



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Autora

María Edo Moreno

Directora

M^a José Bernuz Beneitez

Facultad de Derecho

Curso 2018 / 2019

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD	6
1. Historia y transición hacia el modelo social de la discapacidad	7
2. La discapacidad y la dignidad humana.....	8
III. LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	10
IV. INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	13
V. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO	16
1. ¿En qué consiste la medida de internamiento no voluntario?.....	17
2. Situaciones amparadas por el 763 LEC.....	20
3. Legitimación para solicitar el internamiento	22
4. Interpretación jurisprudencial del art. 763 LEC.....	23
5. La importancia de las diferentes instituciones y asociaciones.....	25
VI. CONCLUSIONES	27
VII. BIBLIOGRAFÍA	30

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.: Artículo

ATADES: Asociación Tutelar Asistencial de Discapacitados

CC: Código Civil

CDPD: *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU

CE: Constitución Española

CEDH: *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa

CERMI: Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad

CRPD: Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU

DUDH: *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobado en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU

FJ: Fundamento Jurídico

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*

OHCHR: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (siglas del inglés: *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*)

PIDCP: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU

ONU: Organización de las Naciones Unidas

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU (en adelante, CDPD) indica en su artículo 1 que: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

La discapacidad abarca un gran número de situaciones, pero dentro de todas ellas, me resulta especialmente interesante la discapacidad intelectual por la controversia que siempre ha generado. Muchos han sido los términos discriminatorios empleados para referirse a este colectivo. Seguramente hoy en día a nadie se le ocurriría referirse a ellos como «subnormales», sin embargo, hace unos años era lo habitual. Prueba de ello son algunos textos legislativos que utilizaban expresiones como «subnormales» (Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, *por el que se establece en la Seguridad Social la asistencia a los menores subnormales*), o «deficientes e inadaptados» (Ley 14/1970, de 4 de agosto, *General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa*, en su Capítulo VIII relativo a la educación especial).

En los últimos años se ha producido un cambio en la terminología y se prefiere «personas con discapacidad o diversidad funcional». Esto es el reflejo de la subyacente transición hacia lo conocido como el modelo social en el tratamiento de la discapacidad, cuestión que luego trataré con más detalle. En este cambio de modelo, es decisiva la CDPD¹. Así lo resume el art. 1, en su párrafo primero, exponiendo que: «el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

Entre todos los derechos existentes, es llamativa la problemática que plantea la privación de la libertad de una persona con discapacidad, por su afectación al derecho a la libertad y seguridad; y todavía es más dificultoso cuando esta privación se realiza en contra de la voluntad de la persona. Así pues, en el presente trabajo analizaré las medidas de protección que los textos legales nacionales e internacionales otorgan a este

¹ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor en España desde mayo de 2008.

colectivo, y posteriormente estudiaré la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en España.

El internamiento no voluntario está regulado en el ordenamiento jurídico español en el art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC). Este art. establece que para internar sin su consentimiento a una persona que padezca un trastorno psíquico y que no esté en condiciones de decidirlo por sí sola, es necesaria la previa autorización de un juez. Dicha autorización se requerirá *ex post* cuando el internamiento se haya realizado por razones de urgencia, y será el responsable del centro quien deberá informar al tribunal competente, para que este ratifique la decisión. Asimismo, el 763.4 impone un control periódico del internamiento. En todo caso, el tercer párrafo de esta disposición señala que antes de conceder la autorización, o de ratificar el internamiento urgente, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión. Aquí se encuentra la importancia del consentimiento, pues el juez podrá constatar si es capaz o no de decidir por sí misma. Es necesario, no obstante, un análisis más profundo del citado precepto por las dificultades de interpretación que ha suscitado.

La legislación española en estos casos es bastante garantista puesto que exige la intervención de un juez como supervisor del derecho fundamental de la libertad y seguridad del art. 17 CE. No obstante, tal y como pone de manifiesto el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (en adelante, CERMI), podemos observar en la práctica un uso cada vez más extendido del internamiento no voluntario². Esta medida es discutible, puesto que la privación de libertad supone una restricción a un derecho fundamental, la libertad de movimiento, y en consecuencia debería configurarse con carácter excepcional siguiendo siempre los criterios de necesidad y proporcionalidad, tal y como establece la STC 141/2012, de 2 de julio³.

Considero que es imprescindible estudiar el internamiento no voluntario en España a la luz de la CDPD porque mi objetivo último es constatar, a través de él, cuál es el modelo de gestión de discapacidad vigente en el ordenamiento jurídico de nuestro país. ¿Hemos

² CERMI, «Derechos humanos y discapacidad» en *informe España 2010 para la Convención de la ONU*, Cayo y Sastre (dir.), Ed. Cinca, Colección Convención ONU núm.5, pp. 36-39. Disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Derecho_Humanos_y_Discapacidad_2010_n_5.pdf (última visita: 1/07/2019).

³ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141), en el FJ 4 establece que: «La procedencia de la medida y su completa duración, deben satisfacer en cada caso concreto los requisitos de necesidad y proporcionalidad».

ajustado la normativa española a los planteamientos de la CDPD y ha quedado implantado el modelo social, o por el contrario todavía estamos inmersos en el modelo médico?

La metodología empleada es fundamentalmente documental. De un lado, revisaré la bibliografía existente sobre discapacidad, que he recopilado de bases de datos informáticas, información de páginas web institucionales, consulta de manuales y obras doctrinales, artículos procedentes de revistas científicas, además de informes jurídicos de diferentes instituciones y entidades tanto nacionales como internacionales. De otro lado, analizaré la legislación y jurisprudencia decisiva en este ámbito.

En cuanto a la estructura, este trabajo consta de cuatro partes y unas conclusiones. A modo de introducción y con el objetivo de contextualizar el tratamiento actual de la discapacidad, el primer capítulo versará, en el apartado 1, sobre los antecedentes del modelo social; y en un segundo apartado, haré una breve reflexión acerca de las premisas éticas en torno al concepto de discapacidad. En un segundo capítulo, expondré la estructura, las principales características y el modelo que acoge la CDPD. En tercer lugar, me centraré en la incorporación de la CDPD a la legislación española. Por último, en el cuarto capítulo examinaré la medida de internamiento no voluntario del art. 763 LEC y su eventual confrontación con el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad⁴, dividiéndolo en diversos apartados: el contenido, la variedad de situaciones contempladas, la legitimación para solicitar el internamiento, la interpretación que realiza la jurisprudencia sobre la aplicación del art. 763 LEC, y en último término, un análisis de los informes de diversas organizaciones e instituciones. El trabajo finaliza con las conclusiones.

II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Para comenzar, es necesario hacer una aproximación al concepto de discapacidad, pues siempre ha sido una cuestión controvertida. Es cierto que cada vez avanzamos más hacia la igualdad de oportunidades y este colectivo goza actualmente de muchos derechos que hace unos años eran impensables, pero ¿a qué se debe? A continuación

⁴ Proclamado por el art. 14 CDPD.

realizaré un resumen de los diferentes modelos de discapacidad que han tenido lugar a lo largo de la historia, así como una breve reflexión ética acerca de la dignidad humana.

1. Historia y transición hacia el modelo social de la discapacidad

Históricamente, han sido muchas las percepciones que ha tenido la sociedad para entender el tema de la discapacidad. En la Edad Antigua y la Edad Media se consideraba la discapacidad como un castigo de origen divino. Estas personas resultaban innecesarias para la vida en comunidad, y se optaba por un modelo de prescindencia. Es decir, se apartaban de la sociedad a través de la marginación o incluso se realizaban prácticas eugenésicas. Este modelo se enfrenta totalmente a los derechos humanos y hoy puede considerarse superado⁵.

Si bien es cierto que se pueden encontrar algunas transformaciones en los siglos posteriores, sobre todo relacionadas con la evolución de las legislaciones laborales, no es hasta principios del s. XX cuando cambia completamente esta orientación evolucionando hacia un modelo médico o asistencialista. Desde este punto de vista, la discapacidad ya no encuentra su causa en un castigo divino sino en deficiencias biológicas que deben prevenirse y, en su caso, curarse. En otras palabras, la rehabilitación del individuo se convierte en la premisa necesaria para la inserción social⁶.

Posteriormente, en la segunda mitad del s. XX se produce paulatinamente un tránsito hacia el modelo social, que es el que prevalece hoy en día. Mientras que el modelo médico se centra en el individuo y en su rehabilitación para que este pueda integrarse en la sociedad; el modelo social, como su propio nombre indica, considera que es la sociedad la que debe movilizarse para incorporar a estas personas y gestionar las diferencias, basándose en la igualdad de oportunidades⁷. En conclusión, se traslada el centro del problema del individuo a la sociedad. Actualmente, dentro de esta misma concepción podemos encontrar una vertiente conocida como el modelo de la diversidad, que acentúa el valor positivo de la discapacidad y trata de erradicar cualquier

⁵ CUENCA GÓMEZ, P, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la convención de la ONU*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2010, p.27.

⁶ VELARDE LIZAMA, V., «Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico», en *Revista Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, p. 124 y ss.

⁷ VELARDE LIZAMA, V., «Los modelos de la discapacidad... *cit.*», p. 127.

connotación negativa. Es aquí donde está el origen de la tan oída expresión «personas con diversidad funcional»⁸.

2. La discapacidad y la dignidad humana

Antes de pasar al análisis de la CDPD, es conveniente hacer una breve reflexión acerca de las premisas éticas sobre las que se asienta la concepción de la discapacidad en la actualidad, a través de las teorías de dos autores: Diego Garrocho Salcedo y Rafael de Asís.

Para ello, partimos del art. 3 de la CDPD, que define los principios generales que articulan el resto de la Convención. Entre ellos, concretamente el 3.a) subraya el «respeto a la dignidad inherente»⁹ al ser humano; además, el inciso a) y h) del Preámbulo de la CDPD también se refieren a la dignidad¹⁰. Así pues, la dignidad humana va a ser el eje sobre el que giren ambos análisis.

La propuesta de Garrocho Salcedo¹¹ trata de argumentar que la discapacidad es una cualidad inherente a la persona, y que por lo tanto las personas con discapacidad tienen la misma dignidad que las personas sin discapacidad. En primer lugar se remite a Aristóteles para definir al ser humano. Este autor concebía al hombre como un agente (*agens*), es decir, como el único animal cuya actuación es consecuencia de un proceso previo de deliberación y elección. Desde esta perspectiva, solo se considera al ser humano como sujeto activo y no pasivo. Sin embargo, es innegable que las personas pueden verse sometidas de forma pasiva a las acciones morales de otras. Teniendo en cuenta que la capacidad deliberativa de las personas con discapacidad está limitada, es en este segundo grupo de los sujetos pasivos donde debemos incluirlas. Por lo tanto, si

⁸ CUENCA GÓMEZ, P, *Los derechos fundamentales... cit.*, p.40, y ETXEBERRIA, X. «Ética de la inclusión y personas con discapacidad intelectual» en *Revista Española de Discapacidad*, 6 (I), 2018, p. 283.

⁹ Artículo 3: Principios generales: «Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas».

¹⁰ Preámbulo: «a) *Recordando* los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; «h) *Reconociendo* también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano».

¹¹ GARROCHO SALCEDO, D. «El animal que no habla: la discapacidad y los límites de lo humano» en *BAJO PALABRA. Revista de Filosofía*, núm. 9, 2014, pp. 53-61.

Aristóteles atribuye al hombre la capacidad de razonar como rasgo específico del ser humano, ¿sigue teniendo cabida la consideración de la discapacidad como característica humana? Pues bien, el autor da una respuesta afirmativa, justificándolo así: ya que la discapacidad forma parte del principio y del final de la vida (pues tanto el niño como el anciano son absolutamente dependientes), hemos de considerarla como una cualidad esencial humana.

Por otra parte, desde la teoría política de Aristóteles también puede enmarcarse la discapacidad en la esencia del hombre, puesto que es dependiente de la sociedad en tanto que no está capacitado para llevar una vida plenamente autónoma. Este es, según Garrocho Salcedo, el marco ético adecuado para desarrollar unos Derechos Humanos con vocación universalista, y añade que «la descripción de lo humano debería (...) reforzar su compromiso con aquellas formas de vida humana que por precarias y carenciales parecen requerir una asistencia más urgente»¹².

En segundo lugar, desde el punto de vista de Rafael de Asís¹³, el sujeto moral constituye el término base para la construcción de la idea de dignidad humana. La reflexión sobre la dignidad debe ser consciente de que existen desigualdades entre los sujetos morales, como ocurre con las personas con discapacidad; pero estas no provienen del poder político (tal y como ha sido considerado tradicionalmente), sino más bien de la biología, y en último término, de la sociedad.

El problema de estas desigualdades es que hay sujetos capaces porque han tenido cierta educación, acceso a instituciones, derechos reconocidos sin ninguna traba y muchos otros elementos que el sujeto con discapacidad no ha disfrutado. Esta imposibilidad de acceso se debe al diseño de una sociedad que nunca ha tenido en cuenta a este colectivo; y en el mejor de los casos, cuando sí que lo ha hecho, ha sido considerándolos como sujetos sin autonomía moral, cuando en realidad son sujetos a los que se imposibilita el ejercicio de dicha autonomía. Como consecuencia de todo esto, se puede afirmar que la idea de dignidad humana relacionada con la discapacidad trae consigo ciertas exigencias

¹² GARROCHO SALCEDO, D. «El animal que no habla... cit. p.61.

¹³ DE ASÍS, R. «Sobre la dignidad humana», en *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*, Campoy Cervera (dir.), Ed Dykinson, Madrid, 2007, pp. 36-47.

que se imponen a la sociedad, y que es responsabilidad de todos llevarlas a cabo para que puedan gozar de una vida humana digna.

En resumen, podemos extraer dos afirmaciones:

- que la discapacidad es una cualidad inherente al ser humano y
- que es la sociedad la responsable de posibilitar el acceso a estas personas a los instrumentos que permitan el pleno desarrollo de sus aptitudes para así poder alcanzar la igualdad.

A continuación, pasaré a analizar algunos problemas que se plantean en cuanto a la correspondencia del ordenamiento jurídico español con la CDPD.

III. LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tras el proceso de negociación iniciado en el año 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la CDPD el 13 de diciembre de 2006. El principal objetivo fue asentar las bases del modelo social de la discapacidad en un texto de referencia a nivel mundial y otorgar «la necesaria visibilidad a las personas con discapacidad dejando claro que su protección es una obligación impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no una cuestión que pueda dejarse a la discreción y buena voluntad de las legislaciones nacionales»¹⁴.

La estructura de la Convención se divide en unas disposiciones generales (relativas a los propósitos y la definición de ciertos términos) y cinco grandes bloques¹⁵:

- Derechos de igualdad, como la capacidad jurídica (art. 12).
- Derechos de protección, por ejemplo, protección de la integridad personal, física y mental (art. 17).
- Derechos de libertad y autonomía personal, entre los que destaca el art. 14 enunciando el derecho a la libertad y seguridad, del que luego me ocuparé.
- Derechos de participación, incluyendo el derecho a la libertad de expresión de opinión y acceso a la información del art. 21.

¹⁴ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 47.

¹⁵ Clasificación propuesta en: PALACIOS, A. y BARIFFI, F. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2007, pp. 101 y ss.

- Derechos sociales, tan importantes como el derecho a una educación inclusiva (art. 2).

La CDPD no crea nuevos derechos específicos para las personas con discapacidad, sino que recoge los derechos ya reconocidos (por ejemplo, en *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobado en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU; en adelante DUDH), aclara su aplicación a la situación concreta de este colectivo, y crea medidas para asegurar su disfrute¹⁶. Me gustaría destacar dos de estas medidas, la universalidad y los ajustes razonables, puesto que a través de ambas sería posible aspirar a una igualdad de oportunidades real y efectiva para los derechos de las personas con discapacidad.

Se entiende por diseño universal «el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado». Correlativamente, los ajustes razonables son «modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»¹⁷. Esto es, que en principio, la sociedad debe estar adaptada de tal manera que no necesite modificaciones para que el entorno sea accesible a las personas con discapacidad; pero esta universalidad tiene unos límites que pueden ser corregidos con los ajustes razonables. Tal y como impone el art. 9 CDPD, son los Estados Parte los obligados a poner en marcha las medidas necesarias para lograr la plena accesibilidad.

Encontramos un ejemplo de aplicación de un ajuste razonable en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 5337/2009, de 2 de noviembre de 2009¹⁸. El recurrente solicitó una beca para estudiar 4º de Derecho en la que se exigía tener una nota media de 5, y no más de una asignatura suspensa. Esta persona tenía una discapacidad física y psíquica del 76%, y no cumplía ninguno de los dos requisitos. Sin embargo, tras la

¹⁶ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, pp. 53 y ss. e Informe de la OHCHR, *Estudio temático para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

¹⁷ Ambas definiciones se recogen en el art. 2 CDPD.

¹⁸ Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), núm. 5337/2009, de 2 de noviembre (ECLI: ES:AN:2009:5337).

interposición de recurso de reposición, y posteriormente, contencioso-administrativo, finalmente la Audiencia Nacional reconoció el derecho a la obtención de la beca solicitada. Los argumentos invocados por el Tribunal son los siguientes: por una parte, el art. 2 CDPD que define los ajustes razonables como garantía para gozar de igualdad de condiciones; además de subrayar el art. 24 CDPD que predica el derecho a la educación sin discriminación. Por otro lado, el art. 96 CE y 1.5 CC exigen la incorporación al ordenamiento jurídico español de la CDPD. Y para acabar, el art. 10.2 CE, que obliga al juez a interpretar la normativa vigente de acuerdo con la DUDH y demás tratados internacionales ratificados por España, es decir, de acuerdo con la CDPD.

En resumen, el Tribunal expone que: «la entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad»¹⁹. En consecuencia, la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas para dicha beca puede considerarse, según la Audiencia Nacional, como «un ajuste razonable que garantiza la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior»²⁰.

Por último, requiere particular atención el art. 12²¹, relativo al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones. Este artículo es tan importante porque supone un avance hacia el modelo social: se pasa de la sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones (propia del sistema médico) a optar por la asistencia. Esto conlleva que la persona debe recibir el apoyo necesario, pero en último término será ella

¹⁹ Ídem, FJ 2º (párrafo 12).

²⁰ Ídem, FJ 2º (párrafo 8).

²¹ Así se afirma tanto en CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 56 como en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático... cit.*, punto 43.

misma quien decidirá. Además, se trata de un instrumento transversal que permitirá el disfrute de otros muchos derechos²².

En este mismo ámbito, constituye una novedad reciente en nuestro país el Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil en materia de discapacidad, el cual merece especial reconocimiento, pues responde a las demandas de la CDPD²³, concretamente al mencionado art. 12. La gran novedad que aporta consiste en el mantenimiento de la institución de la tutela para los menores de edad, pero para las personas con discapacidad prevé la curatela como nuevo sistema de apoyo²⁴. Según el art. 288 CC la curatela «no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos». En otras palabras, la finalidad es otorgar mayor autonomía a las personas con discapacidad y permitir que tomen ellos mismos las decisiones que les atañen, contando siempre con la asistencia necesaria de su curador.

IV. INCORPORACIÓN DE LA CONVENCIÓN A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Como ya he indicado, la CDPD forma parte del ordenamiento jurídico español gracias al sistema de recepción de tratados internacionales que proclama el art. 96 CE: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Además, el art. 10.2²⁵ CE obliga a interpretar los derechos proclamados en la Constitución conforme a la DUDH y otros tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España; esto es, también obliga a interpretar la CE conforme a la CDPD.

²² CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 56 y PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2008, p. 148.

²³ *Vid.* Exposición de Motivos Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291> (última visita: 1/07/2019).

²⁴ MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, pp. 199-225.

²⁵ Art. 10.2 CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Más precisamente, el único art. de la Constitución que se refiere de manera explícita a la discapacidad es el art. 49: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». Pero esto no es inconveniente para que la protección a este colectivo esté implícita en toda la Constitución, gracias al art. 10.2 CE. El límite está en que por la vía del citado art. no pueden incorporarse nuevos derechos a nuestro ordenamiento. Ahora bien, hay que indicar que el objetivo de la CDPD no es tal, sino reinterpretar los ya existentes²⁶.

El mensaje de la CDPD es que las personas con discapacidad deben poder disfrutar de los mismos derechos fundamentales que el resto de la sociedad. Por consiguiente, en lugar de reconocer nuevos derechos propios, lo que es necesario es prever instrumentos que garanticen el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales reconocidos de igual manera para todos. Aunque debemos partir de este principio, es cierto que en muchas ocasiones en las que se producen situaciones de desigualdad, resulta dudoso que no necesiten de derechos específicos que les permitan el desarrollo de sus planes de vida, y que a su vez no sean necesarios para el resto de personas. Así pues, hay que entender que, de manera subsidiaria, y sólo para las ocasiones en que exista discriminación, sí que resulta necesario el reconocimiento y protección de derechos específicos de estas personas²⁷.

Entonces, si como he indicado, el art. 10.2 CE no permite la incorporación a la CE de nuevos derechos que no estén reconocidos en ella, aunque sí que lo estén en la CDPD, ¿cuál es la solución? La profesora Patricia Cuenca propone que: «cabría sostener que los añadidos que la CDPD introduce formaban ya parte del contenido de los derechos constitucionales (...) de acuerdo con una adecuada comprensión de los valores y principios básicos que integran la axiología de nuestro texto constitucional»²⁸. Señala además que «estos *nuevos* derechos convencionales se encuentran estrechamente

²⁶ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 79.

²⁷ CAMPOY CERVERA, I. *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 14 y ss.

²⁸ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 161.

vinculados con *viejos* derechos que sí están expresamente reconocidos en nuestra norma básica de los que se podría sostener se derivan como contenidos implícitos»²⁹ y añade que «no formalmente, pero sí materialmente, la CDPD podría dar lugar por la vía interpretativa del art. 10.2 CE a la extensión del catálogo de derechos constitucionales»³⁰.

A modo de ejemplo, el art. 15 CDPD sobre la protección contra la explotación, la violencia y el abuso adquiere un estatus constitucional porque podría entenderse como una extensión del art. 15 CE relativo al derecho a la vida, integridad física y moral y la prohibición de la tortura³¹.

Relacionado con ello, un suceso que no debe pasar desapercibido es el reciente reconocimiento del derecho de sufragio para las personas con discapacidad en España en las pasadas elecciones del 28 de abril de 2019. El derecho de participación en la vida política y pública del art. 29 CDPD especifica en su apartado a) ii) el derecho para las personas con discapacidad de emitir su voto en elecciones y referéndums públicos. Es por tanto un derecho específico de este colectivo que no se encuentra reconocido en la CE como tal. Es más, se encontraba limitado el ejercicio del derecho de sufragio en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General* por el art. 3.1 b) para las personas declaradas incapaces por sentencia judicial, y por el art. 3.1 c) para los internados en hospital psiquiátrico con autorización judicial.

Sobre esta exclusión, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, aprobó³², entre otras, la recomendación al estado español de revisar la legislación vigente para que todas las personas con discapacidad disfruten del derecho a votar en igualdad con los demás. Así pues, los poderes públicos estatales han modificado la ley y han reconocido el derecho al sufragio para todas las personas con

²⁹ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 79.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem, p. 172.

³² CRPD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España*, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, punto 48. Disponible en <http://www.fsc.ccoo.es/771f2daa6289ab7f2ffd656e64bf4d31000050.pdf> (última visita: 1/07/2019).

discapacidad, sin distinción alguna, a través de la promulgación de la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad*. El fundamento jurídico de este cambio es, tal y como expone el preámbulo de dicha ley, el art. 14 CE, que proclama el derecho a la igualdad y no discriminación; y los arts. 12 y 29 de la CDPD relativos a la igualdad, y al derecho a participar en la vida política, respectivamente.

En conclusión, es importante señalar que los derechos constitucionales no cuentan con un desarrollo legal sobre los derechos de las personas con discapacidad, ni tampoco con jurisprudencia consolidada en este ámbito, por eso la CDPD es un instrumento que desarrolla e integra su contenido en los derechos de la Constitución³³. Además, el art. 3 CDPD expone los principios generales a partir de los cuales la Convención debe ser interpretada y aplicada. Estos se convierten también, en virtud del art. 10.2 CE, en referentes esenciales para ejecutar toda la normativa estatal y por supuesto también los derechos constitucionales. Por estas dos razones, la CDPD es una fuente interpretativa de los derechos de la CE en el ámbito de la discapacidad³⁴.

Para finalizar, no hay que olvidar que la CDPD se elaboró desde la filosofía del modelo social de discapacidad, y que a partir de su aprobación «estamos ante una perspectiva que forzosamente debe adoptarse y que permite convertir a nuestro texto constitucional en el instrumento más eficaz para garantizar la equiparación en derechos de las personas con discapacidad»³⁵.

V. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Tras el análisis de diferentes cuestiones en torno a la discapacidad intelectual, y del estudio de la CDPD como instrumento específico que protege a estas personas, de todos los derechos mencionados voy a centrarme en el derecho a la libertad y seguridad. Del mismo se deriva correlativamente la privación de libertad, que para las personas con

³³ CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales... cit.*, p. 86.

³⁴ Ídem., p. 88 y ss.

³⁵ Ídem., p. 91.

discapacidad puede verse afectada de dos maneras: en su vertiente penal, por las medidas de seguridad; o bien por el llamado internamiento no voluntario por trastorno psíquico, que tiene carácter civil.

En primer lugar, el derecho a la libertad y seguridad de la persona se encuentra internacionalmente protegido por el art. 3 DUDH, art. 9 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU (en adelante, PIDCP), y art. 5 *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa (en adelante, CEDH). Y para el caso que nos ocupa, el art. 14 CDPD³⁶, pues afirma que la privación de libertad para las personas con discapacidad debe darse en iguales términos que para todos los demás ciudadanos. En este sentido, no significa que no puedan ser legalmente internadas, sino que la discapacidad nunca debe justificar ni directa ni indirectamente la privación de libertad³⁷.

En España, es el art. 17 CE el que, en su apartado 1 dispone que: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad». Concretamente, el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico está regulado en el art. 763 LEC, que viene a sustituir al antiguo art. 211 CC³⁸.

1. ¿En qué consiste la medida de internamiento no voluntario?

El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en España es una medida de carácter civil, pues partimos de la base de que el sujeto no ha cometido ninguna infracción penal. Según el inciso final del art. 17.1 CE «nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la

³⁶ Artículo 14: Libertad y seguridad de la persona: «1. Los Estados Partes asegurarán 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».

³⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático...* cit., puntos 48 y 49.

³⁸ Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la LEC.

forma previstos en la ley», por esta razón es imprescindible prestar atención al contenido del art. 763 LEC³⁹. Con mayor motivo debemos observar con cautela las previsiones que establece la ley para estos casos, pues la privación de libertad es una restricción a uno de los derechos fundamentales más básicos. Así pues, pasaré a continuación al análisis del artículo mencionado.

El sujeto de este procedimiento es una persona afectada por un trastorno psíquico, que no esté en condiciones de decidir por sí misma. Atañe tanto a mayores de edad, como a menores e incapaces⁴⁰. Para su internamiento, se requerirá autorización judicial aunque la persona esté sometida a patria potestad o tutela. Se distinguen dos procedimientos:

- El ordinario, en el que la autorización será previa al internamiento.

³⁹ Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

«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 oír 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».

⁴⁰ Esto se deduce del inciso del art. 763.1 LEC «aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela», y del 763.2.

- El urgente, en el que dicha autorización se otorgará *a posteriori*. Cuando razones de urgencia así lo requieran, se internará inmediatamente a la persona, y será el responsable del centro el que, en 24 horas, deberá informar al juez. A partir de entonces, este tendrá un plazo de 72 horas para ratificar la medida.

La competencia territorial corresponde al tribunal del lugar donde resida la persona en el internamiento ordinario, o al lugar donde radique el centro de internamiento en los casos de internamiento urgente.

En lo relativo a los requisitos indispensables para ratificar o conceder la autorización, la ley establece que el tribunal oirá a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona que estime conveniente, o que solicite el afectado. Asimismo, examinará a la persona y oirá el dictamen de un facultativo designado por el propio tribunal, sin perjuicio de la práctica de otras pruebas que estime pertinentes.

Es necesario diferenciar el trámite de audiencia del examen directo de la persona afectada. La audiencia se realizará en una vista oral en la que las partes alegarán lo que a su derecho convenga y presentarán las pruebas que estimen convenientes, siempre con derecho a representación y defensa, ya sea por libre designación o de oficio. Dado que no es muy habitual que la persona tenga capacidad para efectuar la designación de abogado y procurador, ni tampoco para pedir que se le asignen de oficio, el 758 LEC dispone que si no comparecieren por su propia defensa y representación, podrá el Ministerio Fiscal defenderlo (siempre que no haya sido el promotor del procedimiento)⁴¹.

Por último, el cuarto párrafo del art. 763 LEC impone el deber a los facultativos que atiendan a la persona internada de remitir al juzgado informes periódicos, como máximo cada 6 meses, para que este acuerde la continuación o bien el cese de la medida. No obstante, el último inciso añade que cuando lo estimen conveniente, los facultativos podrán dar el alta y lo comunicarán inmediatamente al tribunal. Dicho de otro modo, existen dos alternativas para el cese de la medida: que lo acuerde el juez, o que los facultativos den el alta directa con posterior comunicación al tribunal⁴². Esta segunda posibilidad es, a juicio de Espejel Jorquera, muy acertada, dado que es un indicativo de

⁴¹ ESPEJEL JORQUERA, C., «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 LEC» en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.4, 2004, p. 55.

⁴² Dicha comunicación posterior es a los solos efectos de archivo de expediente.

que el juez se limita a hacer guardar los derechos fundamentales, y que el foco del procedimiento es en realidad la salud del paciente⁴³.

2. Situaciones amparadas por el 763 LEC

El título que otorga la LEC al internamiento no voluntario «por razón de trastorno psíquico» no deja lugar a dudas en cuanto a que las personas que padezcan una enfermedad mental deben acogerse a este régimen. No obstante, el objeto de mi estudio no es este sino el internamiento de personas con discapacidad. Puesto que esto abarca un inmenso número de situaciones, me gustaría tener en cuenta desde las más conocidas como el síndrome down, la discapacidad intelectual, el autismo etc. hasta las enfermedades degenerativas que aparecen con el avance de la edad como puede ser el Alzheimer o la demencia senil. Estas últimas no constituyen discapacidad intelectual propiamente dicha, pero sí que entrarían dentro de la aplicación de este artículo, pues son personas que no están en condiciones de decidir por sí mismas. Además, la jurisprudencia presta especial atención a los internamientos en contra de la voluntad de personas mayores ya que son cada vez más frecuentes y problemáticos.

La expresión empleada por la LEC «una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí» puede plantear dudas, pues no concreta si se trata del internamiento en un centro psiquiátrico únicamente, o si por el contrario es aplicable a los casos de internamiento en centros residenciales para personas con discapacidad, o geriátricos para personas mayores, pues estos dos últimos, aunque también reciban tratamiento psiquiátrico, son objeto de cuidados principalmente asistenciales. La Audiencia Provincial de Segovia en su sentencia núm. 51/2004, de 17 de febrero⁴⁴, ha establecido que: «esta Audiencia ya se ha pronunciado (...) sobre la aplicabilidad de dicho artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el internamiento sea por razón de trastorno psíquico con independencia de que el Centro donde se encuentre el internado pueda ser una residencia geriátrica, (...) o una residencia dedicada al cuidado de trastornos psíquicos, pues la protección que se pretende con la ratificación judicial se realiza (...) con independencia de la tipología del centro en el que se encuentre».

⁴³ ESPEJEL JORQUERA, C., «El internamiento no voluntario... *cit.*, p. 57.

⁴⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Segovia núm. 51/2004, de 17 de febrero (ECLI: ES:APSG:2004:51).

Esto es muy interesante desde el punto de vista de la protección de derechos fundamentales, porque el hecho de que un internamiento de una persona mayor no pueda acogerse al 763 podría ocasionar situaciones en las que sea decisión de la familia internar a sus mayores en centros asistenciales. Así se constata en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1990, de 7 de mayo, *sobre el régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*, que declara aplicable el antiguo art. 211 (ahora 763 LEC) a los casos de internamiento de personas mayores en centros residenciales. Afirma asimismo que se ha observado como práctica habitual, aprovechando que el anciano no está en condiciones de prestar su consentimiento válidamente, que sean los familiares los que convengan el internamiento con los responsables del centro. En esta misma Instrucción también se abarca el tema de las personas con discapacidad, poniendo de relieve que para evitar que el tutor disponga de los derechos fundamentales del tutelado, será necesaria en todo caso la autorización judicial de internamiento.

Otro argumento para la defensa de la aplicabilidad del art. 763 LEC a supuestos de enfermedades degenerativas mentales de la tercera edad es el empleado por López Ebri⁴⁵, que sostiene que la atención que necesitan las personas de avanzada edad no son meramente asistenciales, pues también necesitan un tratamiento médico que se dirija a su rehabilitación o ralentización de la degeneración. Por tanto, sí que necesitarán un tratamiento psiquiátrico. De no proceder por esta vía, se estaría favoreciendo que cualquier persona de su entorno decidiera el ingreso en un centro sin control alguno sobre su persona y vulnerando, además del 763 LEC, el 17 CE y el 5 CEDH⁴⁶.

En suma, lo verdaderamente significativo para la aplicación del 763 LEC es la privación de libertad de la persona. Por esta razón, en el internamiento no voluntario es de obligado cumplimiento la intervención del juez como garante de derechos fundamentales. Al fin y al cabo, no importa si la persona está afectada por un trastorno psíquico, por discapacidad intelectual o enfermedad degenerativa que afecte a la «psique» (sobre todo en personas mayores); tampoco importa si necesitan cuidados

⁴⁵ LÓPEZ EBRI, G., «El internamiento no voluntario. La protección personal y patrimonial del discapaz psíquico en los términos del art. 763 LEC», en *Especialidades en derecho de familia*, Roca i Trias, Encarnación *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014.

⁴⁶ Lo que constata la Fiscalía General del Estado en su citada Instrucción nº3/1990, de 7 de mayo, *sobre el régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*.

psiquiátricos o asistenciales, ni la denominación del centro ni la denominación de la enfermedad. Lo que verdaderamente ha de tenerse en cuenta para aplicar el art. 763 es que se esté coartando la libertad de una persona que no ha otorgado válidamente su consentimiento.

3. Legitimación para solicitar el internamiento

Como ha sido señalado, es importante que quede delimitado quién puede solicitar el internamiento de una persona con discapacidad, y quién no. Se trata de evitar las situaciones en las que los familiares (u otras personas cercanas) lo soliciten y convengan con los profesionales del centro sin tener en cuenta a la persona afectada. Sorprendentemente, el art. 763 no ofrece ninguna previsión al respecto. En tal caso, esta laguna debe integrarse con los arts. 762 y 757 LEC⁴⁷.

Así pues, el 762 afirma que el juez que tenga conocimiento de la posible incapacitación, está legitimado para adoptar las medidas cautelares que estime oportunas, y que el Ministerio Fiscal podrá también pedir al juez la inmediata adopción de tales medidas.

A su vez, serán el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes y hermanos quienes están legitimados, según el art. 757 LEC, para instar la incapacidad. Esto incumbe al internamiento ordinario, pues la legitimación para el procedimiento urgente compete al responsable del centro donde se interne a la persona⁴⁸.

De este modo se despejaría cualquier duda en torno a la legitimación para solicitar el internamiento no voluntario, que como acabo de exponer se puede ubicar tanto como medida cautelar en un procedimiento de incapacitación, o como medida definitiva incluida en una sentencia de incapacitación. No obstante, no hay que olvidar que la incapacitación y el internamiento son procedimientos independientes; puede existir una persona incapacitada que no esté internada, y viceversa, para ser internado no es necesario estar incapacitado previamente. Esto no obsta para que, en muchas ocasiones,

⁴⁷ ESPEJEL JORQUERA, C., «El internamiento no voluntario... *cit.*, p. 54.

⁴⁸ *Vid.* 763.1 párrafo 2 LEC.

el internamiento y todos los trámites que conlleva sirvan de base para la presentación de la demanda de incapacidad⁴⁹.

4. Interpretación jurisprudencial del art. 763 LEC

Con el objetivo de completar el sentido del art. 763 LEC y asegurar que se efectúe con las garantías y formalidades necesarias para no conculcar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, es preciso revisar cuál es la interpretación que hace la jurisprudencia sobre esta cuestión.

Cabe una breve mención a la declaración de inconstitucionalidad que afecta al art. que nos ocupa. El TC⁵⁰ declara inconstitucional el primer párrafo y el primer inciso del segundo párrafo del art. 763.1 LEC⁵¹. Debido a que dicho precepto afecta al derecho fundamental de la libertad y seguridad del art. 17 CE, debería estar regulado por ley orgánica⁵², pero la LEC es ley ordinaria. La solución que nos ofrece el TC es la declaración de inconstitucionalidad sin vincular la nulidad, pues no se cuestiona su contenido material, y de este modo se evitaría una laguna jurídica⁵³.

Desde otra perspectiva, es primordial constatar cómo la jurisprudencia comprende el contenido que establece la ley para los internamientos involuntarios, y para ello, la STC 141/2012, de 2 de julio⁵⁴ es decisiva. Se trata de un recurso de amparo en el que el recurrente alega vulneración de su derecho fundamental a la libertad personal del art. 17 CE, ya que no se han cumplido las garantías establecidas en el art. 763 LEC. El

⁴⁹ LÓPEZ EBRI, G., «El internamiento no voluntario... cit. p. 216.

⁵⁰ En la Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Pleno), núm. 132/2010, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:2010:132).

⁵¹ 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 (...).

⁵² Conforme a las exigencias del art. 81.1 CE: « Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (...) ».

⁵³ Se ha solucionado este problema por el art. 1 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que reconoce el carácter orgánico de los incisos del art. 763 LEC declarados inconstitucionales.

⁵⁴ Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

Tribunal manifiesta que tiene asentada una doctrina respecto a este tema⁵⁵, y señala que el TEDH en el caso Winterwerp⁵⁶ ha establecido, en el marco de la interpretación del derecho a la libertad y seguridad del art. 5.1 CEDH⁵⁷, tres condiciones para que un internamiento cumpla con las garantías establecidas. Estas condiciones son:

- Haber recabado los informes periciales médicos necesarios que constaten el trastorno psíquico
- Que el trastorno sea tal que legitime el internamiento
- Comprobar periódicamente que el trastorno persiste, y en caso contrario cesar el internamiento⁵⁸

Otro aspecto sustancial fijado en el FJ 4 es el hecho de que la autorización o ratificación del juez para internar a una persona en contra de su voluntad debe estar siempre guiada por los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Además, en el seno de un internamiento urgente, en el FJ 5 de la referida STC 141/2012, el TC exige 4 condiciones para que sea válido, estas son:

- Informe médico acreditando el internamiento inmediato
- Información al afectado o a su representante de las causas del internamiento
- Obligación de que el centro lo comunique al juez competente en 24 horas
- Control posterior sobre el centro por parte del juez

Siguiendo con el internamiento urgente, el FJ 6 especifica cómo deben ser llevadas a cabo las garantías en la fase de control judicial⁵⁹ reguladas en el 763 LEC:

⁵⁵ Así lo afirma en el FJ 3 de la STC 141/2012, de 2 de julio y lo reitera en FJ 4 apartado 2 de la STC 95/2016, de 26 de enero: «Esta doctrina ha sido asumida por nuestro Tribunal Constitucional en relación con los arts. 17 de la Constitución y 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

⁵⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 6301/173, de 24 octubre 1979, caso Winterwerp contra Países Bajos.

⁵⁷ El art. 5.1 CEDH establece que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo».

⁵⁸ Pues la doctrina del TEDH ha venido señalando que el internamiento indefinido no es admisible en ningún caso.

⁵⁹ La fase de control judicial es el plazo de 72 horas de las que dispone el juez para ratificar o no el internamiento urgente ya efectuado.

- El juez tiene la obligación de informar al interno o a su representante de su situación, correlativamente el afectado tiene derecho a ser oído personalmente. Deberá ser informado de su derecho de representación y defensa por abogado y procurador, así como del derecho a la práctica de pruebas.
- Se efectuará un examen directo de la persona pero también un informe pericial de un médico designado por el juez.
- El límite de 72 horas que dispone el juez para ratificar el internamiento es una garantía fundamental en el sentido de que si se supera, conlleva la vulneración del derecho del art. 17 CE, pudiendo dar lugar a un procedimiento de *habeas corpus*⁶⁰.

Estas son, en suma, las precisiones que el Tribunal Constitucional señala sobre cómo llevar a cabo el procedimiento de internamiento.

5. La importancia de las diferentes instituciones y asociaciones

Tal y como muestra el apartado anterior, se debe tener siempre presente la interpretación que la jurisprudencia ha adoptado respecto al internamiento involuntario. No obstante, dicha lectura también debería integrar las propuestas de las diferentes instituciones que trabajan con estas personas, pues ellas conocen la situación de una manera más próxima y real.

En primer lugar, desde un punto de vista nacional, existen diversas asociaciones como el CERMI, que es la principal plataforma de representación, acción y defensa de este colectivo, aunque también encontramos otras: Plena Inclusión, que atiende a personas con discapacidad intelectual en toda España, o ATADES, orientada a la asistencia y tutela de la discapacidad intelectual en el ámbito de Aragón. En la gran mayoría de los casos son ellas las que ostentan los centros de internamiento, y por tanto, forman una parte muy importante de todo el proceso. No hay que olvidar que en muchas ocasiones, sobre todo en los internamientos por la vía urgente, la opinión del personal de dichos centros es la base sobre la que el juez va a fundamentar su decisión, así que no debemos perder de vista su labor.

⁶⁰ Remisión a la Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 104/1990, de 4 de junio (ECLI:ES:TC:1990:104), FJ 3.

Precisamente el CERMI, sobre la declaración de inconstitucionalidad de los incisos afectados del art. 763 LEC, por una parte, pone de manifiesto que no es suficiente con dotar de carácter orgánico a esta regulación; es más, critica que el TC nunca llegó a examinar su contenido material, y reclama una modificación sustancial para que sea compatible con la CDPD. Por otra parte, solicita la intervención del Defensor del Pueblo en esta cuestión⁶¹.

Siguiendo con esta demanda, es destacable la Recomendación de 26 de marzo de 2015, formulada ante la Generalitat Valenciana (Conselleria de Bienestar Social), respuesta del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Valencia a la queja nº14022574⁶². En ella, se propone que los centros deben emplear el procedimiento de carácter urgente únicamente cuando sea necesaria la inmediatez del internamiento; en caso contrario, se exige su solicitud por la vía ordinaria.

Señala igualmente que en los casos de ingreso voluntario, en los que posteriormente el interesado manifieste que quiere abandonar el centro, es preciso comprobar en ese momento si concurren o no las exigencias del art. 763.1 LEC. Solo así podrá mantenerse la medida, y es entonces cuando comenzará a contar el plazo de 24 horas para comunicarlo al tribunal competente⁶³.

Asimismo, insta a los centros a informar a la persona que está siendo internada o a sus representantes legales de los derechos que le amparan, verbalmente, además de por escrito, en un documento firmado por ambas partes en el que aparezcan: la fecha y hora del ingreso y de la comunicación al juez, la causa del internamiento con indicación del grado de necesidad y proporcionalidad, y los derechos que le asisten (representación y defensa, derecho a ser oído...).

Finalmente, otra de las recomendaciones del Defensor del Pueblo es que, trascurrido el plazo de 72 horas para que el juez ratifique el internamiento en el procedimiento

⁶¹ En CERMI, «Derechos humanos y discapacidad» en *informe España 2010... cit.*, pp. 36-39. Disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Derecho_Humanos_y_Discapacidad_2010_n_5.pdf (última visita: 1/07/2019).

⁶² Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/cumplimiento-de-legalidad-internamiento-no-voluntario-de-caracter-civil-solicitud-de-internamiento-voluntario-instar-a-los-centros-de-esa-comunidad-que-con-caracter-general-la-solicitud-de-int-2/> (última visita: 1/07/2019).

⁶³ FJ 5 c) de la Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

urgente, sin haber recibido respuesta, el afectado podrá abandonar el centro firmando el alta voluntaria.

En segundo lugar, no se puede pasar por alto la perspectiva internacional, por eso es interesante ver la posición que adopta el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Este, en su *Estudio temático para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*⁶⁴, apunta que deben abolirse las normas que permitan el internamiento no voluntario justificado solamente por la concurrencia de una discapacidad; todo ello en virtud del art. 14.1. b) CDPD que establece que los Estados parte asegurarán que: «la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad». En otros términos, la privación de libertad debe aplicarse en igualdad de condiciones a las personas con o sin discapacidad.

En resumen, como se puede comprobar, estas instituciones (y muchas otras más) son indispensables para identificar cuáles son las demandas y necesidades específicas de las personas con discapacidad, así como los aspectos que se deben mejorar en la aplicación de la normativa vigente.

VI. CONCLUSIONES

El verdadero objetivo que articula mi trabajo es el análisis del valor que se otorga al consentimiento de una persona con discapacidad intelectual en el procedimiento de internamiento involuntario. Es cierto que, si el grado de discapacidad es muy profundo, la persona no está en condiciones de tomar una decisión tan importante como si quiere ingresar en un centro o no. Pero existen otro tipo de discapacidades que tienen menos afectada su capacidad volitiva, y sí que podrían tomar una determinación de estas características con los apoyos adecuados. Sin embargo, se les aplica el procedimiento previsto del internamiento no voluntario únicamente porque padecen una discapacidad intelectual. En otros términos, la adopción de esta medida es a veces injustificada porque la existencia de una discapacidad no debe ser la única causa que motive dicho internamiento.

⁶⁴ Informe de la OHCHR, *Estudio temático... cit.*, puntos 48 y 49.

En mi intento de conocer los porqués de la regulación del internamiento no voluntario en España, he constatado que actualmente nos encontramos en un entorno que ha adoptado poco a poco el modelo social de tratamiento de la discapacidad, pero todavía son necesarios muchos cambios para que se asiente completamente. El objetivo final de este modelo es conseguir una sociedad adaptada y sin barreras para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de sus derechos en igualdad de condiciones, y esta es justamente la idea que encontramos tras la CDPD. La Convención ha sido el mayor exponente de los principios esenciales del modelo social y, por ello es decisiva en el tránsito hacia una sociedad más concienciada en este asunto. Uno de los aspectos vitales que trata es la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, puesto que es una demanda social cada vez más presente y necesaria en nuestros días, y es transversal para el disfrute efectivo del resto de derechos fundamentales. Sin embargo, la CDPD no es más que un mero acuerdo internacional, así que son los instrumentos internos estatales los que deben otorgar efectividad real a los derechos de estas personas, concretamente a través de las leyes y del trabajo de las instituciones que se encuentran dentro del entorno de la discapacidad intelectual.

Si bien es un proceso lento, las reformas legislativas van allanando poco a poco el camino, y lo cierto es que últimamente hemos podido constatar algunos avances en este terreno. Por un lado, el reconocimiento del derecho a sufragio de las pasadas elecciones del 28 de abril. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley para la reforma del Código Civil en materia de discapacidad⁶⁵. En este último, como ya he expuesto en el capítulo III, se opta por la curatela para las personas con discapacidad como nuevo sistema de apoyo, y deja de lado la sustitución de su voluntad por parte del tutor en la toma de decisiones⁶⁶.

El hecho de que se opte por la curatela y se abandone la tutela como medio de representación constata que la dotación de mayor autonomía a las personas con discapacidad es una de las ideas subyacentes en esta reforma del CC. Asimismo, a mi modo de ver, ello se podría aplicar y trasladar a la regulación del internamiento involuntario en el sentido de que, en dicho procedimiento, en vez de que la persona pueda ser representada, sería interesante que esté provista de los apoyos que convengan

⁶⁵ Vid. Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. Disponible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/375/291> (última visita: 1/07/2019).

⁶⁶ MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al anteproyecto... cit. pp. 199-225.

para que pueda otorgar el consentimiento por sí sola. En definitiva, se trataría de sustituir el consentimiento a través de representación por el consentimiento con apoyos.

Desde otra perspectiva, al ser el internamiento una medida que coarta un derecho fundamental como es el de la libertad de movimiento, debería adoptarse como medida extraordinaria. Así, pues, se plantearían como primera opción otras alternativas menos restrictivas, por ejemplo, el tratamiento ambulatorio⁶⁷. Esto consiste en poner en marcha un programa terapéutico en el que se supervise constantemente la evolución del paciente, pero sin limitar el derecho a la libertad.

Otra de las cuestiones que he tratado a lo largo de todo el trabajo es el papel que desempeña el juez en la adopción de la medida de internamiento. Este debe ser un mero garante de los derechos fundamentales, y su decisión nunca será discrecional, pues ha de basarse en los informes profesionales. En este punto, vemos que es primordial la colaboración entre todos aquellos que tengan el deber de intervenir en estas actuaciones: la persona objeto de internamiento, su familia, el juez, el Ministerio Fiscal en su caso, el responsable del centro y los facultativos que se encargan de cuidar a la persona.

Además de la función primordial que desarrolla el juez, en la práctica, encontramos diversas asociaciones que luchan por la promoción de las personas con discapacidad como las anteriormente señaladas (CERMI, Plena Inclusión, ATADES...). Ellas son las que trabajan día a día con estas personas, y al tener trato directo y continuo, son conocedoras de su situación. Por esta razón, en mi opinión, dichas asociaciones tienen la responsabilidad y el deber de trasladar las carencias, demandas y aspectos positivos o negativos al poder político, para que el mismo pueda, en última instancia, reformar la legislación conforme a lo que les ha sido comunicado.

En conclusión, considero que la medida de internamiento no voluntario en España cuenta con muchos requisitos a cumplir, que hacen que el procedimiento sea suficientemente garantista para no dejar lugar a decisiones arbitrarias, ni por parte del juez ni de los familiares del afectado. No obstante, a pesar de todas estas protecciones, como se ha constatado a lo largo de todo el trabajo, la mencionada medida debería ser reformada para adaptarse más adecuadamente a las exigencias de la CDPD.

⁶⁷ Así se plantea en la Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141), FJ 7.

Por último, de todo lo que he aprendido en la realización de este estudio, me quedo con el término de diversidad funcional y su relación con el Derecho como garante de sus necesidades y libertades, no solo en lo que se refiere a la medida del internamiento involuntario sino a todos los aspectos que rodean la vida de estas personas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CAMPOY CERVERA, I. *Igualdad, no discriminación y discapacidad: una visión integradora de las realidades española y argentina*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

CAMPOY CERVERA, I. *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas*. Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

CRUZ, M. S. y RINCÓN, E. R. «Un debate entre lo personal y lo público: la interdicción como pretexto» en *Revista Española de Discapacidad*, vol. 6, núm. 1, 2018, pp.75-90.

CUENCA GÓMEZ, P. «Discapacidad y privación de la libertad» en *revista Derechos y Libertades*, núm. 32, 2015, pp. 163-203.

CUENCA GÓMEZ, P. *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la convención de la ONU*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Madrid, 2010.

ESPEJEL JORQUERA, C., «El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 LEC» en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.4, 2004, pp. 47-62.

ETXEBERRIA, X. «Ética de la inclusión y personas con discapacidad intelectual» en *Revista Española de Discapacidad*, 6 (I), 2018, pp. 281-290.

GARROCHO SALCEDO, D. «El animal que no habla: la discapacidad y los límites de lo humano» en *BAJO PALABRA. Revista de Filosofía*, núm. 9, 2014, pp. 53-61.

LÓPEZ EBRI, G., «El internamiento no voluntario. La protección personal y patrimonial del discapaz psíquico en los términos del art. 763 LEC», en *Especialidades en derecho de familia*, Roca i Trias, Encarnación *et al.* (dir.), Dykinson, Madrid, 2014.

MAGARIÑOS BLANCO, V. «Comentarios al anteproyecto de ley para la reforma del Código Civil sobre discapacidad» en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre 2018, pp. 199-225.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2007.

PALACIOS, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ed. Cinca, Madrid, 2008.

VELARDE LIZAMA, V., « Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico», en revista *Empresa y Humanismo*, vol. XV, núm. 1, 2012, pp. 115-136.

LEGISLACIÓN:

Código Civil.

Constitución Española.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 por el Consejo de Europa.

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobado en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU.

Ley 1/2000, de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, *del Régimen Electoral General*.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU.

JURISPRUDENCIA:

Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso), núm. 5337/2009, de 2 de noviembre (ECLI: ES:AN:2009:5337).

Sentencia Audiencia Provincial de Segovia (Sección nº1), núm. 51/2004, de 17 de febrero (ECLI: ES:APSG:2004:51).

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Pleno), núm. 132/2010, de 2 de diciembre (ECLI: ES:TC:2010:132).

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Pleno), núm. 95/2016, de 12 de mayo (ECLI:ES:TC:2016:95).

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 104/1990, de 4 de junio (ECLI:ES:TC:1990:104).

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 141/2012, de 2 de julio (ECLI:ES:TC:2012:141).

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, núm. 6301/173, de 24 octubre 1979, caso Winterwerp contra Países Bajos.

DOCUMENTOS OFICIALES:

CERMI, «Derechos humanos y discapacidad» en *informe España 2010 para la Convención de la ONU*, Cayo y Sastre (dir.), Ed. Cinca, Colección Convención ONU núm.5. Disponible en: https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Derecho_Humanos_y_Discapacidad_2010_n_5.pdf (última visita: 1/07/2019).

CRPD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, España*, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011. Disponible en <http://www.fsc.ccoo.es/771f2daa6289ab7f2ffd656e64bf4d31000050.pdf> (última visita: 1/07/2019).

Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1990, de 7 de mayo, *sobre el régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*.

Informe de la OHCHR, *Estudio temático para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

Recomendación de 26 de marzo de 2015, formulada ante la Generalitat Valenciana (Conselleria de Bienestar Social), respuesta del Defensor del Pueblo de la Comunidad Autónoma de Valencia a la queja nº14022574. Disponible en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/cumplimiento-de-legalidad-internamiento-no-voluntario-de-caracter-civil-solicitud-de-internamiento-voluntarioinstar-a-los-centros-de-esa-comunidad-que-con-caracter-general-la-solicitud-de-int-2/> (última visita: 1/07/2019).