuación decidida. Otras, la simple administración de la medicación exige la contención del paciente.

Las indicaciones mas habituales para la aplicación de estas restricciones físicas son evitar o reducir riesgo de caídas³⁴, evitar posturas anómalas, prevenir lesiones, potenciar terapias conductuales, o evitar el deterioro de las instalaciones. Estas sólo se han de utilizar como medida terapéutica valorando las indicaciones específicas, definiendo objetivos concretos, especificando la duración, con consentimiento de la persona, informando a la familia y con registro en la historia clínica. Antes de utilizarlas hace falta valorar las contraindicaciones y buscar formas alternativas de prevención de riesgos.

Deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente.

Nuestra legislación no establece garantía alguna para la aplicación de estos mecanismos fuera de los que pudiéramos derivar de los derechos fundamentales. En principio parece que basta una mera buena praxis en su ejecución, por lo menos cuando estamos ante un caso puntual y reducido en el tiempo. No obstante, la mayoría de la doctrina considera que cuando estos son excepcionales y por tiempo dilatado, es precisa la existencia de un plus de garantías dada la especial afectación de estas medidas a derechos de calado fundamental. Y ello porque sería paradójico que el tutor necesite autorización para, por ejemplo, vender un bien o tomar dinero a préstamo en nombre del pupilo y esta no sea precisa para estos otros actos que suponen una mayor relevancia y significado para la esfera jurídica personal del incapaz.

En este sentido, se manifiesta el artículo 219 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio (Código de Familia) al establecer que << *la persona titular de la tutela necesita autorización judicial para (...) aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al Consejo de Tutela, si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de 24 horas como máximo*>>, existiendo abundantes casos en el derecho comparado, de exigencia de autorización judicial en estos supuestos.

Por otro lado, en la Comunidad Autónoma Andaluza, se debe tener en cuenta el artículo 34- 2º de la Ley 1/1999 de 31 de marzo de Atención a las personas con discapacidad en Andalucía que indica que << *los usuarios de los centros residenciales y de día tendrán derecho a participar y ser oídos, por sí o sus representantes legales, en aquellas decisiones o medidas relacionadas con*

³⁴ Si bien podemos indicar, tal como establece la legislación danesa de 1979, que el mero uso de cinturones con el fin de evitar caídas no pueden ser considerados mecanismos de sujeción.

la atención que han de recibir en ellos y que, en los supuestos en que dichas decisiones o medidas supongan aislamiento, restricciones de libertades u otras de carácter extraordinario, deberán ser aprobadas por la autoridad judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquélla cuanto antes>>.

Por todo ello, nosotros, a pesar de la no exigencia de la ley, creemos que, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés del discapaz y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida.

Así, entendemos que es aplicable en este caso el artículo 271-1º por analogía al estar ante casos semejantes (actuación del representante que recae sobre la esfera personal del discapaz) y existir identidad de razón (afectación a derechos fundamentales y riesgo inherente a la actividad y el principio de protección del discapaz) tal como ha contemplado los Autos de la AP de Valladolid de 28-10-1994 y 12-7-1999 ambos sobre casos de practica de aborto de incapaz en que a pesar del silencio legal consideran necesario autorización judicial al afirmar en el primero de ellos que << ... sería absurdo que el control judicial sobre la actuación del tutor deba circunscribirse únicamente a los supuestos previstos en los artículos 271 y 272 del Código Civil, todos de menor entidad y trascendencia que el aquí planteado>>, argumentación que entendemos totalmente aplicable a este caso. Igualmente es aplicable el artículo 158-4º CC, en relación con el artículo 216-2º del mismo cuerpo legal, que permite la adopción de medidas protectoras para la persona o los bienes del incapaz.

Son muchos más los argumentos que podemos utilizar para defender nuestra postura. Por un lado, estas cuestiones han sido tradicionalmente denunciadas por el Defensor del Pueblo a partir de 1991 tras la realización de su informe sobre la situación jurídica y asistencial de los enfermos mentales en España, completado en 1996 con el relativo a la atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos. Actualmente, y en el campo de los enfermos mentales, ha vuelto a incidir en la necesidad de autorización judicial en el informe que realizó al Ministro de Justicia sobre el tema de la enfermedad mental de fecha 11 de noviembre de 2005 dictado en el expediente 00411621. En todos estos supuestos desde el Defensor del Pueblo se consideró que la utilización de esos medios mecánicos de sujeción sólo excepcionalmente podía ser admitida, siempre y cuando que la ciencia médica no proporcionara otros mecanismos de naturaleza farmacológica, para paliar posibles comportamientos agresivos de los enfermos. En cualquier caso sería necesario una comunicación al juez competente, informándole de la prescripción médica que aconseja la aplicación de esos medios mecánicos de sujeción.

Estos argumentos creemos justifica la necesidad de que estas decisiones sean controladas, de alguna forma, por la autoridad judicial³⁵. Por lo

³⁵ A pesar de lo indicado la AP de Jaén, en autos de fecha 31-3-2006 (3ª) y 12-7-2006 (1ª), entiende que no es necesaria la autorización al no estar prevista legalmente la misma en la

menos en los casos mas graves, utilizando en los demás un protocolo que permita un control exhaustivo de las medidas realizadas y, en los casos que sea necesario con cambios posturales y visitas al baño cada dos horas, friegas en la piel y paseos de entre 5 y 10 minutos cada media hora u hora completa, evitando, en todo caso, que el enfermo sufra pánico. En el caso del uso de medios químicos debe vigilarse la estabilidad y la conducta del paciente, su estado de ánimo y su correcta nutrición e hidratación.

En Jaén hay Juzgados que conceden la autorización y otros que siguen el criterio de la Audiencia Provincial de que esta no es necesaria. Los Centros de estas zonas siguen comunicando la existencia de las mismas al Juzgado y a esta Fiscalía para facilitar su control.

Para que veamos la importancia del control de estas contenciones permítasenos reflejar una noticia reciente de los medios de comunicación un enfermo mental ha muerto el 16 de octubre de 2008 en un incendio de la Unidad Psiquiátrica del Hospital Virgen del Rocío de Sevilla. Lo que muchos de los medios no dicen es que murió porque se encontraba atado a la cama y porque no se siguió el protocolo establecido de vigilancia cada 15 minutos por lo que se puso a fumar y provoco el fuego. Es preciso controlar estas prácticas. Solo así conseguiremos respetar las obligaciones que el derecho internacional nos impone.

LEC y en haberse dado el consentimiento por la tutora de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Autonomía del paciente 41/2002. Estos autos basan la exclusión en que nos encontramos ante un tratamiento médico para el que basta el consentimiento informado del enfermo o su representante en caso de incapacidad, cuando en realidad, como indica el Defensor del Pueblo, no nos encontramos ante un tratamiento médico en sí, sino ante formas de manejar determinadas alteraciones de la conducta de la persona que está siendo tratada y que pueden incidir sobre ellos mismos y sobre el medio que le rodea.

V.- Abusos económicos a los ancianos internados.-

En ocasiones los ancianos o el personal nos cuentan hechos que nos sirven de punto de partida para el control de los abusos económicos y patrimoniales a los ancianos cuya persecución también es misión del Ministerio Fiscal.

Nos encontramos ante personas de edad avanzada, un poco aisladas del mundo real y dispuestas a confiar en cualquier persona, por lo que quedan en manos de parientes sin escrúpulos o de los propios gestores o cuidadores de las residencias. Se convierten, así, en presa fácil cuando son titulares de bienes o poseen una pensión de importancia.

Las leyes de Andalucía y de Castilla- León establecen la obligación de las administraciones públicas de que, cuando detecten la existencia de una situación de expolio, comunicar al anciano de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionarle asistencia jurídica y poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Por expolio entendemos el uso ilegal o impropio de todos o algunos de los fondos económicos, bienes, propiedades o posesiones del anciano. Ejemplo de esto es el cobrar cheques del anciano sin autorización y permiso, falsificar la firma de un anciano, malversar dinero o posesiones, llevar con engaños al anciano a firmar un documento, así como el uso indebido del poder de un tutor en los bienes de un anciano.

Las clásicas dolencias de la ancianidad pueden crear un auténtico peligro para la situación patrimonial del anciano. Los ancianos poseen una elevada sugestibilidad por lo que es fácil engañarles o influirles para arrebatarles sus bienes, interviniendo muchas veces en estas maniobras familiares directos, allegados e, incluso, las instituciones o personas que los tienen a su cuidado, forzando su voluntad a testar a su favor o a cederles dinero o bienes. Con incapacidad o sin ella, debe estarse al tanto de las posibles actividades realizadas por terceros, familiares y amigos en perjuicio evidente del patrimonio del anciano.

Precisamente para evitar estas situaciones en la Fiscalía de Valencia se ha implantado un interesante sistema que se ha dado a conocer a todas las Fiscalías por el Fiscal de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el que se busca una especial atención en velar por los intereses patrimoniales de los internados, detectando la existencia de guardadores de hecho (especialmente sin cercanía familiar), con el fin de pedir informes a estos sobre sus gestiones y buscando el cumplimiento de la exigencia de rendición de cuentas a los tutores judicialmente nombrados.

Así, en este sistema, se parte de la base de que el Ministerio Fiscal debe proteger a la persona en lo personal y en lo patrimonial y que la persona que accede a una residencia generalmente tiene:

- Una vivienda en propiedad o en arrendamiento.
- Un patrimonio mayor o menor.
- Una fuente de ingresos.
- Unos saldos bancarios.

Es preciso conocer quien posee la llave de la vivienda del anciano, quien custodia su patrimonio, como se esta usando de este y a que se esta dedicando, quien cobra las pensiones y maneja las cuentas corrientes y si la persona internada dejó poderes y a quién.

En el protocolo valenciano, una vez detectada la situación, el Fiscal incoa diligencias preprocesales con el fin de averiguar quien es el guardador de hecho y si este no es un pariente próximo o existen elementos que puedan hacer sospechar un mal ejercicio de la misma, investiga si es necesario el nombramiento de tutor o si es posible mantener al guardador de hecho ejerciendo sobre él el debido control. Esto se exige en el Juzgado a través del correspondiente procedimiento de jurisdicción voluntaria, o como OTROSI en el expediente de internamiento o en la demanda solicitando la incapacidad.