

# ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE RESIDENCIAS GERIÁTRICAS

Trabajo final

Master en Derecho Público y  
Organización Administrativa

Universitat Pompeu Fabra

Josep de Martí i Vallès

[jdemarti@inforesidencias.com](mailto:jdemarti@inforesidencias.com)

Promoción: 1996-97



Este trabajo se encuentra publicado en internet dentro de la geriateca de inforesidencias.com. Según las normas de uso cualquier persona que lo utilice para la realización de un trabajo o investigación, deberá comunicarlo al autor.

Código: 143

Dentro del Máster en Derecho Público y Organización Administrativa se ha tratado desde diferentes perspectivas una realidad común, la Administración y su intervención en la vida de la sociedad. Desde las normas que le dan fundamento hasta su estructura interna, el ambiente en que se mueve y su forma de actuar. Cada asignatura ha ido desgranando una parte de la realidad.

No cabe duda que hoy, la Administración afecta una gran parte de la vida de los ciudadanos, tanto de forma individual como colectiva. En este trabajo se pretende tomar algunas de las diferentes perspectivas que han ido aportando los profesores del curso y aplicarlas a una realidad muy concreta que es el de las residencias para personas mayores. Los mayores son un colectivo que tiene a aumentar en número y en proporción y que está influenciado de forma importante desde las diferentes disciplinas del derecho. En este trabajo pretendo exponer la relación entre derecho y residencias de mayores desde tres perspectivas:

- 1.- El derecho relativo a las personas mayores. Diferentes perspectivas jurídicas..
- 2.- La normativa legal y reglamentaria aplicable en materia de residencias para mayores.
- 3.- La interconexión que ha existido entre derecho civil y derecho administrativo en un aspecto concreto. El ingreso en residencias de personas que no se valen por sí mismas.

## Introducción.

La sociedad entiende de forma general que se encuentran dentro del grupo de la "tercera edad" los que tienen más de 65 años, aunque a veces se considere como tal la población de más de 60 años<sup>1</sup>. Este colectivo ha sufrido un fuerte incremento a lo largo de siglo. Las personas de 65 o más años han pasado en España, de 968.000 a principios de siglo, a ser de 5.1 millones en 1990. A su vez las proyecciones de población señalan cómo este colectivo va a experimentar un fuerte incremento al menos hasta el año 2010.

El envejecimiento demográfico altera la composición interna de la tercera edad, de tal modo que proporcionalmente tiende a incrementar en mayor medida la población más anciana. Los mayores aumentos efectivos de esta colectividad serán, en términos proporcionales, los que correspondan a las edades de 75 y más años, siguiendo una pauta perceptible desde los años setenta.

Una de las características de la vida familiar de las personas de la tercera edad es la de haber entrado plenamente en la etapa del ciclo de vida llamada de "nido vacío", al haber salido los hijos del hogar y quedarse sola la pareja entre los casados. Entre los solteros y los viudos/as, en cambio, predominan los que viven solos. De ahí que la vida familiar de los mayores plantea, de forma genérica más problemas que los de cualquier otro grupo social o generacional; si bien en el interior de este colectivo se dan, como en otros, diferentes situaciones que reflejan la heterogeneidad de la sociedad de la que forman parte. Así, la situación en cuanto al estado civil es muy diferente para hombre y para las mujeres, tal como se ve en los siguientes datos de 1991<sup>2</sup>

<b>ESTADO CIVIL</b>	<b>HOMBRES</b>	<b>MUJERES</b>
Solteros	5,2	9,9
Casados	79,8	42,8
Viudos	14,2	46,5
Separados/divorciados	0,7	0,8
<b>TOTAL</b>	<b>100,0</b>	<b>100,0</b>

La población española mayor de 65 años tiene como rasgo más característico en el aspecto educativo el tener un nivel de formación muy bajo. La causa fundamental hay que encontrarla en la situación del sistema educativo cuando

---

<sup>1</sup> Fundación Caja Madrid, Envejecer en España, Manual Estadístico sobre el envejecimiento de la población. Madrid, 1996

<sup>2</sup> INE, EPA, 2º trimestre de 1991 referidos en MANUEL NAVARRO, "Tercera Edad" en Tendencias Sociales en España (1960-1990), Bilbao.

estas personas estaban en edad escolar. Pertenecen a generaciones que no disfrutaron de una educación generalizada, como la que conocemos hoy en día; por el contrario, tan sólo una exigua minoría tenía acceso a la educación formal y por ello nos encontramos con una realidad peculiar.

A la peculiar situación familiar y educativa de de la mayor parte de mayores hay que sumar, como factor fundamental el estado de salud y de autonomía física. Uno de los rasgos esenciales de la vejez es, salvando excepciones, precisamente el deterioro de la salud, de la autonomía, de la capacidad mental y de la armonía psíquica.

Si tomamos los datos de una encuesta del INSERSO realizada en 1988 podemos ofrecer unos datos básicos sobre el estado de salud de las personas de edad en España

Personas que padecen enfermedades y carencias físicas	54,1%
Personas enfermas que reciben asistencia médica o rehabilitación	52,6%
Personas enfermas, no tratada, que piensan que necesitan tratamiento	23,7%
<hr/>	
Dificultades para desplazarse por su barrio o ciudad	26%
Dificultades para entrar o salir de su vivienda	20%
Dificultades para moverse por su casa	11%
<hr/>	

Estos indicadores se agudizan entre las mujeres conforme aumenta la edad y según más bajos sean sus ingresos. Las principales causas de deterioro de la salud citadas por las personas mayores eran las siguientes: reumatismo y problemas en las articulaciones (22%), enfermedades cardio respiratorias (6%), relacionadas con la vista (6%), metabólicas (4%), trastornos nerviosos (3%) y otras enfermedades (28%). Respecto a la autonomía física, el 28% de los encuestados manifestaron tener dificultades y necesidad de ayuda para desplazarse.

Viendo estos datos parece que podría hablarse de un colectivo diferenciado y con unas necesidades sociales y jurídicas concretas pero ¿es así?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a obtener de ésta la misma protección sin distinciones. En base a esa afirmación, las personas de edad, como cualquier otra persona, tienen derecho a ser protegidas por la ley. Entonces, ¿deben existir leyes concretas referidas a los mayores o es suficiente con que las leyes generales protejan a los ancianos como a

cualquier otra persona?

Aunque no existe un momento claro en el que una persona entra en la vejez, sí existen “fechas barrera”, establecidas en las leyes, pasadas las cuales una persona se convierte en **jubilado** o en posible receptor de servicios sociales. Es tal la importancia que se da en las sociedades actuales al trabajo remunerado, que a falta de datos más fiables, la edad de jubilación se ha vinculado socialmente a la edad en que empieza la vejez.

Resulta pues, difícil determinar en qué momento exacto empieza la vejez, pero es indiscutible que algunas personas mayores, en proporción que aumenta con la edad, se encuentran con dificultades reales para ejercer los derechos que las leyes les reconocen y para poder actuar con plena autonomía y capacidad de obrar. Estas circunstancias crean la necesidad de velar por el reconocimiento de las libertades de las personas mayores considerados como eso mismo, personas.

Esta garantía de los derechos se he hace desde el punto de vista jurídico tanto desde aproximaciones generales (tratados internacionales, constituciones o declaraciones de derechos), como desde sectores concretos del Derecho.

El tratamiento que da el derecho varía según se trate de regular la situación de una persona concreta que ha llegado a determinada edad, o se trate de legislar sobre la situación del colectivo de las personas mayores. Así, desde una perspectiva individual la persona mayor se ve afectada por el derecho civil, en la medida que se relacione con otras personas o con su propia familia; o el derecho penal, que establece algún trato especial motivado por la edad. Desde un punto de vista colectivo, si se tiene en cuenta no a la persona mayor sino a la tercera edad, de forma que existen leyes sobre el acceso a la salud, la salida del mercado de trabajo o sobre servicios sociales.

# El Derecho relativo a las personas mayores

## Necesidades sociales y derechos sociales

La definición de Derecho desde una perspectiva social implica partir de la existencia de necesidades de todo tipo que afectan a las personas. La existencia de estas necesidades y la imposibilidad de cubrirlas genera una serie de relaciones de poder y obligación que se concretan en el Derecho de esa sociedad. **El derecho así entendido es el conjunto de normas o leyes que facilitan la vida en común y las relaciones sociales**

El proceso, pues, es el siguiente:

1. Toda acción social responde a una necesidad (educativa, sanitaria, de disfrute del ocio, de subsistencia..).
2. La necesidad genera presión de la comunidad sobre los poderes públicos directa o indirectamente.
3. Esta presión modela la política social (especialmente en sociedades democráticas).
4. La política, para que pueda producir efectos, se plasma en leyes.

*El derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y con el propósito de realizar determinados valores en ésta. Pertenece por tanto, el Derecho a la región de las normas elaboradas por los hombres para satisfacer necesidades sociales sentidas por éstos, mediante el cumplimiento de ciertos fines.<sup>3</sup>*

No todas las necesidades comportan el nacimiento de derecho, sino solamente aquellas que el ordenamiento jurídico reconoce y ordena, determinado su forma de satisfacción. La forma de satisfacción puede ser impuesta a personas privadas (como la obligación de los padres de mantener a los hijos) o garantizada como una responsabilidad pública (caso de la salud en algunos países).

La relación existente en un testado entre las tres ideas descritas: *Necesidad-Política Social-Legislación* perfilan la naturaleza de ese estado. Así pueden aparecer diferentes modelos entre los que estado. A continuación se relacionan las características que hacen que un Estado pueda ser denominado como **Social y Democrático de Derecho**.

---

<sup>3</sup> RECASENS SICHES, Luis: *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A. México 1970

- Forma democrática.
  - Radicación popular del poder.
  - Concepción pluralista de la sociedad.
  - Visión participativa del proceso político.
- División de poderes.
  - Legislativo.
  - Ejecutivo.
  - Judicial.
- Poder sometido a las leyes.
- Reconocimiento de derechos individuales.
  - Vida, integridad física, honor, libertad, inviolabilidad del domicilio..
- Reconocimiento de derechos sociales.
  - Sanidad, educación, pensiones, servicios sociales..
- Garantía del disfrute de derechos.

Un estado social y democrático de derecho no se limita a **reconocer** la existencia de unos derechos, lo cual tendría un carácter pasivo. La característica fundamental es que tiene que **garantizar** (tendrá que implicarse activamente) hasta el punto de prestar servicios que se consideren sociales y de establecer unas leyes especiales que tengan por objetivo plasmar esta garantía.

Esta estructura es común a todos los estados sociales y democráticos de derecho. Para estudiar derechos específicos y su reconocimiento, hay que centrarse necesariamente en un sistema jurídico concreto. En este caso se tomará como ejemplo el español.

En la Constitución Española de 1978 aparece, junto al **principio de legalidad** (art.9 los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la ley y al derecho), el **principio de responsabilidad e iniciativa pública** para el logro de los objetivos del Estado social. Aparece, pues la idea del estado obligado a garantizar unos derechos y a hacerlo de una forma no arbitraria sino siempre sometida a la ley.

El **principio de igualdad ante la ley** es una pieza clave en el disfrute y garantía del derecho en un sistema prestacional como el de servicios sociales. No puede olvidarse que la situación es siempre de necesidades ilimitadas y recursos limitados. Siempre habrá alguien que no pueda recibir todo lo que necesita, por eso se precisa de un principio de igualdad que permita dar un trato igual a personas situadas en igual situación y poder aplicar discriminaciones positivas en favor de aquellas personas o colectivos más necesitados.

En cualquier otra constitución que responda al modelo señalado aparecerán estos principios.

## Los convenios y Tratados internacionales

Existe un gran número de Tratados Internacionales que tratan de temas relacionados con los servicios sociales y, en menor medida con las personas mayores.

## Las Naciones Unidas

El texto que considerado como paradigmático en materia de derechos del hombre es la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (en adelante DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 10 de Diciembre de 1948. Esta Declaración se ha llegado a plantear como una verdadera plasmación del derecho natural (un derecho preexistente que las leyes humanas no pueden contradecir), hasta el punto que, algunas Constituciones, como la Española de 1978 se refieren a ella directamente como herramienta de interpretación de los derechos reconocidos a los ciudadanos.

La DUDH afecta a las personas mayores como a cualquier otra persona pero no de una forma especial por el hecho de serlo, ya que, como pasa en la mayoría de grandes textos universales no existe una referencia expresa al grupo social de las personas de edad.

Como antecedente de la DUDH, la Carta Fundacional de la ONU cita y enumera los derechos humanos en su texto pero, cuando trata de eliminar discriminaciones o desigualdades menciona sólo las que se derivan de la raza, sexo, idioma o religión (nada referente a la edad). La DUDH añade las que se derivan de la opinión política, origen nacional o social, posición económica y nacimiento. Con el tiempo se han elaborado declaraciones de derechos de colectivos específicos como la infancia (1989) pero todavía no se ha reconocido de forma expresa, a ese nivel, la peculiaridad de la tercera edad como colectivo necesitado de una protección especial. Así las cosas, la reflexión sobre derechos que a continuación se presenta podría referirse a cualquier persona o grupo, aunque se planteará desde la perspectiva de los mayores. Cabe esperar que pronto esta descripción quede obsoleta ya que, si en 1992 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento, el mes de marzo de 1995 la Conferencia de Copenhague afrontó este tema y se fijó el año 1999 como año internacional de las personas de edad. Para las Naciones Unidas, los objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001 son los siguientes<sup>4</sup>:

1. Ayudar a los países a determinar los objetivos nacionales sobre el envejecimiento.
2. Generar apoyo para integrar el envejecimiento en los planes y programas nacionales e internacionales de desarrollo.
3. Generar el apoyo para los programas comunitarios de atención y

---

<sup>4</sup> GONZALES, Inés, “La Longevidad, uno de los grandes logros del siglo XX”, en **Revista Sesenta y Más**, (Ministerio Español del Trabajo y Asuntos Sociales) núm. 144. Madrid, Abril 1997

- participación de las personas mayores.
4. Mejorar las investigaciones en varios países sobre el envejecimiento, incluida la armonización de terminología y metodología.
  5. Incluir un tema sobre el envejecimiento en las reuniones y acontecimientos internacionales de importancia.
  6. Establecer una red mundial de voluntarios de edad para el desarrollo económico y social.
  7. Facilitar una cooperación más estrecha entre las organizaciones no gubernamentales sobre el envejecimiento.
  8. Facilitar la cooperación más estrecha entre las organizaciones intergubernamentales sobre el envejecimiento.

La DUDH considera los servicios de bienestar y los "sociales" en particular como una **imperiosa necesidad**, como un **derecho individual y grupal**, y como un **deber estatal** sin olvidar su componente de deber individual. En el artículo 25 de la declaración se dice que *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida que asegure su salud, su bienestar y el de su familia, especialmente en cuanto a alimentación, vestido, atención médica y a los necesarios servicios sociales; toda persona tiene derecho a la seguridad en caso de paro, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez o en otros casos de pérdida de medios de subsistencia a causa de circunstancias ajenas a su voluntad"*. En el artículo 22 se dice que toda persona tiene la facultad de obtener la satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad por el esfuerzo nacional (...). En el artículo 29 se recuerda que el individuo tiene deberes para la comunidad en la cual solamente le es posible el libre y pleno desarrollo de su personalidad.

De todo ello resulta que:

- La atención a las necesidades humanas es obligación de la comunidad (organizada en Estado).
- La obligación del Estado es derecho para el individuo.
- Los servicios sociales son un plus prestacional sobre las prestaciones económicas clásicas de la Seguridad Social de desempleo, jubilación, invalidez o orfandad, un plus indispensable para la plenitud humana.

Breve referencia a normas de derecho internacional que afectan a la tercera edad<sup>5</sup>

Institución	Norma	Derecho
Naciones Unidas O.N.U.	Declaración Universal de Derechos Humanos Art. 22 y 25	- Derecho de toda persona a la Seguridad social. - Derechos económicos y sociales indispensables. - Derecho a un nivel de vida que asegure la

<sup>5</sup> MORAGAS MORAGAS, Ricardo: Gerontología Social. Editorial Herder, Barcelona 1991 pág 206.

Institución	Norma	Derecho
		salud y bienestar de las personas y familias. - Derecho a la seguridad en caso de paro forzoso, enfermedad, invalidez, viudedad, <b>vejez</b> .
Organización Internacional del Trabajo O.I.T	Recomendaciones y Convenios	- No discriminación de los trabajadores por la edad. - Voluntariedad y flexibilidad de la jubilación. - Programas de preparación para la jubilación.
Consejo de Europa	Carta Social Europea Art. 11 a 14.	-Derecho a la Seguridad Social. - Derecho a la asistencia social y médica. - Derecho a los beneficios de los servicios sociales.
Unión Europea	Tratado Constitutivo Art. 8 y51.  Recomendaciones del Consejo  Resoluciones del Parlamento	- Derecho a Jubilarse en otro estado miembro. - Derecho a la Seguridad Social entre estados con acumulación de periodos.  - Derecho a escoger el momento de la jubilación. A la jubilación flexible y progresiva. Pensión compatible con el trabajo. Fomento de la preparación para la jubilación.  - Fomento investigaciones sobre asistencia en el hogar, política fiscal, formación, formación de técnicos gerontólogos, revisión instituciones, trabajo voluntario, libreta sanitaria europea. 1993

Institución	Norma	Derecho
		Año Europeo de los mayores y de la solidaridad entre generaciones.

Otras organizaciones internacionales constituidas al amparo de las Naciones Unidas, como la **Organización Internacional del Trabajo** o la **Organización Mundial de la Salud**, también han ido creando normas internacionales, aplicables a los estados que las ratifican. Destaca dentro de la Organización Internacional del Trabajo el convenio 102, actualizado posteriormente, sobre prestaciones económicas de vejez, invalidez y supervivencia.

### El Consejo de Europa.

Otra instancia supranacional, en esta ocasión de ámbito europeo es El Consejo de Europa, que elaboró en 1961 la **Carta Social Europea** (ratificada por España mediante instrumento de 29 de abril de 1980) y el **Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica**.

De la Carta Social Europea interesa especialmente destacar que establece verdaderas obligaciones a los estados ratificantes y que esas obligaciones suponen verdaderos derechos a los ciudadanos. Estas obligaciones se mueven en tres ejes:

a) **DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, las partes contratantes se comprometen:

1. *A establecer o mantener un régimen de Seguridad social.*
2. *A mantener el régimen de Seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente por lo menos al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social.*
3. *A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.*
4. *A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir (la igualdad de trato (...))reciprocidad respecto de los nacionales de las otras partes contratantes).*

b) **DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL Y MÉDICA**. Para garantizar el derecho efectivo a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:

1. *A velar porque toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de*

*otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada, y en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.*

*2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.*

*3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.*

*4. Aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.*

**c) DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LOS SERVICIOS SOCIALES.** Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes contratantes se comprometen:

*1. A fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social.*

*2. A estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios.*

## **Unión Europea**

La Unión Europea actual tiene su origen en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1947 y, si en un principio perseguía la creación de un Mercado Común fundamentado en la libre circulación de trabajadores, mercancías, capitales y medios de producción, poco a poco se ha ido convirtiendo en algo más. Mientras se escriben estas líneas el futuro de la Unión Europea es incierto y pendula entre dos posibilidades: Un salto adelante hacia la existencia de una moneda única, una política de cooperación judicial y el reconocimiento de una “ciudadanía europea”; o la paralización del proyecto y la limitación de sus funciones a servir de mercado único.

Esta duda, que deberá quedar despejada antes del verano de 1998 repercutirá decisivamente en el futuro de las personas mayores de los diecisiete países de la Unión. El Tratado de Constitución (enmendado en varias ocasiones) en su artículo 51 prevé la adopción de un sistema de Seguridad Social que permita la acumulación de todos los periodos tomados en consideración por las diferentes legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales. Esta previsión ha sido posteriormente desarrollada.

Hoy día el artículo 8 del Tratado prevé también que exista una libertad de circulación de pensionistas.

Además la "**Carta Europea de los derechos fundamentales de los trabajadores**" ha aportado un elemento nuevo al prever de forma expresa ... *las personas excluidas del mercado de trabajo...* refiriéndose tanto a marginados sociales como a minusválidos o ancianos que han de ser sujetos de prestaciones específicas dentro de la órbita no contributiva, llámesele de asistencia social, de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, o de Servicios Sociales.

## La Constitución Española

(La mención concreta de la Constitución a los servicios sociales y su regulación se realiza en el siguiente capítulo).

El artículo 1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), define a España como un *estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*. A partir de ese artículo existe una referencia constante a los derechos de los ciudadanos desde su perspectiva individual y colectiva.

Tal como se había expuesto con anterioridad la CE se refiere de forma expresa a la DUDH y lo hace de la siguiente forma en el artículo 10.2 *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materia ratificados por España.*" El Tribunal Constitucional, interpretó en 1981 este artículo de una forma que puede resultar muy esclarecedora *"Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen en la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que , asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"*.<sup>6</sup>

De la DUDH, en relación con la CE se ha de destacar cómo aquélla considera los servicios de bienestar, y los "sociales" en particular, como **una imperiosa necesidad**, como un **derecho individual y grupal**, y como un **deber estatal** sin olvidar que también comportan una componente de deber individual.

En la Constitución se encuentran unos derechos que disfrutaban todos los ciudadanos y una pequeña referencia específica a las personas mayores. Los primeros serían los relacionados con las libertades públicas y con el principio de igualdad; después se enuncian los derechos de contenido más socio-económico pero sin ninguna clase de separación formal ni de diferenciación categorial. Solamente en una ocasión aparece en la CE una mención expresa

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España de 15 de Junio de 1981.

a la tercera edad.

A continuación se plasma un cuadro en el que aparece el reconocimiento Constitucional de diferentes derechos subjetivos y su relevancia para las personas mayores. A continuación se transcribe el contenido del artículo 50, única mención expresa a que nos referíamos.

Artículo	Derecho	Relevancia
15	Derecho a la integridad física y moral.	<b>Casos de insuficiencia de medios para la subsistencia, o casos de discriminación por condición personal</b>
14	Igualdad ante la ley	<b>Acceso a la prestación de servicios públicos</b>
118.2	Inviolabilidad del domicilio.	<b>Respeto a los ancianos que vivan en centros residenciales</b>
22 29	Derecho de asociación. Derecho de petición.	<b>Afecta al movimiento asociacionista de personas mayores.</b>
34 38	Derecho de fundación. Libertad de Empresa.	<b>Gran importancia en la prestación benéfica de servicios sociales.</b>
35	Derecho al trabajo	<b>Puede tener mucha importancia en el futuro próximo en relación a la jubilación forzosa.</b>

50	Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la <b>tercera edad</b> . Así mismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda cultura y ocio.	
----	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

La Constitución, así, cuando menciona a la tercera edad lo hace de una forma secundaria y dándole un trato meramente asistencial y pasivo. Está describiendo un colectivo sin asignarle un papel social relevante. La Constitución abunda en la idea según la cual la entrada en la vejez coincide con la jubilación laboral y el consiguiente cobro de pensiones lo que a los ojos de algunos puede hacer aparecer al mayor *como “indeseable por tres razones: sea por las cargas y molestias que ocasiona, sea por las prestaciones sociales que consume, sea por que ostente la titularidad de bienes y derechos de los cuales priva a la población activa”*<sup>7</sup>. ¿No es este un colectivo que merezca una

<sup>7</sup> ALFRED SAVUY. Costo y Valor de la Vida Humana. Edic Eudeba. Buenos Aires.

protección específica?

## LA OBLIGACION DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

En el tercer capítulo se trata de varios aspectos referidos al derecho Civil que afectan a las personas mayores. En este punto se destaca, por su importancia actual una institución de derecho Civil que está adquiriendo mucha relevancia últimamente por las posibilidades que abre.

Las relaciones entre los miembros de una familia están fundamentadas en vínculos afectivos y de sentimiento de grupo pero también en relaciones de tipo económico. Los padres mantienen económicamente a los hijos menores de edad e, incluso, en algunos casos pasada la mayoría de edad. No es extraño que alguien en una situación difícil reciba ayuda económica de un hermano o que, llegado el momento sean los hijos los que paguen parte del precio de una residencia donde vive y recibe atenciones el padre o abuelo. Esto se considera normal en las sociedades occidentales, lo que no suele ser tan conocido es que existen leyes, en todos los países de tradición continental (inspirados en el derecho romano, que son todos los latino-americanos, España, Francia, Italia o Alemania) que establecen que esta relación de ayuda mutua es una obligación legal que puede ser reclamada en los tribunales.

Se consideran alimentos, desde un punto de vista jurídico, a aquello que sea *indispensable para el sustento, habitación, vestido educación y asistencia médica*. Esta obligación se considera como recíproca y exigible cuando una de las partes se encuentra en situación de necesidad. La obligación de alimentos depende del grado de necesidad de quien la exige y del nivel de riqueza de quien es reclamado.

Una cosa es que, por afecto, un padre ayude a su hijo necesitado, y otra cosa es que el hijo acuda a los tribunales exigiendo al padre una pensión aduciendo que se encuentra en situación de necesidad, en este segundo caso existirá una reclamación de alimentos, reclamación **personalísima** que solamente podrá efectuar quien efectivamente sufra la necesidad.

La obligación de alimentos se presta mediante el pago de una pensión o acogiendo al necesitado en casa del obligado (cuando esto sea posible y exista voluntad de ambos). La cantidad dependerá del grado de necesidad del que pide los alimentos y del grado de disponibilidad de quien los presta de forma que nunca podrá el obligado ponerse en una situación precaria por tener que ayudar a un familiar.

La regulación de cada país establecerá un procedimiento concreto para reclamar los alimentos, un orden de prioridad en que el necesitado tendrá que ir reclamando y unas consecuencias de la falta de pago (embargo, establecimiento de medidas cautelares..).

En España la regulación se encuentra en los artículos 142 a 153 del Código

Civil, salvo en el caso de Cataluña que tiene regulación propia.

Resulta indicativo de la importancia que una figura como ésta puede tener en el mundo del derecho que, en 1956 se firmase un Convenio Internacional en Nueva York sobre la obtención de alimentos cuando el obligado o en necesitado se encuentran en diferentes países.

De nuevo no interesa aquí entrar en el detalle de la regulación. Lo que resulta relevante desde un punto de vista gerontológico es destacar dos puntos de reflexión:

- La vinculación del derecho de alimentos con el de herencia.
- La posibilidad de utilizar este sistema para obligar a que los hijos colaboren con el mantenimiento de sus padres ingresados en residencias.

Sobre el primer punto, debido a la continua dilatación de la expectativa de vida y a la situación de falta de autonomía y deterioro que suele acompañar la última etapa de la existencia, cada vez resulta más común que las personas se vean obligadas a gastar sus ahorros y patrimonio en la cobertura de esas últimas necesidades. Esto ha llevado a algunos autores a considerar que se puede hablar de la **próxima desaparición de la noción de herencia** de la persona mayor internada durante un tiempo prolongado en un centro de atención<sup>8</sup>. La herencia, en un sistema cultural latino-mediterráneo supone la transmisión a los hijos del fruto del esfuerzo de una vida y forma parte de esas relaciones económicas que acompañan a las afectivas en el seno de la familia. Por eso no resulta extraño que en algunas regiones el hijo mayor, al que tradicionalmente corresponde la parte principal de la herencia, sea el encargado de mantener a los padres durante la vejez. Si desaparece, como defienden algunos autores, la herencia, y esta desaparición viene acompañada de reclamaciones judiciales contra los hijos para que colaboren en el mantenimiento de sus padres, surgirán necesariamente problemas jurídico-familiares que hoy no son ni imaginables.

La otra cuestión se asienta sobre el carácter personalísimo del derecho a recibir alimentos de los parientes. Esta característica implica que sólo el necesitado puede ejercer el derecho. En caso de ancianos ingresados en residencias o que reciben un servicio social a domicilio y que, llegado un momento, no pueden pagar, supondría que estos ancianos deberían llevar a los tribunales a sus hijos para que se hicieran cargo de parte del precio de su mantenimiento. A nadie puede sorprender que, estudios realizados sobre esta cuestión<sup>9</sup> demuestren que las personas necesitadas de ayuda, renunciarán a la misma si saben que ésta implicará una reclamación de pago a sus hijos; el motivo, el miedo al conflicto dentro de la familia.

En los estados que disponen de un sistema público de prestación de servicios

---

<sup>8</sup> GARÉ Thierry: Les grands-parents dans le droit de famille. Editions du Centre National de la Recherche scientifique. Paris 1989. Pág 229

<sup>9</sup> CARBONIER J, Droit Civil, La Famille. 13ª Ed. París 1989. Pág. 501.

sociales, la búsqueda de medios económicos para mantener los sistemas están llevando a un cambio en la figura del derecho de alimentos. Se intenta implicar a los hijos en el pago de parte del coste del servicio público que reciben sus padres y, una forma de hacerlo es permitiendo que la Administración pueda reclamar directamente (en lugar del anciano) cantidades económicas a los descendientes. El sistema funciona en Francia y, recientemente ha sido introducido en la legislación de Cataluña.

El futuro que puedan tener estas medidas depende de muchos factores, pero sin duda hacen necesaria una profunda reflexión desde un punto de vista gerontológico.

## EL MAYOR Y EL DERECHO PENAL

El mayor reproche que puede recibir una persona por haber cometido un delito es la privación de libertad (no se consideran los estados que prevén penas extremas como la de mutilación, tortura o muerte). En la mayor parte de países, al menos de manera formal, se prevé que el sistema penitenciario sirva para la rehabilitación y la resocialización del delincuente. Estas funciones son las que hacen que en las legislaciones penitenciarias se suela hablar de tratamiento de los internos para la obtención de esos fines (por ejemplo la Ley General Penitenciaria Española). También esa concepción justifica la clasificación de los internos por grados, habiendo algunos que incluso pueden pasar tiempo fuera de la institución penitenciaria, e incluso llegan a obtener la libertad condicional pasada una parte de la condena. La misma filosofía es la que establece que los internos trabajen conforme a sus capacidades físicas.

Y es dentro de este sistema penitenciario donde sí suelen aparecer particularidades en el caso de reclusos ancianos. Tomando como ejemplo el sistema español se observan las siguientes peculiaridades:

- Una previsión en el Reglamento General Penitenciario según la cual los reclusos que hubiesen cumplido los **70 años**, aunque no hubieren cumplido las tres cuartas partes de la condena podrán ser propuestos para la obtención de la **libertad provisional**. Para ello se requiere haber mantenido una **buena conducta** en el centro y tener perspectivas de hacer una **vida honrada en sociedad**.
- La obligación de trabajar, en la medida de sus aptitudes que impone el Reglamento se exceptúa para los mayores de **65 años** y para los perceptores de una **pensión de jubilación**.

De forma general puede decirse que el Código Penal español no prevé que un delito cometido contra una persona de edad sea de por sí más reprochable que el mismo cometido contra un joven. Así, cuando se describen cuáles son las circunstancias **agravantes** (que hacen que un delito se considere más grave) se considera que tiene esa característica el *cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la*

*ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.* Otra circunstancia agravante es la de obrar con abuso de confianza. Dentro de este agravante sí entrarían los delitos que quizá dentro de esta pudiesen considerarse incluidos algunos delitos de estafas a personas mayores que periódicamente se cometen aprovechando su buena fe.

Existe otra circunstancia que puede tener la doble naturaleza de agravante y **atenuante** que es la que el Código llama circunstancia mixta de parentesco. En palabras del Código Penal, *es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, **ascendiente, descendiente** o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor.*

La única referencia expresa a personas mayores que se encuentra en el Código Penal se encuentra en el artículo 619 cuando establece *que Serán castigados en la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.* Una figura similar se contenía en el antiguo artículo 584.3 del anterior Código.

Una situación que puede plantear problemas y que, de hecho los plantea en diferentes partes del mundo es el tratamiento que, desde el derecho penal, debe darse a la eutanasia y a la potestad de autodeterminación (testamento biológico, tema que será tratado con mayor profundidad en la unidad de derecho a la salud). En España, en nuevo Código Penal ha rebajado la pena a quien causare o cooperare activamente con actos necesarios o directos a la muerte de otra persona, **por petición expresa, seria e inequívoca de ésta**, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que le hubiera conducido necesariamente a la muerte o que produzca graves sufrimientos, permanentes y difíciles de soportar. No es que en este caso la actitud quede impune, lo que se produce es una rebaja de la pena que correspondería por una inducción al suicidio. Queda claro, pues, que con la promulgación del nuevo Código Penal ha habido una aminoración del castigo en caso de eutanasia.

## **LA RESPONSABILIDAD DE LOS QUE CUIDAN PERSONAS MAYORES**

En dos puntos de esta unidad se ha hecho referencia al cuidador de ancianos. En la reflexión propuesta y al tratar de la existencia de una falta específica, prevista en el Código Penal español, para quienes dejen de prestar auxilio a una persona mayor dependiente.

Una persona que se dedique al cuidado de ancianos, especialmente si lo hace en un establecimiento especializado (una residencia) puede incurrir en su actividad en tres tipos de responsabilidad

TIPOS DE RESPONSABILIDAD		
Responsabilidad Civil	Consiste en la obligación de reparar los daños producidos por una acción u omisión culpable o negligente.	Indemnización
Responsabilidad Penal	Imposición de una pena por haber cometido un delito o falta.	Pena (prisión, multa, otras..)
Responsabilidad Administrativa	Imposición de una sanción por haber infringido una norma administrativa.	Sanción (normalmente multa, cierre..)

**La responsabilidad civil** la tiene toda persona (incluso una sociedad anónima o una fundación) y le obliga a responder por los daños causado a otras personas. No se trata de una sanción sino de una reparación. Como en una actividad empresarial existen muchos riesgos de causar involuntariamente daños, las empresas contratan seguros de responsabilidad civil.

**La responsabilidad penal** sólo la tienen las personas físicas y conlleva la imposición de una pena, un castigo, por haber atentado contra un bien jurídico protegido.

**La responsabilidad administrativa**, es una especie de responsabilidad penal atenuada. Algunos sectores de actividad están sometidos a unas regulaciones dictadas por la administración (circulación de vehículos, transporte, horarios comerciales, servicios sociales..). En estos casos, la propia administración puede sancionar a los infractores (personas físicas y jurídicas), pero, para hacerlo, deberá respetar los mismos principios y derechos que se reconoce al ciudadano en el procedimiento penal.

Un supuesto especial es el de los médicos. Sobre esta profesión, en muchos países se ha producido la proliferación de demandas por mala práctica. Aunque normalmente el reclamante busca una indemnización por responsabilidad civil (que normalmente pagará la empresa aseguradora), en algunas ocasiones los reclamantes acuden a la vía penal, denuncian al médico por un delito, para así poder presionarlo y llegar a un acuerdo extra-judicial.

En cualquier caso, para que un tribunal pueda llegar a condenar a una persona que tiene a su cuidado personas mayores, el reclamante deberá probar tres puntos:

- Que se ha producido un daño “injusto”.
- Que el cuidador cometió un acto u omisión culpable (con intención) o negligente (sin la suficiente cautela).
- Que existe una relación directa entre el acto/omisión y el daño.

Si no se prueban estos tres puntos no existirá responsabilidad.



## **EL DERECHO A LA SALUD Y LAS PERSONAS MAYORES**

La Organización Mundial de la Salud ha trabajado en el ámbito de la asistencia sanitaria de las personas mayores. Así en la 40ª Asamblea Mundial de la Salud, solicitó al Director General el establecimiento de un programa internacional de investigaciones y desarrollo sobre el envejecimiento. En 1982 se celebró en Berna (Suiza) una reunión sobre las tendencias demográficas y sus repercusiones sanitarias y sociales. En las conclusiones se preveía el alto coste que tendría la atención a la salud de este creciente colectivo y se recomendaba fomentar la asistencia domiciliaria de los mayores. Actualmente en los diferentes continentes se trabaja desde la OMS con la vista puesta en la meta del año 2000.

En ámbitos internacionales concretos, como el caso de Europa, el Consejo de Europa ha elaborado varios convenios sobre la asistencia sanitaria a la tercera edad, entre los que destaca el Convenio Sobre Seguridad Social de 1972 que prevé un trato igual a los nacionales y extranjeros en la normativa de Seguridad Social de los estados firmantes.

## **LA DECISION SOBRE TRATAMIENTOS MEDICOS**

A medida que avanza el desarrollo de la medicina, surge la preocupación sobre la posibilidad de prolongar la vida humana de una forma artificial “poco humana”. Esta preocupación se plasma en la aparición de organizaciones que preconizan el derecho a decidir individualmente sobre la propia vida y muerte. Estos grupos suelen ser partidarios de la eutanasia activa y de la despenalización del delito de auxilio al suicidio. Otros sectores más moderados centran sus esfuerzos en reforzar el papel de la voluntad individual en la toma de decisiones médicas o terapéuticas para evitar que las personas sean sometidas, contra su voluntad, a tratamientos que consideren inútiles, crueles y degradantes.

Como el objeto de este máster es el estudio de la gerontología, se describirá la situación jurídica de dos figuras que empiezan a tomar relevancia aplicadas a personas de edad. El **testamento biológico** y a las **decisiones tomadas por terceros**.

### **El testamento biológico**

**Se entiende por testamento biológico una declaración de voluntad en la que una persona manifiesta su rechazo a recibir determinados tratamientos médicos previendo que no podrá tomar la decisión personalmente cuando éstos sean necesarios, porque entonces estará inconsciente o mentalmente impedido.**

La primera regulación existente sobre esta figura apareció en los Estados

20

Autor: Josep de Martí

Cortesía de la **GERIATECA** de [inforesidencias.com](http://inforesidencias.com)

Unidos de América en 1976 (*California Health and Safety Code*), extendiéndose posteriormente a varios estados.

Esta extensión puede tener la siguiente explicación: en Estados Unidos de América muchas personas reclaman judicialmente responsabilidad a los médicos por mala práctica y, en numerosas ocasiones obtienen grandes cantidades de dinero como indemnización. Ante esta situación los médicos optan por practicar lo que se conoce como “medicina defensiva”, en la que se prima el uso de tratamientos poco arriesgados y la continua demanda al paciente de autorizaciones y exoneraciones escritas. Esta medicina defensiva, desde el punto de vista que ahora nos interesa, hace que ningún médico quiera tomar la decisión de acortar una vida, por precaria que ésta sea. Más bien tenderán, para evitar una futura demanda, a utilizar todos los medios técnicos a su alcance para mantener la vida. En este contexto se entiende que triunfe la aparición del testamento biológico como una especie de seguro anti-reclamación que permite al médico no utilizar mecanismos extraordinarios para alargar la vida.

En otros países esta regulación no se considera tan necesaria porque se considera que la interrupción de un tratamiento inútil no comporta negligencia sino buena praxis médica. Así, si un tratamiento sólo tienen expectativas razonables de alargar la vida sin aportar calidad de vida o esperanza de mejora; el hecho de no iniciarlo o interrumpirlo no puede nunca ser causa de demanda judicial contra el facultativo. En Canadá, cuando se planteó en 1982 la necesidad de adoptar una reforma al estilo estadounidense hubo gran polémica pero se acabó adoptando la postura descrita<sup>10</sup>.

Se esté a favor o en contra de esta figura desde perspectivas éticas, desde un punto de vista jurídico aparecen algunos problemas:

- ¿Hay que hacer caso siempre de la voluntad expresada en un testamento biológico? ¿Caduca el testamento biológico con el paso del tiempo?
- ¿Qué grado de detalle debe contener un testamento biológico? ¿Bastaría que dijese “no deseo que mi vida se mantenga por medios artificiales” para que la persona no fuese conectada a un respirador ni siquiera durante unas horas?

Estas cuestiones pueden tener solución si se combina la figura descrita con la de la intervención del tercero en la decisión.

### **Decisiones tomadas por terceros**

Este es quizá el aspecto que más interesa en el caso de personas mayores ya que, éstas, en pocas ocasiones habrán otorgado un testamento biológico pero en muchas pueden encontrarse faltos de raciocinio en el momento de tener que tomar una decisión sobre un tratamiento médico.

---

<sup>10</sup> COMMISSION DE REFORME DE DROIT DU CANADA, Protection de la vie, euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement. Document du travail 28.

La solución que se ha dado en la legislación de algunos países es la siguiente:

**Alemania:** Se entiende que todos los tratamientos deben iniciarse y mantenerse de forma voluntaria. Para que esa voluntariedad se de se precisan dos requisitos:

- Información adecuada.
- Capacidad para entender la información

En Alemania es el médico el que debe informar al paciente y determinar si tiene o no capacidad para entender la información que está recibiendo. Si considera que no tiene esta capacidad debe informar al Betreuer (figura que se ha descrito en la unidad de derecho civil, una especie de cuidador personal que no administra bienes), el cual ,a su vez deberá pedir autorización judicial si se considera necesario. En casos de urgencia el médico puede decidir aplicar el tratamiento.

**Estados Unidos de América:** En 1993 se aprobó una Ley Uniforme (Uniform Health Care Decision Act) para intentar unificar la regulación existente en diferentes estados. El principio básico de la ley es que las personas tienen derecho a decidir todos los aspectos referidos a su salud, incluso a rehusar tratamientos médicos e interrumpir los ya iniciados. A estos efectos cualquier mayor de edad puede nombrar un representante encargado de decidir sobre las intervenciones médicas en caso que exista una situación que impida a uno mismo tomar la decisión. La misma persona que nombra al representante puede nombrar a un médico concreto para que determine si se da la situación de impedimento. La ley uniforme ofrece un formulario detallado para nombrar representante en el que se detalla qué actitud se tiene sobre el mantenimiento artificial de la vida, la alimentación e hidratación artificial o los medios para reducir el dolor.

Si no se ha nombrado representante, se puede comunicar al médico la designación de un representante y, si no se hace esto, se prevé que sean los familiares (se establece un orden) quienes decidan, siguiendo siempre las instrucciones que pudiera haber dejado la persona o sus convicciones manifestadas durante la vida.

Comparando los dos sistemas se ve que en Estados Unidos se quita casi por completo la primacía al médico; sí se le reserva la posibilidad de no obedecer al paciente por motivos de conciencia pero nunca podrá imponer su criterio.

**España.** El artículo 10 de la Ley 14/1986 (mencionada con anterioridad) parte del principio de libre elección entre las opciones que presente el médico. Elección que se plasma en un consentimiento escrito a cualquier intervención y con el derecho a interrumpir el tratamiento mediante el “alta voluntaria”. Cuando un individuo no puede manifestar su voluntad se atribuye la elección a sus **“familiares o personas a él allegadas”**.

## EL MAYOR Y EL TRABAJO

La relevancia del trabajo es tan grande en nuestros días que éste ha llegado a influir en todas las dimensiones humanas. Las personas se ven actualmente en este mundo laborizado limitadas por una serie de estereotipos y concepciones asumidas (algunas erróneas) que producen que, llegada una cierta edad la persona sea expulsada del mercado laboral y etiquetada como “jubilada”. Una jubilación que, en algunos casos poco tiene que ver con “júbilo”.

Desde un punto de vista antropológico<sup>11</sup> se puede entender por jubilación el hecho de que, al alcanzar una edad las personas son arbitrariamente apartadas de su colocación laboral, y tienen prohibido realizar trabajos remunerados, lo que no impide que se realice de forma encubierta. En algunos casos se habla de *retiro* dado que el individuo ha sido *retirado* del mundo de la producción.

El motivo por el que se introduce un capítulo como éste en un Máster de Gerontología Social descansa en que, a menudo, a falta de un sistema claro que determine cuándo una persona es anciana, se opta por vincular la jubilación laboral con el inicio de la vejez, y ésta, a su vez con el cese de la vida *productiva* y el inicio de una vida *pasiva*, en la que en vez de generar riqueza se consume.

Merece atención, a estos efectos y, a modo de ejemplo ver cómo se proclama el Derecho al Trabajo en la Constitución Española de 1978 (art. 35) *Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.* Destacan, pues, como características de este derecho las siguientes:

- El deber de trabajar que comporta un **principio fundamental de la política social**: La satisfacción de las necesidades personales compete en primer lugar a uno mismo. Esto se presenta como un principio indiscutido que afecta a todo el desarrollo de los sistemas prestacionales, que se fijan así como subsidiarios de la propia «procura existencial».
- El derecho a poder trabajar, que no sería sino la **garantía contra la discriminación en el acceso al trabajo.**
- El **derecho de opción entre los trabajos posibles**, lo cual es más una libertad personal que un derecho frente a otro.
- **Garantía de suficiencia en la remuneración.** Garantía que se aparece como absurda por tratarse de una obligación del empleador que habría de tutelar el poder público; pero el empleador no tiene obligación de dar trabajo, no tiene obligación de retribuirlo en función del beneficio, no tiene marcado qué es lo suficiente, y puede extinguir la relación laboral cuando

---

<sup>11</sup> FERICGLA, Josep M. Envejecer, una antropología de la ancianidad. Ed. Anthropos. Barcelona 1992  
pg 119.

no genera beneficio.

Si se lee sólo el artículo 50 de la Constitución Española, que establece la jubilación como un derecho y el 40 que hace tender la actividad del gobierno a la consecución del pleno empleo, resulta difícil entender como se ha ido llegando a la situación actual, generalizada en muchos países, en el que una día en el calendario se convierte en una especie de fecha de caducidad de la vida productiva. Incide también en esta dificultad la recomendación 162 de la Organización Internacional del Trabajo propugna que la jubilación debe ser voluntaria; o el ver como una de las primeras reivindicaciones de los trabajadores del siglo XIX, aquellos trabajadores con los que se inició la obtención de derechos sociales, fue la limitación del trabajo de los niños y **la posibilidad de poder tener una pensión cuando llegase un momento en el que no se pudiese seguir trabajando.**

El motivo por el que se produce esta oscilación entre el **derecho a jubilarse** y la **obligación de jubilarse** correspondería a la sociología, pero desde un punto de vista jurídico, en la mayoría de legislaciones aparece primero una edad por debajo de la cual la persona no puede cobrar pensión de jubilación. Con el tiempo esa edad se va asimilando con la “edad de jubilación”, primero para funcionarios y, después para el resto de trabajadores (especialmente cuando aparecen tiempos de crisis y se piensa que hay que dar oportunidad a los más jóvenes). Dentro de este proceso, en países como España, el camino va jalonado de decisiones del Tribunal Constitucional que sirven para establecer que el derecho a jubilarse y el derecho al trabajo no pueden ser reconocidos como absolutos sino que vienen limitados por otros derechos y obligaciones. Resulta interesante leer algunas de estas sentencias en las que quedan perfilados el derecho al trabajo con relación a la jubilación y a la libertad sindical o a la potestad autoorganizativa de la Administración. Por ejemplo, una Sentencia de 1981 declaraba inconstitucional un artículo del Estatuto de los Trabajadores (ley que regula las relaciones laborales) que establecía que la jubilación era obligatoria a los 69 años, pero, al poco tiempo los propios representantes de los trabajadores pactaron con los empresarios en convenios colectivos la jubilación forzosa a los 65.

Como consecuencia de esos cambios, hoy, la edad frontera de jubilación aparece en la mayoría de países como una zona gris. Acuciados por el desempleo y por los continuos cambios tecnológicos, la mayoría de estados van introduciendo posibilidades de jubilaciones anticipadas, incentivadas o no, hasta llegar a un punto en que conviven sistemas flexibles con otros forzosos.

La jubilación, así, ha pasado de ser un hecho uniforme que se alcanza al cumplir una edad, a convertirse en un hecho variado según las condiciones del puesto de trabajo, sector económico y condiciones del sujeto.

La jubilación voluntaria aparece cuando una persona elige el momento en que ésta se produzca. Cada estado podrá incentivar o desincentivar esta posibilidad estableciendo plazos de cotización más o menos largos para la obtención de una pensión que el individuo pueda considerar suficiente.

Independientemente de que se contemple o no la posibilidad de voluntariedad, lo característico es que exista la previsión, para los trabajadores por cuenta ajena, de una fecha a partir de la cual la jubilación será obligatoria. Sólo les quedará la opción a los empresarios individuales que podrán continuar trabajando y cotizando sin ningún tipo de limitación.

Si se compara las características de un sistema de jubilación flexible con uno de jubilación forzosa podría obtenerse el resultado que ofrece Moragas<sup>12</sup>:

<b>FLEXIBLE O VOLUNTARIA</b>	<b>FORZOSA</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• No discrimina por razón de la edad, respeta el derecho al trabajo.</li> <li>• Aprovecha conocimientos de los trabajadores experimentados con beneficios para el individuo y la sociedad.</li> <li>• Reduce los gastos de la seguridad social si se dilata la jubilación</li> <li>• El sujeto decide el momento, aumenta su libertad y autonomía.</li> <li>• Crece la tendencia a jubilarse anticipadamente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todos los individuos son tratados de forma igual, no hay discriminación.</li> <li>• Evita pruebas o demostración de aptitudes de los trabajadores y consecuencias negativas para los no aptos.</li> <li>• Facilita la promoción y empleo para trabajadores jóvenes.</li> <li>• Fomenta la solidaridad intergeneracional.</li> <li>• Permite prever las necesidades financieras.</li> <li>• Hay falta de reconocimiento de autonomía del sujeto al imponérsele el momento.</li> </ul>

A caballo entre un sistema y otro aparecen iniciativas como los contratos de sustitución o relevo por el que un a persona, puede jubilarse parcialmente, pasando a cobrar parte de la pensión, siguiendo trabajando a tiempo parcial. Ese tiempo que la persona no trabaja es cubierto mediante la contratación de una persona a la que el mayor irá introduciendo en el trabajo.

## **PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Ya ha quedado establecido en un punto anterior que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, asumida por la mayor parte de países del mundo, establece en su artículo 22 que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y también tiene la potestad de

<sup>12</sup> MORAGAS MORAGAS, Ricardo: *Gerontología Social*. Editorial Herder, Barcelona 1991 pág 165.

obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad por el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, según la organización y recursos de cada país.

El problema es que el concepto de seguridad social varía de estado en estado dependiendo de su historia y del posicionamiento político-ideológico de sus gobernantes. Todos los sistemas coinciden en principio en una cosa, las personas que trabajan efectúan unas cotizaciones y se benefician en caso de sufrir algunas contingencias (jubilación, accidente, maternidad..) de unas prestaciones. A partir de aquí los sistemas varían según existan más o menos coberturas; más o menos requisitos para la obtención de las prestaciones; se obligue a cotizar también al empresario..

Por lo que respecta a lo que la administración de la seguridad social hace con el dinero que recauda, puede observarse, *grosso modo*, que existen dos sistemas de funcionamiento financiero: el sistema de reparto y el sistema de capitalización.

En el sistema de **Reparto**, la financiación de la seguridad social se organiza año en año, La cuantía global de las cotizaciones que se ingresan en el curso del año se reparte entre los beneficiarios del sistema. El total de ingresos cubre el total de cargas.

El sistema de Capitalización supone reservar las cotizaciones de los asegurados durante un período bastante largo a fin de que acumule un capital que haga frente al pago de las prestaciones futuras. La capitalización individual sería el caso en que las cotizaciones se registraran en una cuenta individual de cada cotizante y capitalización colectiva cuando se organizase calculando una cohorte de asegurados.

El sistema de capitalización se basa, pues, en un sistema de ahorro en que cada individuo en una generación y cada generación por su cuenta deben hacer el esfuerzo de previsión. Por el contrario el sistema de reparto tiene un carácter colectivo, basado en el principio de solidaridad entre generaciones.

Si bien el sistema de reparto es un sistema simple, libre de complicaciones y cálculos complicados, el problema de la gestión y la inversión de los fondos plantea serios problemas:

- Qué hacer cuando se produce una insuficiencia de cotizaciones para cubrir las prestaciones.
- Inseguridad de los cotizantes actuales que ven como sus cotizaciones no les servirán para tener prestaciones en el futuro (ven llegar la bancarrota del sistema).
- Poca relación entre lo que se paga y lo que se obtiene.

El sistema de capitalización es más ventajoso para los asegurados, al beneficiarse de lo que han cotizado más los intereses que genera su

cotización. Permite reunir capitales considerables que pueden ayudar al progreso mediante la inversión. Pero también tiene serios defectos:

- Precisa de muchos años de cotización para poder obtener una prestación suficiente para subsistir.
- Los capitales están sujetos a riesgos tales como la caída de los tipos de interés, aumento de impuestos, mala inversión, inflación..

<b>Reparto</b>	<b>Capitalización</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Financiación año en año.</li> <li>• Los ingresos anuales equivalen a los gastos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sistema de ahorro a largo plazo</li> <li>• Puede haber cómputo individual o por generaciones.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Carácter colectivo.</li> <li>• Prima la idea de solidaridad entre personas y generaciones.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Carácter individualista.</li> <li>• Prima la idea de ahorro y, como máximo de solidaridad intrageneracional.</li> </ul>
<b>Problemas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Insuficientes prestaciones para asumir los pagos.</li> <li>• Inseguridad en los cotizantes actuales.</li> <li>• Falta de relación entre lo que se paga y lo que se cobrará.</li> </ul>	<b>Problemas</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Muchos años para conseguir pensión suficiente.</li> <li>• Inseguridad de los cotizantes</li> </ul>

A partir de estas líneas, cada Constitución establece las líneas básicas de sus sistema de Seguridad Social, el artículo 41 de la Constitución Española de 1978 lo hace de la siguiente forma: *Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*

En la actualidad el sistema utilizado es el de reparto, con una incentivación fiscal del sistema de previsión privada del tipo capitalización. El problema de la falta de ingresos suficientes para pagar las prestaciones del año en curso se suple mediante la aportación de dinero de los presupuestos del Estado proveniente de impuestos. Estas aportaciones de dinero han ido aumentando de año en año debido a la espiral de envejecimiento de la población que hace que aumente el número de personas jubiladas en relación al de personas que cotizan. Tal como se trata en otras materias del programa, este aumento, propio de una parte del mundo pero que todavía no se da en otras, puede llegar a producir tensiones intergeneracionales.

Una vez perfilado qué modelo se sigue en España, se explicará someramente el funcionamiento. El sistema vigente de pensiones públicas para la vejez es un sistema de protección pública que engloba a su vez dos subsistemas, el

contributivo y el no contributivo.

El campo de cobertura del **subsistema contributivo** abarca a los trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia así como a funcionarios públicos. Todos estos sectores se agrupan por razón de sus características específicas en diferentes regímenes. Existe así un régimen general y varios especiales (autónomos, agrario, servicio doméstico..)

A partir de 1991 se incluyen en el campo de cobertura las **prestaciones no contributivas** para las cuales no es necesario haber estado afiliado y cotizando a la Seguridad Social. En este caso debe acreditarse que se sufre una necesidad extrema. A partir de ese momento se pudo decir que se había alcanzado la cobertura universal aunque lo cierto es que, en algunos casos las nuevas pensiones substituyeron a otras existentes.

Dentro del sistema contributivo aparece como prestación estrella la pensión de jubilación, acompañada por la de viudedad, invalidez, asistencia sanitaria y prestación por desempleo. No corresponde entrar en la forma de cálculo de la pensión, sólo que se parte de un período de cotización mínimo, y teniendo en cuenta las cotizaciones y su duración se calcula la base reguladora. Independientemente del cálculo existen unos topes máximos y mínimos.

La pensión no contributiva es siempre de jubilación.

Sobre la situación de las prestaciones de la seguridad social en Iberoamérica, se tiene que considerar que se trata de las más avanzadas, si se excluyen las potencias occidentales, incluso apareciendo prestaciones (enfermedad/maternidad) que no existen en países considerados superdesarrollados como Estados Unidos de América.

Dentro de Iberoamérica se puede considerar que existen, a este respecto tres grupos en relación al desarrollo del sistema<sup>13</sup>:

Países pioneros	Países tardíos	Países intermedios
Donde primero aparecieron los programas y que tienen los sistemas más desarrollados	Donde los programas aparecieron posteriormente	Los programas aparecieron entre los otros dos grupos
<ul style="list-style-type: none"><li>• Argentina.</li><li>• Brasil</li><li>• Cuba</li><li>• Chile</li><li>• Uruguay</li><li>• Costa Rica (país en el cual el sistema apareció más tarde)</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Centroamérica (menos Costa Rica)</li><li>• Haití</li><li>• República Dominicana</li><li>• Caribe no hispano</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Bolivia</li><li>• Colombia</li><li>• Ecuador</li><li>• México</li><li>• Panamá</li><li>• Paraguay</li><li>• Perú</li><li>• Venezuela</li></ul>

<sup>13</sup> MESA-LAGO, Carmelo "Las prestaciones de Seguridad Social en Iberoamérica y el Caribe", en **Revista de Trabajo y Seguridad Social**, núm abril-junio 1991. Madrid  
28

pero se desarrolló rápidamente)		
---------------------------------	--	--

Según datos de la Organización Internacional del Trabajo, en los países pioneros en el gasto de la seguridad social priman las pensiones mientras en los otros dos grupos el grueso del gasto se asigna al programa de enfermedad/maternidad.

En algunos estados subsiste un sistema general con algunos regímenes especiales (generalmente para empleados públicos) con condiciones de tiempo de cotización y requisitos, más liberales. Incluso aparecen pensiones por antigüedad (Brasil, Costa Rica o Uruguay) en los que el asegurado puede retirarse con 20 ó 30 años de servicio independientemente de la edad. Las diferencias entre un régimen especial y uno general puede llegar a ser enorme, por ejemplo en Costa Rica el régimen general es de jubilación a los 65 años pero el especial es de 57 años para mujeres y 55 para hombres.

En estudios como los de MESA-LAGO se explica como en los países pioneros, la edad de retiro fue establecida a principios del siglo XX cuando la esperanza de vida era baja, siendo después políticamente muy difícil poder aumentar esa edad de retiro según ha subido la esperanza de vida. De hecho en Costa Rica, en las décadas de los 1970 y 1980, se introdujo en el régimen general el retiro anticipado con edades que se fueron reduciendo mientras aumentaba la esperanza de vida. En Uruguay, en las décadas de 1950 y 1960, se redujo la edad de retiro para determinados grupos. MESA-LAGO, considera que estos factores pueden suponer problemas en el futuro indicando, como algo sintomático que en la mayoría de países estudiados, la edad de retiro de la mujer es cinco años más baja que la del hombre, a pesar que ella vive cinco años más.

Valgan estas consideraciones para ver como existe una gran diversidad de sistemas de seguridad social y como el modelo que se da en un país concreto no siempre es el que podría considerarse más lógico sino aquél al que se ha llegado después de una cadena de situaciones históricas, sociológicas y jurídicas.

## SERVICIOS SOCIALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL MAYOR

Tal como se ha apuntado anteriormente, de la lectura de los grandes textos internacionales puede concluirse que los ciudadanos **tienen derecho a que exista un sistema de servicios de responsabilidad pública para afrontar las necesidades perentorias de toda la población**, es una exigencia del estado de derecho. Y también, si el estado se define como social, todos los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a obtener prestación de servicios sociales públicos, en condiciones de igualdad; igualdad que ha de admitir discriminaciones positivas y relativización a la disponibilidad de recursos.

Sólo puede hablarse de **derecho subjetivo** cuando un interés personal se halla reconocido en una norma legal como realizable. Quede claro también que así como en la definición del derecho está implícita la connotación de disponibilidad, **no lo está la de gratuidad**.

El interés personal, objeto de tal derecho, serían los "servicios sociales" los cuales habrán de estar definidos de forma clara en las leyes para ser realizables por la vía del derecho. Estas leyes deberán fijar el cuánto y el cómo de la asistencia.

La legislación de cada estado afronta esta situación de forma diferente, así, podrían establecerse, dentro de los sistemas que reconocen la existencia de un derecho a los servicios sociales, tres tipos de legislación sobre servicios sociales para mayores<sup>14</sup>:

1. Países que disponen de una legislación específica sobre servicios sociales (Inglaterra, países escandinavos o España).
2. Países que no disponen de una ley específica sino que incluyen los servicios sociales dentro de la legislación sanitaria (Bélgica, algunas regiones de Italia o Portugal).
3. Países que disponen, por un lado de una legislación específica sobre prestaciones económicas y leyes concretas sobre servicios sociales dirigidos a colectivos determinados (Alemania o Francia).

Existe pues una gran dificultad a la hora de comparar legislaciones, incluso si provienen de países situados en un mismo ámbito geográfico.

Sea cual sea el sistema jurídico, siempre se plantea una pregunta ¿Qué abarca el derecho a los servicios sociales? La respuesta que se puede dar tiene varias dimensiones y múltiples matices, que se pueden enunciar desde cuatro ámbitos diferentes:

- **El derecho a la existencia del sistema de servicios.**
- **El derecho al servicio.**
- **Los derechos del usuario en la relación de servicio.**
- **El derecho de participación y representación en la ordenación, planificación y gestión de los servicios.**

Existe un derecho general de la ciudadanía a que exista un mecanismo público de respuesta a las necesidades sociales. El sistema como tal tiende a cubrir el objetivo constitucional de "**un orden social justo**", y en consecuencia son destinatarios de las actividades promocionales la totalidad de los ciudadanos, y de los servicios concretos aquellos que los necesitan, de presente; además la totalidad de ciudadanos quedan investidos con una expectativa de derecho a poderlos utilizar de futuro. Todos tienen, pues, un interés legítimo a que el sistema exista, funcione y progrese. El contenido del derecho al sistema

---

<sup>14</sup> RUBIOL, Gloria. "El Derecho a los Servicios Sociales en las legislaciones de los países de la Unión Europea", en **Revista Fórum de investigación Social**. Núm 3. Barcelona, Octubre 1995.

comprende las siguientes dimensiones:

- Mantenimiento de un núcleo de servicios sociales financiados públicamente que incluya prestaciones para cubrir la totalidad de necesidades reconocidas legal o reglamentariamente.
- Promoción de la iniciativa social (sin ánimo de lucro) para que suplemente iguales objetivos.
- Realización de actividades de policía administrativa para la defensa de los derechos subjetivos de los usuarios.
- Ajuste de todas las actividades al principio de legalidad, sin perjuicio de la discrecionalidad técnica conveniente para adaptar el servicio a la persona.

En un país como el Reino Unido (y concretamente Inglaterra y Gales) el reconocimiento del derecho a los servicios sociales no aparece de una forma clara en la legislación, sí lo hace de una forma tácita en forma de obligaciones de la Administración. En materia de servicios sociales, las obligaciones corresponden a las autoridades locales (municipios y condados) siendo estas obligaciones las que generan el derecho de las personas de recibir el servicio. Esta peculiar forma de entender el derecho, aunque a primera vista pudiera parecer restrictiva, produce un efecto expansivo de la prestación. Al no especificar la ley quién tiene el derecho a recibir el servicio se entiende que la Administración estará obligada a prestarlo con independencia de condiciones de nacionalidad, residencia o vecindad. Esta filosofía “universalista” produce serios problemas a las entidades locales situadas en zonas de gran recepción de inmigración, e incluso a las situadas cerca de aeropuertos.

Siguiendo con el ejemplo de Inglaterra, aunque las leyes no reconozcan la existencia del “derecho”, el Reino Unido si ha participado del movimiento de promoción de cartas y declaraciones de derechos que se han desarrollado en el campo de los servicios sociales de forma que, actualmente el término “derecho” es utilizado comunmente en el sector.

En un estado pionero en la constitución de un sistema de bienestar como Inglaterra, la tendencia legislativa se encamina, no tanto a garantizar la prestación del servicio sino a intentar conseguir dar protagonismo al usuario. Desde la potenciación del poder (*empowerment*)<sup>15</sup> del usuario ante la Administración, hasta el intento de conseguir una verdadera libertad de elección del servicio. Estas tendencias, se han puesto en relación con la consideración del administrado como cliente del servicio que recibe y han producido la aparición de cartas de derechos en las que se reconoce el derecho a:

- Estar en desacuerdo.
- Formular quejas.
- Tener acceso a los archivos.
- Participar en las tomas de decisiones.
- Recibir un servicio de calidad debidamente acreditado.

---

<sup>15</sup> CANNAN Crescy (y otros) Social Work and Europe. BASW y Mac Millan, 1992, págs 117 a 132.

Tomando como referencia otro sistema, en Dinamarca (al igual que sucede en el resto de países escandinavos), desde hace cuatro décadas, el sector público se considera responsable del bienestar de todos los ciudadanos. El derecho a los servicios sociales se considera equiparable al derecho a la atención médica. La ley de asistencia social danesa de 1976 trata de tres temas básicos: los servicios sociales, la asistencia económica y la protección de menores. Esta ley no establece limitación alguna por causa de la nacionalidad o la residencia, sólomente exige la nacionalidad danesa para casos de asistencia económica permanente, no para la temporal. En Julio de 1987 entró en vigor la conocida como Ley de vivienda para personas mayores. Esta ley reconoce el **derecho de las personas mayores y discapacitadas a vivir en su propia casa**; establece que las casas se adaptarán cuando sea necesario. Esta ley puso en la práctica fin a la construcción de residencias para mayores (aunque Dinamarca continuó siendo uno de los países con más ancianos institucionalizados).

En otro país escandinavo, como Suecia, desde 1982 existe una Ley que reconoce claramente el derecho a la asistencia siempre que se esté en una determinada situación (antes de 1982 el reconocimiento del derecho se centraba en la asistencia económica). El derecho de las personas, que, de nuevo no se limita a los ciudadanos suecos sino a cualquier persona en situación de necesidad, viene acompañado por una obligación expresa impuesta a la Administración, de informar a los ciudadanos sobre la red de servicios sociales. De una forma parecida a lo ocurrido en Dinamarca, en Suecia, una declaración del Parlamento de 1985 estableció el derecho de las personas mayores a recibir servicio domiciliario.

En los tres países descritos la ley prevé el pago de tasas por la recepción del servicio, relacionadas siempre con el nivel de ingresos.

En un país más meridional como Italia la Constitución prevé la existencia de catorce leyes marco, entre las cuales debería existir una de servicios sociales. En la práctica se trata de una materia sobre la que han establecido normas las diferentes regiones de forma que existe una gran disparidad de sistemas.

### **VI.3 La regulación de la prestación privada de servicios sociales.**

Acompañando las normas que se refieren a la prestación pública de servicios sociales, cada Estado, establece una regulación para las empresas o instituciones que prestan servicios sociales dirigidos a personas mayores. El fundamento de esta regulación está en el hecho de considerar a los receptores del servicio como unas personas que, por sus características, merecen una protección especial.

Cuando se trata del concepto de prestación privada de servicios sociales hay que tener en cuenta que, bajo esta acepción aparecen diferentes tipos de entidades. Se entiende como privado aquello que no es público, o sea aquello que no pertenece a la Administración. Hecha esta salvedad, tan privada es

una orden religiosa o una fundación benéfica como una empresa multinacional dedicada a la gestión de residencias de mayores. Por ese motivo las legislaciones de los diferentes estados suelen dividir entre unas entidades **con ánimo de lucro** (que también pueden ser conocidas como mercantiles, empresariales o lucrativas) y otras **sin ánimo de lucro** (iniciativa social, not-for-profit, benéficas). La diferencia básica entre unas y otras no será necesariamente la obtención o no de beneficios sino el hecho de que éstos se repartan o no entre los propietarios (más algunos requisitos que varían de país en país). Las entidades sin ánimo de lucro tienen ventajas fiscales y suelen disponer de un trato privilegiado en el momento de optar a la financiación pública.

La regulación en cada país de la prestación privada de servicios a la vejez, varía de forma sustancial. Una variedad que se puede entender fácilmente conociendo los antecedentes históricos y situación de cada lugar. Así, mientras en algunos países como España, Italia y la mayor parte de Latinoamérica, la prestación privada lucrativa de servicios sociales para mayores es un fenómeno reciente, en otros países se trata de una realidad antigua. En Inglaterra, por ejemplo, en 1891 existían 9.500 camas en residencias para ancianos y convalescientes<sup>16</sup>. La cifra se incrementó hasta las 13.000 en 1911, casi todas gestionadas por empresas privadas con ánimo de lucro. Estas residencias cuidaban de forma conjunta ancianos, parturientas, enfermos crónicos y convalescientes. La calidad del servicio prestado era muy deficiente siendo común el surgimiento de escándalos relacionados con esas instituciones. BARLETT cita una noticia aparecida en el periódico The Truth en 1902 en el que, refiriéndose a una casa de dos dormitorios donde convivían trece ancianos dementes se decía:

*“Las camas se hacías sólo cada varios días y las sábanas se cambiaban cada varias semanas. Parece que los ancianos eran castigados de forma cruel llegándolos a tenerlos atados a las camas en una forma que no sería permitida en ningún manicomio”.*

Es en esa circunstancia, y bajo la presión de la clase médica, cuando, en 1904 se plantea la primera regulación de la prestación privada del servicio (que no debía aplicarse a las residencias propiedad de un médico); y en 1927 cuando aparece la primera Ley que obligaba a la inscripción en un registro público de las residencias para ancianos y enfermos crónicos (*Nursing Homes Registration Act*). La evolución de esta primera regulación hasta el conjunto de normas vigentes hoy en día permite ver una línea constante. Por un lado se tiende a la exigencia de una autorización previa al funcionamiento, por otro a una supervisión e inspección periódica y, finalmente, a la existencia de un sistema sancionador para aquellos establecimientos que inclumplan las normas, sistema sancionador que puede llegar al cierre del establecimiento. En Inglaterra, el sistema de autorización y control de las residencias corresponde a las administraciones locales.

---

<sup>16</sup> BARLETT Hellen, *Nursing Homes for Elderly People*. Harwood Academic Publishers, 1993 págs 2.

La regulación existente en la mayoría de estados sigue ese patrón. Por supuesto que, en estados de gran tradición pública (como los escandinavos) la prestación privada de los servicios será tan pequeña que el sistema de control variará con relación a los países más privatista. En los Estados Unidos de América, un país con una fuerte tradición y relevancia privada, la tendencia es la contraria, la existencia de establecimientos públicos de prestación de servicios sociales es muy pequeña y limitada a colectivos concretos (veteranos del ejército, por ejemplo) recayendo la casi totalidad de la prestación en el sector privado, sea ésta lucrativo o no. Tratándose de un estado federal, junto a las leyes nacionales, existen tantas legislaciones diferentes como estados miembros. En lo que respecta a las residencias para personas mayores, existe una gran dispersión normativa ya que, junto a una normativa federal referida a un tipo de residencias (*Nursing Homes*), aparece la figura de las *assisted living facilities*, que funcionan bajo las normas respectivas de cada estado. Esta situación produce la proliferación de diferentes normas para regular realidades parecidas.

La realidad de cada país hace que la intervención del sector privado varíe dependiendo del sistema vigente. Puede suceder que una empresa privada no sólo preste servicios compitiendo con otras en el mercado sino también, colaborando con la administración, ya sea mediante el sistema de concierto o el convenio de colaboración (descritos anteriormente). También puede ser que una entidad reciba subvenciones de la administración, o incluso que sea una empresa privada la que gestione un establecimiento de titularidad pública. A medida que incrementa el envejecimiento de la población, casi todos los países intentan modelos que permitan rebajar el coste de los servicios y, normalmente estos modelos comportan la intervención de empresas privadas.

La regulación administrativa, normalmente vendrá estructurada en el siguiente sistema:

- Establecimiento de un sistema de autorización.
- Establecimiento de unos requisitos materiales (construcción, accesibilidad..) y funcionales (documentación de obligada tenencia, ratios de personal, requisitos de titulación..)
- Establecimiento de un sistema de inspección y control.
- Establecimiento de un sistema sancionador.

Junto a lo que es estrictamente regulación aparecen en muchos países sistemas de acreditación que persiguen la determinación del grado de calidad del servicio prestado. Frente a los sistemas de autorización que se limitan a establecer unos requisitos, cumplidos los cuales el servicio puede prestarse y que, si se incumplen comportan la imposición de una sanción, la acreditación da como resultado la valoración del servicio con respecto a unos estándares pre-establecidos. Los sistemas de acreditación no son normalmente establecidos desde la Administración sino desde instituciones no públicas que agrupan a los diferentes protagonistas de la prestación (prestadores, usuarios, profesionales). Un ejemplo claro de este sistema existe en Estados Unidos de

América donde existe una Comisión Conjunta de Acreditación de centros de salud y asistenciales. La ventaja del sistema de acreditación frente al de regulación administrativa es que es más flexible y permite una mayor información y libertad de elección al usuario de los servicios. La desventaja es que es un sistema caro que tiene que afrontar el mismo sector que presta el servicio.

# LA NORMATIVA LEGAL Y REGLAMENTARIA APLICABLE A LAS RESIDENCIAS PARA MAYORES

## Marco legal. Evolución histórica y situación actual

El estudio jurídico de las residencias para mayores se ve irremediadamente afectado por el hecho de considerarse éstas como un servicio de carácter social.

Cuando las leyes regulan las condiciones que ha de reunir una residencia, no lo hacen considerando ésta como un establecimiento en el que se presta un servicio a cambio de un precio (como podría ser un hotel o una pensión) sino, partiendo de la base que se trata de una actividad eminentemente pública dirigida a paliar una situación de necesidad de un colectivo de personas, los mayores, a los que de forma genérica se considera en situación de vulnerabilidad.

A pesar que en los últimos años la prestación privada ha ido en aumento, en detrimento de la pública y que, cada vez con más fuerza, aparece como un servicio que compran unos clientes (ya sean estos los propios mayores, sus familiares o la administración), lo cierto es que la reglamentación existente parece todavía huír de esa realidad y continúa centrándose en el carácter del servicio como un auxilio a personas en situación de necesidad. Esto hace que sea éste un sector altamente reglamentado y en el que el grado de intervencionismo administrativo alcanza cotas no imaginables en otros sectores de actividad económica.

Esta realidad no es casual sino el fruto de una evolución que parte de los inicios de la beneficencia y llega hasta nuestros días. Una breve aproximación histórica nos permitirá entender el íter que ha llevado a la situación actual y, así mismo ver como en regulaciones sucesivas han convivido normas que regulaban la prestación pública de servicios a ciertos grupos con la posibilidad de prestación privada de servicios análogos.

## Los orígenes de los servicios sociales

Nuestro actual sistema de servicios sociales tiene sus orígenes en el siglo XIX y, si deseásemos encontrar algún hito concreto, podríamos colocarlo sobre la Constitución de 19 de Marzo de 1812. Así, podría decirse que "La Pepa" hace nacer en España el espíritu de la revolución industrial y el germen de la transformación social. Algunos<sup>17</sup> ven en esta norma la llegada con tres siglos de retraso de la asunción de la responsabilidad pública en el trato de

---

<sup>17</sup> VILLA, M. Beneficencia Pública. Revista de Trabajo Social, marzo 1993.

necesidades sociales que propugnó Joan Lluís Vives en de *subventione pauperum* (Guía del Trato de los Pobres). Esto no quiere decir que antes del siglo XIX no existiese en absoluto la idea de una beneficencia como servicio público ya que, como también se ha apuntado<sup>18</sup>, en el siglo anterior, como consecuencia de la secularización de algunos servicios eclesiales y como fruto de la apertura de la posta real al público habían aparecido cuatro servicios públicos embrionarios: la sanidad, la educación, la beneficencia y los servicios de correos. Aquél servicio de beneficencia inicial nacería con una doble naturaleza de actividad de policía y de servicio público.

La doctrina administrativista del siglo XIX, al tratar de la incipiente beneficencia pública destacaba tres puntos:

- 1) Existe un deber gubernativo de intervenir en la atención de las necesidades humanas basado en el derecho natural.
- 2) No existe un derecho subjetivo a obtener las prestaciones.
- 3) Existe un "servicio público" de beneficencia en cuanto que parcela la intervención administrativa necesaria en dos dimensiones: prestación y policía administrativa.

Esta doctrina, y la consecuente actuación de prestación administrativa, se vió influenciada de forma importante por el proceso desamortizador que afectó especialmente la beneficencia. En 1798 empezó la desamortización, se declararon vendibles todos los bienes de la beneficencia y se ingresaron sus productos en la Real Caja de Amortización; en 1809 pasaron los bienes al Tesoro Público para atender la guerra de Independencia. En esas circunstancias las Cortes de Cádiz decretaron el año 1812 que las casas de misericordia y todos los otros establecimientos benéficos costeados por el común estuviesen desde entonces a cargo de los ayuntamientos y, los privados se rigiesen por sus estatutos, pero dependiendo de los gobernadores civiles algunas funciones sobre los mismos, como la de inspección.

## Constitución de 1812

Siguiendo lo que VILLA<sup>19</sup> considera como los hitos legales de la historia de los servicios sociales en España hay que considerar la primera constitución española como el primer mojón del camino. El discurso preliminar del texto constitucional permite apreciar una primera referencia a la responsabilidad pública ("*El espíritu de libertad, de beneficencia y justificación debe ser el principio constitutivo de las leyes españolas*"). Posteriormente, diferentes artículos inciden de la siguiente forma:

Art 13 "El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, dado que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen".

---

<sup>18</sup> AZNAR, M. En torno a la Beneficencia y su régimen jurídico. Revista Española de derecho Administrativo. Núm 92 Oct. Dic 1996.

<sup>19</sup> VILLA, M. Fites Legals en la Història dels Serveis Socials. Revista Fórum. Núm 1. Oct 1994. 37

Art 321 Estará a cargo de los Ayuntamientos (..) Sexto. Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y de todos los otros establecimientos de beneficencia según las reglas que se prescriban".

Art 335 Pertocará a las Diputaciones (..) Octavo. Cuidar que los establecimientos piadosos y de beneficencia cumplan su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes a la reforma de los abusos que observasen".

## **Ley de Beneficencia de 1822. La primera Ley de Beneficencia**

Durante el trienio liberal, concretamente mediante la Ley de 23 de Enero de 1822, se establece la primera regulación pública que, de hecho supone un plan de actuación social. Un plan que, según la misma ley se suponía a la existencia de suficientes caudales públicos ya que, en sí, suponía una obligación de prestar un servicio público.

Las líneas de la Ley eran las siguientes:

- Se intervenían los fondos de todas las fundaciones y obras pías quedando reducidas a un régimen común.
- Las Cortes generales asumían una responsabilidad directa de dotación de fondos, se creaban juntas de beneficencia de carácter público.
- Se establecían niveles competenciales, el reino y los municipios.
- Se establecía una tipología de servicios: Casas de maternidad, de socorro, hospitales de enfermos, hospitales de convalescientes, hospitales de locos, hospitalidades y socorro domiciliario.

La intervención administrativa consistía básicamente en prestar los servicios y en actuaciones de policía tendentes a erradicar la mendicidad.

En lo que respecta a establecimientos privados, estos podían funcionar libremente aunque sujetos a la inspección de las juntas de beneficencia.

Una idea de la situación en la que se encontraban los establecimientos de beneficencia de principios del siglo XIX nos la da de forma indirecta el texto de la Ley ya que, en su artículo 79 establece la prohibición en los centros de cepos, grillos, cadenas, azotes y calabozos.

## **Ley General de Beneficencia de 1849**

Esta Ley, fundamentada en la Constitución de 1845, se mantuvo en vigor durante más de un siglo sin llegar nunca a ser derogada de forma expresa. Su contenido es básicamente organizativo y no trata de derechos subjetivos.

La Ley estableció unos niveles de atención: general, provincial y municipal, asignando a cada uno la prestación de determinados servicios. Los

Reglamentos de desarrollo incidieron en el trato que se debía dar a los acogidos y sobre cómo debían prestarse los servicios de beneficencia.

Resulta clara la imagen de esta Ley como precursora de las actuales regulaciones cuando se observa que, en su desarrollo, llegó a establecer, tal como hoy lo hacen los reglamentos autonómicos, unas condiciones materiales mínimas. Así el artículo 7 del Real Decreto de 14 de Mayo de 1852 establece que *los establecimientos de beneficencia podrán ser tan sencillos, cuando lo exija la pobreza del pueblo, que baste una pieza de recepción, una pieza reclusa, dos camas, un carro o tartana y dos caballerías bien propias, bien contratadas.*

Sobre la existencia o no de un derecho subjetivo a la recepción del servicio, VILLA considera que queda claro que a pesar que algunos artículos de la ley parecerían sustentar lo contrario, el derecho no existía. En este sentido puede decirse que la beneficencia, de acuerdo con la Ley de 1849 se configuraría como una obligación para la Administración pero no como un derecho para el ciudadano. AZNAR<sup>20</sup> discrepa de esa opinión al considerar que la existencia de un "derecho de acceso" y la prohibición de posibles excusas por parte del establecimiento para acoger a "pobres y menesterosos" hacen aparecer, en la letra de la ley un cierto derecho subjetivo de reconocimiento discrecional aunque no graciable. Este derecho legal contrasta con la realidad de los servicios que se prestaban entonces y con las precarias condiciones de vida de los acogidos. Resulta ilustrativo a este respecto anotar la situación que se vivía en los hospitales de beneficencia y después volver a pensar si es de recibo plantearse si existía o no un verdadero derecho. La siguiente cita proviene de una publicación que recoge la historia del Psiquiátrico de Salt en Girona<sup>21</sup>:

*Los enfermos son clasificados en siete categorías económicas. La más inferior corresponde a los llamados benéficos, que son los que disponen de carnet de beneficencia y por ello no pagan por su estancia. Los denominados pensionistas pagan lo mínimo en exigido, siempre que no dispongan de referido carnet de beneficencia: reciben el mismo trato que los benéficos: no eligen médico, tienen una cama en dormitorios generales de veinte o más camas; tienen un comedor (y comida diferente) y una sala de estar a parte del resto de las categorías superiores y están obligados a realizar la limpieza de pabellón preocupa, sin recibir remuneración alguna por ello. Luego están los distinguidos de segunda, quienes pueden elegir médico, duermen en dormitorios más reducidos (de tres a cinco camas), tienen la misma sala de estar de los de la categoría inmediatamente superior, pero comen aparte y peor, y además ayudan a la limpieza (si son mujeres). Los distinguidos de primera B eligen médico, duermen en habitaciones de dos camas, ocupan las mismas salas de estar que los de categoría inferior, pero comen con los de categorías inmediatamente superior no limpian el pabellón. Los distinguidos de primera A eligen médico, duermen en habitación individual, tienen la misma sala de estar que los distinguidos de segunda y que los distinguidos de primera y, y comen conjuntamente con estos*

---

<sup>20</sup> AZNAR, M. Lugares comunes de acción social: sobre la pretendida graciabilidad de la beneficencia, Boletín del CEBS, núm 23. 1990

<sup>21</sup> GIL, R Y BOADAS, J. "El psiquiátrico de Salt, cent anys d'Història", Diputació de Girona, 1987, pg 27.

últimos (igual comida). Los privados B eligen médico...; tiene una habitación y cívica, de mayor confort que los de categoría inferior, las mismas sala de estar que los distinguidos de segunda, de primera A y de primera B, comen con los distinguidos de primera A y de primera B. Los privados A tienen un médico privado (siempre personal del sanatorio), habitación individual, comen con los de las tres categorías inferiores, pero tienen una sala de estar más confortable para ellos solos. Todo esto sirve a los enfermos varones; (para las mujeres hay otras distinciones todavía más sutiles).

## El nacimiento de la Seguridad Social

En 1881, Bismarck, canciller alemán, se dirigió al Parlamento imperial en nombre del emperador Guillermo I de Prusia proclamando que ante la favorable evolución de la economía era el momento de buscar nuevos métodos para afrontar la cuestión social. Para ello proponía la adopción de leyes de seguro de accidentes de trabajo, cobertura de invalidez, enfermedad y vejez para los obreros. Para ello acudiría al aseguramiento general bajo control y tutela del Estado pero contando también con la participación obrera porque el Estado, por sí solo no disponía de medios suficientes.

Era el nacimiento de la Seguridad Social, una realidad que fue observada e imitada por los vecinos de Alemania.

Ya sea por el surgimiento de un espíritu de mayor igualdad o por el miedo de los grupos dominantes a una revolución, lo cierto es que en toda Europa fueron apareciendo con mayor o menor fuerza iniciativas tendentes a garantizar un mínimo de bienestar a la creciente clase trabajadora.

En España se aprobó el 27 de Febrero de 1908 una Ley con un largo nombre "*Ley disponiendo que el Estado organice un Instituto Nacional dencaminado a difundir y inculcar la previsión popular en forma de pensiones de jubilación, administrar la mutualidad de asociados en las condiciones más beneficiosas paa ellos y estimular y favorecer esta practica de pensiones de jubilación*". En aplicación de esta Ley apareció el Instituto Nacional de Previsión dotado de personalidad jurídica que recibía aportaciones del Presupuesto General del Estado y que convivía con otras formas de previsión como la Caixa de Pensions o el Montepío General Obrero.

Siguiendo el camino histórica, en 1919 el Real Decreto de 11 de marzo creó el retiro obrero obligatorio reconociendo que algunas de las prestaciones de beneficencia deberían serlo de previsión.

Con la llegada de la República en 1931 la beneficencia y la previsión adquieren un tinte democrático que en muchos casos queda solo en tinte debido ala efímera vida del régimen y su trágico final. Concretamente en el campo de la beneficencia de ancianos, una Orden de 1 de Octubre de 1934 exigía la condición de pobreza a quien solicitase acogimiento en un

establecimiento de beneficencia pública estableciéndose un carnet acreditativo de ser "económicamente débil".

La Generalitat Republicana creó un Patronato de Asistencia Social y sustituyó por este nombre todas las referencias al término Beneficencia intentando aplicar una vía más innovadora, vía que quedó cortada con el triunfo de los sublevados tras la guerra civil.

## **La Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963**

Durante el largo paréntesis autoritario se introdujeron algunas medidas de previsión que culminaron en 1963 con la todavía vigente Ley de Bases de la Seguridad Social. Esta Ley, en lo que respecta a servicios sociales, destaca por ser la primera en que éstos aparecen desligados de la idea de subsistencia que alimentaba la beneficencia para introducir conceptos como los de bienestar personal y calidad de vida.

Durante la última época del régimen franquista aparecen las grandes residencias de pensionistas de titularidad de la Seguridad Social que convivieron con un sector benéfico-religioso y con un embrionario sector privado que funcionaba sin una norma específica y vigilados según el caso por las inspecciones hoteleras o municipales.

Antes de entrar a tratar la regulación actual en materia de servicios sociales, dentro de la que se encuadra la concreta relativa a residencias, cabe destacar que en todo lo que se ha recogido sobre beneficencia y seguridad social, no aparece regulación específica alguna que trate de establecimientos residenciales para mayores. La figura del anciano, mayor, tercera edad.. no existe hasta fechas muy recientes como colectivo específico que merezca una protección concreta desvinculada de otras características (pobreza, enfermedad..) por ese motivo la descripción hecha debe tomarse como un sustrato del cual ha surgido, y en el que se ha alimentado, la normativa vigente hoy.

## **La Constitución de 1978**

Con el advenimiento de la democracia llegó a España la Constitución plebiscitada ahora hace 20 años. Una Constitución en la que se delimita el concepto de servicio social y abre la puerta a la actual regulación.

El Capítulo III del título primero de la Constitución, regulador de los principios rectores de la política social y económica, encarga a los poderes públicos el mantenimiento y garantía de asistencia y prestaciones sociales.

La obligación de asegurar la protección de los poderes públicos en el ámbito social se establece en los artículos 41, 49 (sobre personas con disminución) y 50 en los siguientes términos:

Artículo 41 "Los poderes públicos ante entran un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia de las prestaciones sociales suficientes en las situaciones de necesidad, especialmente en caso de falta de trabajo. Asistencia y las prestaciones complementarias serán libres."

artículo 50 " Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas , la suficiencia económica al los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."

Sobre la referencia a los ciudadanos de la tercera edad, única mención que el texto constitucional hace a este colectivo, encontramos que, por un lado se refiere al la seguridad social, y por otro, de forma más genérica a servicios sociales. Concretamente respecto a estos hace una mención a las obligaciones familiares que puede tener dos lecturas:

1.- La de subsidiariedad de la política de servicios sociales que haría que los poderes públicos sólo actuaran en ausencia de familiares obligados.

2.- La de ser obligación aun cuando existan familiares obligados.

Según VILLA<sup>22</sup> debería entenderse como una obligación mancomunada no parciaria sino solidaria, es decir, según la doctrina civilista, de aquella clase de obligaciones que son exigibles por completo a cualquiera de las partes deudoras.

Analizando la Regulación competencia de establecidas en los artículos 148 y 149 de la constitución, se advierte que en concepto de seguridad social queda definido como competencia exclusiva del estado, mientras que el concepto de asistencia social se define como una materia que puede ser asumida por las comunidades autónomas como competencia exclusiva antes estabas ( arts. 149.1.17 y 148.1.29 CE, respectivamente).

La Constitución no define lo que se debe entender cómo seguridad social, pero el Tribunal Constitucional en sentencia 65/1987, F.J. 7, lo conceptúa como un conjunto estructurado de prestaciones económicas en los siguientes términos:

" Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la seguridad social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad -que habrán de ser precisadas en cada caso- implica que las prestaciones de la seguridad social, y entre ellas las pensiones de

---

<sup>22</sup> VILLA, M. El derecho a los servicios sociales en el Estado de Derecho. Revista de Trabajo Social núm. 142. 1996.

jubilación, no se presenten ya -y aún teniendo encuentra la pervivencia en notas contributivas -como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de seguridad social supone que éste se configure como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca".

De todo lo que se desprende que se trata de un sistema de previsión o seguro obligatorio, que tiene por objeto la cobertura de determinadas contingencias.

Las prestaciones tanto económicas como de servicio fuera del sistema de la Seguridad Social constituirá el ámbito y el contenido de la asistencia y servicios sociales que seguidamente se examina. Pero para hacerlo, previamente hay que conceptuar el propio término "asistencia social".

Igual que ha sucedido con el término "seguridad social", la Constitución no contiene en su texto una definición de este concepto.

Por tanto, para tener una idea concreta nos debemos remitir a la Carta Social Europea ratificada por España en 1980, y a la Sentencia de Tribunal Constitucional 76/1986, el 9 de junio. La Carta Social Europea, en su artículo 13 delimita el concepto de el asistencia social y médica. De este precepto se desprende lo siguiente:

- Que existe el compromiso de velar por toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por sí misma.
- La asistencia social tiene carácter subsidiario respecto a la Seguridad Social.

La STC 76/1986 configura la Asistencia Social en los siguientes términos:

" La noción de asistencia social, no está precisado en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 de las Constitución y, por tanto, competencia posible de las comunidades autónomas, y que en concreto de El País Vasco ha asumido en virtud del artículo 10.1 2 de su estatuto. Esta asistencia social aparece como un mecanismo de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual... es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda

obligación contributivas o previas colaboración económica de los destinatarios. Beneficiarios ".

## **Leyes de Servicios Sociales vigentes en España**

Vemos pues que el Tribunal Constitucional, en el concepto de asistencia social incluye una mención al artículo 148.1.20 CE que permite a las Comunidades Autónomas asumir en sus respectivos estatutos de autonomía la totalidad de las potestades públicas sobre esta materia. Esto es lo que hace el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 9.25, y también lo que han hecho las restantes 16 Comunidades Autónomas reservándose, sin excepciones la potestad legislativa, reglamentaria así como las funciones ejecutivas.

Existen, pues 17 leyes de Servicios Sociales vigentes hoy en España que, examinadas, pueden llevar a las siguientes conclusiones<sup>23</sup>:

Primera: Ninguna de ellas resulta ser ejemplar en cuanto a la técnica jurídica utilizada para alcanzar el objetivo de garantizar el derecho, y sus contenidos están plagados de de incoherencias y expresiones extrañas a una norma jurídica: declaraciones de principios sin valor normativo, y hipérboles dogmáticas irrealizables(visto el objetivo de "bienestar social ilimitado" o servicios públicos para toda la población, junto a la pretensión de operatividad inmediata, ignorancia y no observancia del contexto jurídico administrativo en que se han de incardinar (procedimiento administrativo, técnicas de contratación administrativa, marco legal presupuestario y tributario), proliferación de encargos en blanco al poder ejecutivo para su desarrollo, o asignación de competencias inconcretas simultáneamente a más de una administración del mismo ámbito territorial; por reproducir normas constitucionales o de otras leyes (derecho a la igualdad, constancia presupuestario del gasto público). Disposiciones de contenido imposible sobre seguridad social, etcétera...

Segunda: A pesar de ser promulgadas bajo parlamentos de signos políticos diversos, no aportan diferencias ideológicas sustanciales en esta pequeña política, ya que las tesis técnicas elaboradas durante los años setenta se han impuesto generalmente, y apuntan todas ellas hacia la creación sistemas de servicios públicos (en la aceptación amplia del concepto jurídico), para la ejecución de la política asistencial. En consecuencia se avanza hacia la consolidación, bajo un marco totalmente nuevo, de un sistema de protección social pública por vía de armonización espontánea, que ha cristalizado en un modelo único, tan matizado como se quiera, pero único al fin y al cabo en las diferentes comunidades autónomas. Modelo flagrantes rasgos tiene la siguientes características:

- a) Sistema prestacional pretendidamente independiente de la Seguridad Social, y basado prioritariamente en la competencia exclusiva en materia

---

<sup>23</sup> VILLA, M. El derecho a los servicios .... vid supra.

de asistencia social para el desarrollo de determinados aspectos de los principios rectores constitucionales sobre la política social.

- b) Ambito funcional exhaustivo para la responsabilidad pública. Los servicios sociales van consolidándose como medios de atención de la totalidad de la problemática de exclusión social, cuya atención corresponda a los poderes públicos, y que no tengan otro servicio o recurso específicamente establecido para atenderla en los otros sistemas de protección social. Es decir, que se constituyen como una red última de protección. Se hace patente que ninguna Comunidad trata de evitar responsabilidades sobre la atención social, y así se puede observar cómo se van abriendo nuevas modalidades de servicio o prestaciones por una comunidad que después miméticamente van apareciendo en las demás (por ejemplo en el caso de rentas de inserción o programas de prestación económica a personas acogedoras de mayores desamparados).
- c) Reconocimiento e impulso de las entidades privadas de iniciativa social. El sector privado, como partícipe de la libertad constitucional de libre empresa, es respetado o ignorado por unas y otras leyes, a excepción de cuando su intervención es a título no lucrativo; en ese caso no sólo tiene garantizada la libertad de actuación, sino que además recibe en general la posibilidad de financiación pública.
- d) Administración institucional: Al legislar en servicios sociales, todas las Comunidades han hecho uso de su competencia sobre Régimen local para asignar responsabilidades a este nivel administrativo. Se produce con ello una difícil corresponsabilización entre la Administración autonómica y la local. Por lo que respecta a la Administración del Estado, sin mencionarlo, se presupone que ha de cederlas a las Comunidades Autónomas, tal como ha ido sucediendo.
- e) Financiación: Como responsabilidad pública en fomento y gestión, el sistema se ha de nutrir de vía impositiva y no de cotización. Es admisible la contribución económica de los usuarios.

LEYES DE SERVICIOS SOCIALES	
COMUNIDAD AUTONOMA	LEY
Andalucía	Ley 2/1988, de 4 de abril.
Aragón	Ley 4/1987, de 25 de marzo.
Asturias	Ley 5/1987, de 11 de abril.
Baleares	Ley 9/1987, de 11 de febrero.
Canarias	Ley 9/1987, de 28 de abril.
Cantabria	Ley 5/1987, de 27 de marzo.
Castilla y León	Ley 18/1998, de 28 de diciembre.
Castilla la Mancha	Ley 1/1986, de 16 de abril.
Cataluña	Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre.
Extremadura	Ley 5/1987, de 23 de abril.

Galicia	Ley 3/1987, de 27 de mayo.
Madrid	Ley 11/1984, de 6 de junio.
Murcia	Ley 8/1985, de 9 de diciembre.
Navarra	Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo.
Pais Vasco	Ley 6/1982, de 20 de mayo.
La Rioja	Ley 2/1990, de 10 de mayo.
Valencia	Ley 5/1989, de 6 de julio.

## La legislación catalana en materia de servicios sociales

En el caso concreto de Cataluña, el Parlamento ha ejercitado su potestad legislativa en esta materia en diferentes momentos:

- Ley 12/1983, de 14 de julio, de Administración institucional, de la sanidad y la asistencia y los servicios sociales de Cataluña, modificada por la Ley 10/1988, de 27 de julio. Ley de carácter organizativo que creaba, entre otras disposiciones el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales (ICASS).
- Leyes de carácter sustantivo: Ley 26/1985, de 27 de diciembre, de servicios sociales; Ley 4/1994, de 20 de abril de administración institucional, de descentralización, de desconcentración i de coordinación del sistema catalán de servicios sociales; Decreto Legislativo 17/1995, de 17 de noviembre, que refunde en un texto las tres leyes citadas anteriormente.
- Ley 16/1996, de 27 de noviembre, específica de inspección de servicios sociales.

El objetivo de la Ley 26/1985, primera ley de servicios sociales de Cataluña, era ordenar, estructurar, promover y garantizar el derecho a un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública en el ámbito territorial de Cataluña. Para ello promovía la aplicación de unos principios operativos generales de libertad, igualdad y solidaridad, así como otros específicos de:

- Responsabilidad
- Reconocimiento y promoción de la iniciativa social.
- Globalidad.
- Integración.
- Descentralización y desoncentración.
- Participación.
- Prevención.
- Planificación y coordinación.

De acuerdo con esos principios, fue la Ley 4/1994 la que llevó a cabo la ordenación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, con la intención de determinar a qué administración pública le correspondía la prestación de cada servicio del sistema.

A este respecto la Ley crea la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública (Xarxa Bàsica), que integra los diferentes servicios y

establecimientos que las administraciones públicas de Cataluña deben mantener obligatoriamente a disposición de los ciudadanos.

La Ley 4/1994 (hoy integrada en el D.L. 17/1994) establece una distribución funcional de los servicios sociales en ámbitos territoriales de actuación. Esta distribución funcional se fundamenta en la existencia de servicios sociales en dos niveles:

- Servicios sociales de atención primaria.
- Servicios sociales de atención especializada.

Siguiendo esta distribución, los servicios de la Xarxa Bàsica se reparten en tre niveles:

- Primer nivel: servicios sociales de atención primaria.
- Segundo nivel: Servicios sociales de atención especializada.
- Tercer nivel: servicios sociales de atención especializada de cobertura superior y mayor especificidad.

Como tercer paso la Ley efectúa una sectorialización de Cataluña mediante una distribución territorial de la prestación de los servicios en los siguientes ámbitos:

- a) Area básica de servicios sociales a la que le corresponde la prestación de lo servicios de primer nivel.
- b) Sector comarcal de servicios sociales compuesto por el conjunto de areas básicas de una comarca. Les corresponde, generalmente la prestación de servicios de segundo nivel.
- c) Sector regional de servicios sociales. Compuesto por el conjunto de comarca de una demarcación territorial.
- d) Ambito territorial de Cataluña.

La ley especifica las competencia que, a cada administración le corresponde y detalla muchos otros aspectos. En lo que se refiere a servicios de residencias para mayores lo más relevante es que los servicios resicenciales para mayores se consideran como servicios de segundo nivel (artículo 11.b.3.2 del Decreto Legislativo) de forma que su prestación pública debería corresponder en principio a las comarcas.

La ley reconoce de forma expresa la posibilidad de prestación privada de servicios sociales. Así, en el artículo 6 del Decreto Legislativo, al tratar de los principios rectores menciona el "*reconocimiento y promoción de la iniciativa social. La iniciativa privada sin ánimo de lucro disfruta de autonomía operativa, de acuerdo con lo que establece esta Ley (..) La participación de la iniciativa social debe ser especialmente promovida e impulsada i se debe integrar en los planes de actuación social*". De forma más concreta, el artículo 28 del mismo texto establece lo siguiente:

*28.1 A los efectos de lo establecido en esta Ley, las instituciones privadas se consideran de iniciativa social en aquellos casos en que no tienen motivación lucrativa. En cualquier otro caso se consideran de iniciativa mercantil.*

*28.2 Todas las instituciones privadas que reciban financiación pública deberán garantizar la democracia interna en la composición y funcionamiento de sus órganos de gobierno.*

*28.3 Todos los centros privados dedicados a la prestación de servicios sociales deben cumplir las condiciones mínimas que se establezcan por reglamento.*

Vemos, pues que la ley reconoce la iniciativa privada aunque sea de una forma puntual. Choca ese escaso reconocimiento con el peso real del sector privado dentro de la prestación de servicios a mayores.

### **La Ley 16/1996, de 26 de noviembre La Ley de Inspección.**

En 1996, después de 8 años de existencia de un Servicio de inspección dependiente del Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Cataluña el Parlamento catalán aprobó por unanimidad la Ley 16/1996, de 26 de noviembre, reguladora de las actuaciones inspectoras y de control en materia de servicios sociales y de modificación del Decreto legislativo 17/1994.

Esta ley intentó solventar algunos problemas aparecidos en la aplicación de la normativa vigente entonces y con la intención también de ajustar la actuación inspectora y sancionadora de la Administración a los requisitos de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La Ley, con un enunciado muy ambicioso establece como objetivos primordiales de las actuaciones inspectoras:

- Asegurar una adecuada calidad de vida en la prestación de los servicios sociales.
- Contribuir a la mejora permanente del sistema catalán de servicios sociales.
- Conciliar la efectividad de la actuación de la inspección con las garantías constitucionales de los ciudadanos.
- Evitar que las actuaciones inspectoras perturben el funcionamiento de los servicios sociales.

Por primera vez, en una norma con rango de ley se reconoce a los inspectores el carácter de agentes de la autoridad y a las actas de inspección efector probatorios. Aspectos éstos que serán tratados con mayor detalle en otros puntos de este trabajo.

Las funciones de la inspección contenidas en la Ley reflejan también ese optimismo legislativo:

- a) *Velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de servicios sociales.*
- b) *Garantizar los derechos de los usuarios de servicios sociales.*

- c) *Verificar el cumplimiento de las condiciones funcionales y materiales de los establecimientos y servicios sociales y también el cumplimiento de la normativa en materia de accesibilidad y de supresión de barreras arquitectónicas.,*
- d) *Supervisar el destino y la utilización de los fondos públicos concedidos a la iniciativa privada o a la pública para la promoción e impulso de éstas.*
- e) *Asesorar e informar, en el ejercicio de las actuaciones de inspección a las entidades y a los usuarios de los servicios sociales o a sus representantes legales sobre sus respectivos derechos y deberes.*
- f) *Colaborar con las respectivas unidades de planificación y ordenación en el estudio de las necesidades de servicios sociales de los diferentes ámbitos territoriales en que se estructura el sistema catalán de servicios sociales.*
- g) *Cumplir el resto de funciones que le encarga esta ley.*

## **Desarrollo reglamentario de la Legislación vigente**

El desarrollo reglamentario de las diferentes Leyes mencionadas, en lo que a residencias de mayores se refiere ha ido parejo a la promulgación de las sucesivas normas. Así, existen Decretos y Órdenes de diferente año que se han ido derogando parcialmente y entre los cuales existen remisiones cruzadas. Esta situación hace que, hoy por hoy resulte difícil para un lego en la materia encontrar la normativa concreta.

El desarrollo reglamentario de muchos de los preceptos del Decreto Legislativo 17/1994 se encuentran en el Decreto 284/1996, de 23 de julio y en los artículos vigentes del Decreto 27/1987 y la Orden de 15 de Julio de 1987.

El Decreto 284/1996 ordena el sistema catalán de servicios sociales y establece nuevas tipologías de servicios y establecimientos y deroga parcialmente los reglamentos de desarrollo de la Ley de 1985.

El Decreto contiene sistematizados los siguientes elementos:

1. Conceptos básicos
2. Usuarios
3. Tipología de los servicios y establecimientos sociales
4. Prestaciones económicas.
5. Régimen jurídico-administrativo de las entidades, servicios y establecimientos y su funcionamiento, especialmente sus obligaciones y su registro.
6. La Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública,
7. La coordinación con las entidades prestadoras de servicios
8. La inspección

Los aspectos más interesantes de la regulación son extrapolables.

## **Sistema Catalán de Servicios Sociales.**

49

Autor: Josep de Martí

Cortesía de la **GERIATECA** de inforesidencias.com

El Sistema de Servicios Sociales se define como el conjunto coordinado de servicios sociales, establecimientos, prestaciones económicas y actividades generales de prevención, atención y promoción social.

Dentro del Sistema Catalán de Servicios Sociales, se articula una Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública que integra los legalmente definidos como mínimos i de obligada provisión.

### **Servicios sociales, prestaciones y actividades generales.**

Se entiende por servicio social toda actividad organizada que, mediante la intervención de personal preparado y con el apoyo de equipamientos y recursos adecuados, se orienta a prevenir la exclusión social y a promover la prestación de apoyo personal, información, atención y ayuda a los ciudadanos, especialmente a las personas, las familias o los colectivos que, a causa de dificultades de desarrollo y de integración en la sociedad, falta de autonomía personal, disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, problemas familiares o marginación social, son acreedores del esfuerzo colectivo y solidario.

Los servicios sociales se estructuran funcionalmente en servicios sociales de atención primaria y en servicios sociales de atención especializada.

**a) Los servicios sociales de atención primaria** constituyen el punto de acceso inmediato al Sistema Catalán de Servicios Sociales, el primer nivel del mismo y el más cercano al usuario y a sus ámbitos familiar y social. Los servicios sociales de atención primaria se prestan mediante equipos multiprofesionales, cuyo ámbito de actuación es el área básica de servicios sociales. Estos equipos llevan a cabo funciones de información, orientación y asesoramiento, de trabajo social comunitario y de detección y prevención, formulan propuestas de derivación a los servicios sociales de atención especializada, aplican tratamientos de apoyo a personas, familias y grupos, y gestionan los servicios de atención domiciliaria.

**b) Los servicios sociales de atención especializada,** junto con los equipamientos correspondientes, constituyen el nivel de actuación específica dirigida al diagnóstico, la valoración, el tratamiento, el apoyo y la rehabilitación de los déficits sociales de las personas pertenecientes a colectivos o segmentos de la población caracterizados por la singularidad de sus necesidades.

### **La Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública.**

La Ley prevé que existan unos servicios que necesariamente deber ser prestados por las administraciones (ya sea directamente o mediante financiación) al conjunto de estos “servicios necesarios” se le conoce como Red Básica.

### **Acceso a los servicios de la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública.**

Cualquier persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, al acceso a los servicios de la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública, siempre y cuando se cumplan las condiciones que se determinen en la reglamentación para cada prestación en atención a las necesidades de los

beneficiarios y a los recursos existentes.

La ley y la norma de desarrollo prevén que exista un acceso a la prestación mediante una solicitud única que garantiza el derecho a la igualdad en el acceso.

### **Colaboración con la iniciativa privada**

La cooperación y colaboración entre la Administración y la iniciativa privada se llevará a cabo a través de:

- a) **Contratación de gestión de servicios públicos.** Consiste que algunos servicios de los que es propietaria la administración son prestados por empresas contratadas.
- b) **Convenios de colaboración para el mantenimiento de servicios sociales de iniciativa social.** Son contratos que firma la administración y entidades sin ánimo de lucro.
- c) **Subvenciones.** Son cantidades que se entregan a quien reúne los requisitos que se establecen en la convocatoria para una finalidad específica y que luego deben ser justificadas.

### **Conciertos.**

Vienen a ser la “compra” de servicios privados por parte de la Administración. Así, si una comarca debe prestar un servicio de residencia puede “concertar” plazas con una residencia privada. Esas plazas serán pagadas con dinero público y será la Administración quien gestione los ingresos.

### **Programas de subvenciones de servicios sociales.**

Las subvenciones se estructuran dentro de unos programas:

- a) Programa de inversiones para la adquisición, la construcción, el equipamiento y la reforma de establecimientos de servicios sociales.
- b) Programa de mantenimiento de servicios y establecimientos que presten servicios sociales.
- c) Programa de mantenimiento de actividades de entidades de servicios sociales.

### **Entidades destinatarias de las subvenciones.**

Las subvenciones se otorgarán a las entidades de servicios sociales públicas o privadas de iniciativa social (sin ánimo de lucro).

### **Derechos de los usuarios.**

:

- a) Derecho a la información y a la participación, de forma que, en todos los establecimientos públicos y privados financiados con fondos públicos, funcionen mecanismos de participación democrática de los usuarios.
- b) Derecho a la intimidad y a la no divulgación de los datos personales que

51

Autor: Josep de Martí

Cortesía de la **GERIATECA** de inforesidencias.com

figuren en sus expedientes o historiales.

c) Derecho a considerar como domicilio propio el establecimiento residencial que le acoge.

d) Derecho a la continuidad en la prestación de los servicios en las condiciones establecidas o convenidas, sin perjuicio de las cláusulas de estabilización que se acuerden en los contratos de asistencia.

e) Derecho a la tutela de las autoridades públicas para garantizar el disfrute de los derechos establecidos.

f) Derecho a no ser discriminados en el tratamiento por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

### **Obligaciones de los usuarios.**

Los usuarios de servicios y, establecimientos sociales y, en su caso, sus representantes legales estarán obligados a facilitar la percepción del servicio y, en especial, a:

a) Respetar y facilitar la convivencia.

b) Cumplir el Reglamento de régimen interior del servicio o establecimiento.

d) Abonar el precio que corresponda de acuerdo con la normativa vigente.

El incumplimiento probado por parte de los usuarios y, en su caso, de sus representantes legales de las obligaciones citadas podrá comportar la suspensión de la prestación o el cese de ésta si así se ha previsto en el Reglamento de régimen interior, en el contrato suscrito o en las disposiciones de aplicación. Esta medida en ningún caso tendrá carácter sancionador.

## **LA PRESTACIÓN PRIVADA DE SERVICIOS SOCIALES**

Se ha hecho durante la anterior exposición referencia a algunos puntos concretos de las normas que serían aplicables a la prestación privada de servicios sociales. A continuación se intentará dar una perspectiva un poco más amplia con alguna referencia a lo que ha sucedido en otros países que tienen más tradición de prestación privada.

Acompañando las normas que se refieren a la prestación pública de servicios sociales, cada Estado, establece una regulación para las empresas o instituciones que prestan servicios sociales dirigidos a personas mayores. El fundamento de esta regulación está en el hecho de considerar a los receptores del servicio como unas personas que, por sus características, merecen una protección especial.

Cuando se trata del concepto de prestación privada de servicios sociales hay que tener en cuenta que, bajo esta acepción aparecen diferentes tipos de entidades. Se entiende como privado aquello que no es público, o sea aquello que no pertenece a la Administración. Hecha esta salvedad, tan privada es una orden religiosa o una fundación benéfica como una empresa multinacional dedicada a la gestión de residencias de mayores. Por ese motivo las legislaciones de los diferentes estados suelen dividir entre unas entidades **con ánimo de lucro** (que también pueden ser conocidas como mercantiles, empresariales o lucrativas) y otras **sin ánimo de lucro** (iniciativa social, not-

for-profit, benéficas). La diferencia básica entre unas y otras no será necesariamente la obtención o no de beneficios sino el hecho de que éstos se repartan o no entre los propietarios (más algunos requisitos que varían de país en país). Las entidades sin ánimo de lucro tienen ventajas fiscales y suelen disponer de un trato privilegiado en el momento de optar a la financiación pública.

La regulación en cada país de la prestación privada de servicios a la vejez, varía de forma sustancial. Una variedad que se puede entender fácilmente conociendo los antecedentes históricos y situación de cada lugar. Así, mientras en algunos países como España, Italia y la mayor parte de Latinoamérica, la prestación privada lucrativa de servicios sociales para mayores es un fenómeno reciente, en otros países se trata de una realidad antigua. En Inglaterra, por ejemplo, en 1891 existían 9.500 camas en residencias para ancianos y convalescientes<sup>24</sup>. La cifra se incrementó hasta las 13.000 en 1911, casi todas gestionadas por empresas privadas con ánimo de lucro. Estas residencias cuidaban de forma conjunta ancianos, parturientas, enfermos crónicos y convalescientes. La calidad del servicio prestado era muy deficiente siendo común el surgimiento de escándalos relacionados con esas instituciones. BARLETT cita una noticia aparecida en el periódico The Truth en 1902 en el que, refiriéndose a una casa de dos dormitorios donde convivían trece ancianos dementes se decía:

*“Las camas se hacías sólo cada varios días y las sábanas se cambiaban cada varias semanas. Parece que los ancianos eran castigados de forma cruel llegándolos a tenerlos atados a las camas en una forma que no sería permitida en ningún manicomio”.*

Es en esa circunstancia, y bajo la presión de la clase médica, cuando, en 1904 se plantea la primera regulación de la prestación privada del servicio (que no debía aplicarse a las residencias propiedad de un médico); y en 1927 cuando aparece la primera Ley que obligaba a la inscripción en un registro público de las residencias para ancianos y enfermos crónicos (*Nursing Homes Registration Act*). La evolución de esta primera regulación hasta el conjunto de normas vigentes hoy en día permite ver una línea constante. Por un lado se tiende a la exigencia de una autorización previa al funcionamiento, por otro a una supervisión e inspección periódica y, finalmente, a la existencia de un sistema sancionador para aquellos establecimientos que inclumplan las normas, sistema sancionador que puede llegar al cierre del establecimiento. En Inglaterra, el sistema de autorización y control de las residencias corresponde a las administraciones locales.

La regulación existente en la mayoría de estados sigue ese patrón. Por supuesto que, en estados de gran tradición pública (como los escandinavos) la prestación privada de los servicios será tan pequeña que el sistema de control variará con relación a los países más privatista. En los Estados Unidos de

---

<sup>24</sup> BARLETT Hellen, *Nursing Homes for Elderly People*. Harwood Academic Publishers, 1993 págs 2. 53

América, un país con una fuerte tradición y relevancia privada, la tendencia es la contraria, la existencia de establecimientos públicos de prestación de servicios sociales es muy pequeña y limitada a colectivos concretos (veteranos del ejército, por ejemplo) recayendo la casi totalidad de la prestación en el sector privado, sea ésta lucrativo o no. Tratándose de un estado federal, junto a las leyes nacionales, existen tantas legislaciones diferentes como estados miembros. En lo que respecta a las residencias para personas mayores, existe una gran dispersión normativa ya que, junto a una normativa federal referida a un tipo de residencias (*Nursing Homes*), aparece la figura de las *assisted living facilities*, que funcionan bajo las normas respectivas de cada estado. Esta situación produce la proliferación de diferentes normas para regular realidades parecidas.

La realidad de cada país hace que la intervención del sector privado varíe dependiendo del sistema vigente. Puede suceder que una empresa privada no sólo preste servicios compitiendo con otras en el mercado sino también, colaborando con la administración, ya sea mediante el sistema de concierto o el convenio de colaboración (descritos anteriormente). También puede ser que una entidad reciba subvenciones de la administración, o incluso que sea una empresa privada la que gestione un establecimiento de titularidad pública. A medida que incrementa el envejecimiento de la población, casi todos los países intentan modelos que permitan rebajar el coste de los servicios y, normalmente estos modelos comportan la intervención de empresas privadas.

La regulación administrativa, normalmente vendrá estructurada en el siguiente sistema:

- Establecimiento de un sistema de autorización.
- Establecimiento de unos requisitos materiales (construcción, accesibilidad..) y funcionales (documentación de obligada tenencia, ratios de personal, requisitos de titulación..)
- Establecimiento de un sistema de inspección y control.
- Establecimiento de un sistema sancionador.

Junto a lo que es estrictamente regulación aparecen en muchos países sistemas de acreditación que persiguen la determinación del grado de calidad del servicio prestado. Frente a los sistemas de autorización que se limitan a establecer unos requisitos, cumplidos los cuales el servicio puede prestarse y que, si se incumplen comportan la imposición de una sanción, la acreditación da como resultado la valoración del servicio con respecto a unos estándares pre-establecidos. Los sistemas de acreditación no son normalmente establecidos desde la Administración sino desde instituciones no públicas que agrupan a los diferentes protagonistas de la prestación (prestadores, usuarios, profesionales). Un ejemplo claro de este sistema existe en Estados Unidos de América donde existe una Comisión Conjunta de Acreditación de centros de salud y asistenciales. La ventaja del sistema de acreditación frente al de regulación administrativa es que es más flexible y permite una mayor información y libertad de elección al usuario de los servicios. La desventaja es que es un sistema caro que tiene que afrontar el mismo sector que presta el

servicio.

**La interconexión que ha existido entre derecho civil y derecho administrativo en un aspecto concreto. El ingreso en residencias de personas que no se valen por sí mismas.**

## **INGRESO DE PERSONAS EN RESIDENCIAS**

### **INTRODUCCION**

La existencia de residencias para la tercera edad se ha convertido en los últimos años en algo común y el ingreso de una persona en una de estas residencias es hoy algo rutinario. En las siguientes páginas se analizará una parte de estos ingresos en residencias ya que supone una parte de la actividad de cualquier establecimiento residencial que se ve muy mediatizada por diferentes normas y por la intervención judicial. Para centrar el tema deben analizarse algunos conceptos de derecho civil y la interpretación que, de los mismos ha hecho la regulación administrativa.

Aunque lo normal debería ser que el ingreso en una residencia constituyese sencillamente la plasmación de una relación contractual formalizada entre el titular del establecimiento (sea éste público o privado) y el propio residente. Lo cierto es que, en la medida que el recurso residencial se suele reservar para casos en los que resulta prácticamente imposible mantener a la persona en su domicilio, en muchos casos, el ingreso de personas mayores en una residencia se produce sin el consentimiento de éstas, pactándolo los familiares del futuro residente y los responsables del centro.

Cuando una persona ingresa voluntariamente en una residencia asume también de forma voluntaria el régimen de vida que existe en el centro. Cuando una persona es ingresada por otra sin su consentimiento lo que en el anterior caso pudiera considerarse como normal adquiere tintes que podrían llegar a ser delictivos. Esta situación se intenta limitar mediante la aplicación de ciertas leyes que hacen intervenir el poder judicial en el ingreso de presuntos incapaces pero fracasa ya que la práctica que hemos mencionado, aunque se critique con dureza, ha sido asumida socialmente. Por ese motivo los jueces encargados por la ley de tutelar el ingreso intentan inhibirse mediante la utilización de diferentes razonamientos.

Cuando el legislador, entendiéndolo en el sentido amplio, o sea tanto el poder legislativo como los hacedores de normas administrativas se enfrenta a la regulación de un comportamiento social, tiene varias vías para llevarla a cabo, Puede examinar el comportamiento social y limitarse a dar unas reglas del juego, un cauce, por el cual transcurra dicho comportamiento sin intentar modificarlo. También puede crear una norma que sea un muro en el cauce que intente desviar el comportamiento social hacia un camino que se considere más correcto. En este segundo caso la reacción de la sociedad puede ser diversa: desde un enfrentamiento total contra la norma, hasta una

modificación efectiva del comportamiento (siguiendo o no el cauce que intentaba crear la norma). Entre estas dos posibilidades hay un abanico de situaciones intermedias. Puede ser que la sociedad ignore la norma o que la aplique de forma que no cambie el comportamiento, cumpliendo los aspectos formales pero burlándose del fondo. Aparentemente, como reflejará la exposición, esto es lo que ha sucedido con la norma que se creó para dar protección a los residentes que ingresaban sin su consentimiento por encontrarse, supuestamente en una situación que les impedía manifestar una voluntad correctamente formada.

## CONCEPTOS DE DERECHO CIVIL RELACIONADOS

### LA INCAPACITACION

#### Generalidades

Cuando hablamos de incapacidad hacemos referencia a lo que en derecho se entiende por capacidad. Desde el punto de vista jurídico hay que especificar, cuando hablamos de capacidad, a qué nos referimos ya que la ley contempla dos tipos: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar.

**Capacidad jurídica:** Se puede definir como la capacidad abstracta que tiene la persona por el hecho de serlo y que se traduce, en principio, en la titularidad de unos derechos y la posibilidad de ejercerlos: así, por ejemplo, por el mero hecho de ser personas tenemos derecho a la vida, a la intimidad o a no ser discriminados. Desde un punto de vista más patrimonial tenemos derecho ("capacidad") de ser propietarios o herederos.

**Capacidad de obrar:** Es la "capacidad" que nos permite "jugar" con la capacidad jurídica. Toda persona puede ser propietaria (tiene capacidad para serlo) por el mero hecho de ser persona, pero, si quiere vender su propiedad deberá reunir unos requisitos mínimos que la ley establece. Reunidos esos requisitos se entiende que la persona tiene capacidad de obrar, o sea, es capaz.

Así, un niño de tres años puede ser propietario de un piso (tiene capacidad jurídica) pero no puede venderlo o constituir una hipoteca por sí mismo (le falta capacidad de obrar). Se entiende que para tener capacidad de obrar hace falta poder manifestar libremente una voluntad correctamente formada, también hace falta tener un estado mental maduro que permita al individuo ser consciente de sus actos y de las consecuencias que pueda producir.

Como regla general se entiende que la persona es plenamente capaz a partir de la mayoría de edad y mantiene su capacidad de obrar hasta el día de su muerte. Hay algunas excepciones como la de los menores emancipados, que no entraremos a tratar, y la de los incapaces.

Lo primero que hay que decir respecto de este instituto jurídico es que la incapacidad tiene una regulación autónoma en el Código Civil, pues, efectivamente, desde la reforma de 1983 (Ley 13/1983 de 14 de Octubre), se

dedica un título independiente. Esto tiene trascendencia en tanto en cuanto nos permite obtener una serie de conceptos jurídicos autónomos para la regulación de la incapacidad.

El segundo dato de interés a tener en cuenta, desde un punto de vista general, es el que la incapacidad en el Código Civil tiene una conceptualización negativa, es decir, la definición y, por tanto, el concepto de incapacidad, se determinan por exclusión, de tal forma que sólo puede estar incapacitado aquel al que así se le declare por sentencia que sólo puede basarse en las causas establecidas en la propia Ley. Por tanto, no es incapaz, desde el punto de vista legal, más que aquel a quien así le ha declarado el Tribunal competente.

El supuesto de hecho del que parte la incapacidad es el de la imposibilidad para un individuo de gobernarse por sí mismo

Artículo 200 Código Civil. Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Es decir, sólo está incapacitado aquel a quien como tal se le declara por sentencia, y para que así se le declare en sentencia, tiene que no poder gobernarse por sí mismo. Finalmente, en cuanto al alcance de la incapacidad, se puede predicar tanto de los mayores como de los menores de edad, aunque respecto a estos últimos, de una forma un tanto especial a la que no cabe hacer referencia en este trabajo.

## Concepto

De conformidad con lo que establece nuestro ordenamiento jurídico existen unas causas genéricas de incapacidad que son enfermedades i afecciones. Antes de 1983 el mismo artículo hablaba de locos y dementes con lo que las discusiones médico-doctrinales eran mucho más amplias. Actualmente se entiende como enfermedades los trastornos que tienen una evolución y un final. Se tratan pues, de un proceso en el tiempo. Por el contrario las deficiencias son características estables en la persona que restringen sus posibilidades de conducta o vivencias, conscientes o inconscientes. Las deficiencias pueden ser resultado de una enfermedad (por ejemplo, oligofrenia como consecuencia de una meningitis) y también pueden tener un origen genético. También pueden ser inherentes a la estructura de la personalidad del sujeto. La deficiencia es, pues, un deterioro o impedimento, psíquico o físico de carácter previsiblemente estable.

La incapacidad parte, pues, de un supuesto de hecho que, además de tener una causa. Causa que está establecida en el propio ordenamiento jurídico. Es decir, un individuo no puede gobernarse a sí mismo y esto es causa de incapacidad cuando padece enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas persistentes. La determinación de la existencia de estas

enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas y su carácter de persistentes plantea un problema que ha sido ya puesto de manifiesto por un sector muy cualificado de nuestra doctrina civilista, y es el de que el dictamen de los médicos en estos supuestos puede ser un factor decisivo y el juez limitarse a cumplir un papel meramente homologador del informe-decisión del perito, perdiendo con ello la autoridad que le reserva, indudablemente, el código civil en esta materia.

El problema entonces es que no se puede construir todo un montaje sobre la protección jurídica de las personas basado en el supuesto de que unos individuos, los médicos, cumplan sus deberes morales. Entiéndase esto sin ningún tipo de animadversión hacia la clase médica, sino todo lo contrario; se trata de señalar que en este supuesto, un cuerpo, el de facultativos de la Medicina, puede llegar a tener de hecho en su mano una importantísima decisión judicial que afecta, necesariamente, a valores tan importantes con el de la libertad del individuo. El tema no tiene en sí mismo solución, pero creo que es importante plantearlo para tomar conocimiento del mismo.

Sobre lo que quiere decir que la persona no pueda gobernarse por sí misma, se debería entender que quedan excluidas aquellas deficiencias que impiden al sujeto valerse por sí mismo desde un punto de vista exclusivamente físico, parálisis, ciegos..., salvo los supuestos extremos que excluyen la comunicación con el exterior en grado suficiente para manifestar la voluntad o querer interno. La incapacidad debe referirse a la incapacidad general del sujeto ante la vida social, y no a su ineptitud ante una determinada relación o situación en que se encuentre. Así, el ser inepto para llevar un negocio familiar no es una causa de incapacitación, y al contrario, se puede poseer una extraordinaria habilidad para concretas actividades y ser, sin embargo incapaz del cuidado general de su persona y patrimonio, en un grado tal que desaconseje la incapacitación. El autogobierno implica, pues, una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial.

En este punto aparece un problema relacionado directamente con el colectivo de personas mayores que sufren un proceso constante y progresivo de deterioro que, causado por una enfermedad como la de Alzheimer u otro tipo de demencia, en un último extremo causará la total pérdida de capacidad. En estos casos existe una fase en la que resulta obvia la falta de capacidad para gobernarse por sí mismo, pero, hasta que este punto llega el proceso puede ser lento. El futuro incapaz vive durante un período más o menos largo de tiempo en lo que podríamos llamar "zona gris". Esto que, en principio no debería plantear problemas desde un punto de vista legal, sí los plantea en la práctica ya que, como veremos, el proceso de incapacitación es largo y no existe un baremo estándar que permita determinar un punto a partir del cual se pueda determinar la falta de capacidad. Por este motivo puede suceder que una familia incoe un proceso de incapacitación al efecto de proteger al abuelo de la familia y vea rechazadas sus pretensiones porque el juez considere que no existe suficiente "incapacidad" cuando, durante el proceso, o poco después de éste el grado de discapacidad haya aumentado. Por estos

motivos se entiende que, los jueces, en el momento de determinar la existencia de una posible causa de incapacidad comprueben dos aspectos:

- 1) Que la enfermedad o deficiencia efectivamente incide en la conducta.
- 2) Que esa incidencia es de entidad suficiente para impedirle un comportamiento normal respecto de su persona y bienes o alguno de ambos extremos.

Teniendo esto en cuenta, la incapacitación consiste en aquella reducción o limitación de la capacidad de obrar que tiene un sujeto normal con arreglo a su estado civil (mayor o menor de edad). Junto a ello, señalar que la incapacitación puede privar al sujeto sobre el que se predica de poderes sobre otras personas o sobre bienes ajenos. Piénsese, por ejemplo, en el alcance de las sentencias de incapacitación, en las que se parte del supuesto de hecho de que el incapaz no puede gobernarse a sí mismo, difícilmente va a poder gobernar a terceras personas o los patrimonios de terceras personas.

Por tanto la incapacitación supone una modificación del estado civil de la persona que pasa a tener uno nuevo: el de incapacitado.

El problema que plantea el concepto de la incapacitación, es el de la incapacitación como hecho y el estado civil de incapacitado. Debería quedar claro que se trata de dos cosas distintas. La incapacidad como hecho tiene su acogida en nuestro Derecho, que proclama a la declaración de voluntad inválida cuando falta entendimiento y voluntad. Contrariamente, la incapacitación como institución jurídica parte de un supuesto de hecho que es el contenido en el artículo 200, al que antes hemos hecho referencia, es decir el que la persona no pueda gobernarse por sí misma. En su consecuencia, el concepto de incapacitación es más amplio, pero de aplicación más restringida y condicionado a un fin que es impedir a la persona incapaz que se "malgobierne" a sí misma.

#### Extensión

Artículo 269 Código Civil *El tutor está obligado a velar por el tutelado y en particular:*

1. *A procurarle alimentos.*
2. *A educar al menor y procurarle una formación integral.*
3. *A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.*
4. *A informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.*

Conforme con el artículo 210 del Código Civil, para cada situación distinta debe adoptarse un tratamiento diferente. De esta forma, el Juez no se encuentra encorsetado para señalar la extensión de la incapacitación conforme a unos u otros supuestos de hecho. Así pues, desde el principio de la máxima libertad al órgano jurisdiccional, manos a plantearnos la extensión

de la sentencia de incapacitación en el sobre plano patrimonial y personal.

**En el plano patrimonial**, se parte del principio de que la inactividad del patrimonio es algo que no se desea por la conciencia social, de tal forma que la imposibilidad de gobierno por parte del titular no debe desembocar en la inactividad del propio patrimonio, pues de otra forma no generaría la riqueza no, por tanto, cumpliría la función social a que está destinado. La sentencia alcanza a privar al individuo de la capacidad de obrar en la parte de patrimonio que no puede manejar, desapareciendo y superándose la equivalencia entre incapacitación y privación absoluta de poderes patrimoniales. En teoría, por lo menos, pueden existir supuestos de incapacitación que no operan privaciones patrimoniales algunas. Por ejemplo, un paranoico puede mantener su posición como coadministrador de una sociedad de gananciales.

**En el plano personal**, la cuestión se planteará desde un punto de vista técnico peor el debate médico. Efectivamente, en el plano personal hay que dilucidar el tratamiento más adecuado para el incapaz. el tutor, según la interpretación que se desprende del párrafo tercero del artículo 269 del Código Civil, deberá decidir sobre el mejor tratamiento. El Juez, por imperativo del párrafo cuarto del mismo artículo 269, debe estar informado, pero en la sentencia puede marcar pautas para evitar los dos grandes peligros de la extensión de la incapacitación al plano personal del individuo: la mala fe y el desconocimiento. Es claro que la mala fe puede por parte de los órganos tutelares puede acarrear serios inconvenientes personales al tutelado; así mismo, por desconocimiento pueden no aplicar las medidas que verdaderamente protegerían al incapaz. El remedio a ello es que la sentencia sea clara y contenga obligaciones concretas del tutor.

Como se acaba de poner de manifiesto, la sentencia o resolución judicial declarando la incapacitación no puede restringir la total capacidad de obrar del individuo. El problema a dilucidar, y que ya hemos apuntado antes, es el de las ineptitudes de hecho. Efectivamente, el Código Civil nos trae ejemplos del ciego, el sordo, etc, y sobre la posibilidad que efectúen actos concretos con relevancia jurídica. La pregunta entonces es ¿qué ocurre con el resto de actos no incluidos en la sentencia de incapacitación? La regla aquí es igual que la de antes. Si el acto jurídico de que se trate ha sido efectuado con la voluntad y el entendimiento necesarios para emitir válidamente la declaración de voluntad, es decir, si ha concurrido estrictamente el consentimiento, el acto jurídico será perfectamente válido. En su defecto, habrá de declararse su nulidad por la ausencia de dichos voluntad y entendimiento.

Desde el punto de vista práctico, hay que demostrar, aunque sea mediante presunciones, la falta de entendimiento y voluntad: el problema es delicado, por lo que la única solución práctica es que el juez en la propia sentencia cite actos concretos que deban ser objeto de atención especial.

Modificaciones en las resoluciones sobre incapacitación

Aunque en el caso de personas mayores que son incapacitadas por afecciones relacionadas con el deterioro normalmente achacado a la edad no será de

aplicación común, es conveniente remarcar que, conforme con el artículo 211 del Código Civil

*"La sentencia recaída en un procedimiento de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse judicialmente una nueva declaración que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida".*

Se trata de adecuar la realidad médica y la realidad jurídica, pero no la una a la otra, sino garantizar su compromiso de equivalencia. Es decir, en los procesos de incapacitación hay que demostrar la existencia de una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico, con la consecuencia de impedir la autogobernabilidad del individuo, naturalmente que variando este tipo de deficiencias deberá de variarse la resolución recurrida y mantener este ideal compromiso de equivalencia.

En este punto se debería resaltar que, en principio, sólo están legitimados para iniciar un procedimiento de incapacitación los hijos, padres y cónyuge del presunto incapaz. Cualquier otra persona que crea conveniente el inicio del proceso debería poner las circunstancias en conocimiento del Ministerio Fiscal que sería el que decidiría si incoa el procedimiento o no. Si lo inicia la familia el fiscal será el encargado de defender al presunto incapaz (el juicio se organiza "contra" es y se entiende que siempre debe haber alguien que le defienda), mientras que, si lo inicia el Fiscal, se nombra un defensor judicial. Esta diferencia tiene importancia desde el punto de vista económico ya que, una familia que desee iniciar un proceso de incapacitación se enfrenta a un proceso que requerirá contratar abogado y procurador a su costa, mientras que si, meramente lo ponen en conocimiento del Fiscal, y éste decide iniciar el procedimiento no se producirá gasto para quien haya comunicado la situación. En cualquier caso las sentencias no tendrán lo que se entiende como "excepción de cosa juzgada" por lo que, modificada las circunstancias podría modificarse la sentencia.

Como conclusión, afirmar que no es definitiva en sí misma una sentencia de incapacitación, y que está siempre abierta a su modificación en más o en menos para que no se produzcan en tema tan importante como el de restricción de capacidad de obrar, distorsiones que no quiere en ningún momento nuestro ordenamiento jurídico.

## **LAS INSTITUCIONES TUTELARES**

### Tutela y curatela

En este apartado del trabajo trataremos de estudiar los conceptos de tutor y curador ya que serán instituciones que normalmente se impondrán tras un proceso de incapacitación y tienen una gran importancia en el campo de la gerontología ya que en ocasiones supone poner al mayor en una situación

equiparable a la del niño.

## Tutela

El artículo 215 del Código Civil señala el ámbito extenso y variado de la institución y de sus grados. Efectivamente este artículo describe una serie de sistemas de protección a favor de aquellos individuos que no pueden gobernarse por sí solos y, sobre los que ha recaído una sentencia, tras el oportuno proceso de incapacitación.

Artículo 215 Código Civil *"La guarda y protección de la personas y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

1. *La tutela*
2. *La curatela*
3. *El defensor judicial."*

El referido artículo 215 del Código Civil se refiere a la persona y a los bienes como objeto de guarda y protección, pero ha de quedar claro que no es necesaria la existencia de un patrimonio para la tutela, pues el trasfondo de esta institución no es otro que el de cubrir la ausencia de la patria potestad o poder familiar.

En materia de tutela se ve clara la enorme importancia que tiene la figura del órgano jurisdiccional en cuanto a la constitución y al ejercicio o desempeño de las funciones tutelares. Existe un buen número de artículos del Código Civil que, al referirse a la constitución de la tutela otorgan una intervención preponderante al juez. También decjan claro el principio de la autoridad judicial como el medio presumiblemente más eficaz para defender al incapacitado.

Por lo que se refiere a quienes pueden desempeñar el papel de tutor, es importante la novedad que plantea la legislación en la materia, de que el tutor puede ser una persona jurídica siempre que no tenga ánimo de lucro y entre sus fines figure la protección de menores. Vemos que nos estamos refiriendo a la tutela de menores y no de personas mayores, esto es así de forma estricta y cabría preguntarse si se puede extender el artículo 172 a la tutela de adultos. En Catalunya sí se puede, ya que desde la entrada en vigor de la Ley 39/1991 de la tutela i insituciones tutelar, lo que el Código Civil reserva para la guarda y tutela de menores se ve ampliado a todo tipo de tutelas, así, el artículo 19 de la referida ley dice *"Pueden ser tutores todas las personas que estén en pleno ejercicio de sus derechos y no estén declaradas inhábiles por la ley, también pueden serlo las personas jurídicas dedicadas a la protección de menores e incapacitados que no tengan ánimo de lucro. En este caso será necesario nombrar un protutor extraño a la institución"*. La figura del protutor, no existente en el Código Civil, supone una figura de control y garantía de que el tutor actúe en interés del incapacitado siendo sus funciones: autorizar algunos actos del tutor de especial relevancia, confeccionar los inventarios de bienes a

que obliga la ley, fiscalizar las cuentas anuales que obligatoriamente deben presentarse e informar al juez de los incumplimientos que pueda cometer el tutor.

Sobre la conveniencia de que existan instituciones dedicadas a ejercer de tutores de personas mayores incapacitadas, en principio no plantean problemas de índole legal, especialmente teniendo en cuenta la Ley catalana. Ahora bien, pueden plantearlos de índole práctico ya que existe la posibilidad de que la tutela se convierta en algo meramente formal por falta de medios de la institución. Hay que reflexionar sobre el hecho de que con frecuencia el director de una persona jurídica que puede ser quien desempeñe la tutela, no tiene los medios ni, por tanto, la capacidad que requeriría la atención directa del tutelado.

## Curatela

Se trata también de una institución protectora que asegura a los no plenamente capaces de obrar, la asistencia de otra persona en la realización de determinados actos jurídicos; a la curatela se refieren específicamente los artículos 286 a 293 del Código Civil.

El curador se nombra, por tanto, en beneficio, por lo que aquí interesa, de los incapacitados, a quienes se coloca bajo esta protección en atención a su grado de discernimiento, con como señala el artículo 287 del Código Civil.

Artículo 286 *"Están sujetos a curatela:*

- 1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.*
- 2. Los que obtuvieran el beneficio de la mayor edad.*
- 3. Los declarados pródigos."*

Artículo 287 *"Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o , en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento"*

La función del curador con los incapacitados, es decir, el sentido de esta institución, no es otra que la de asistirles en aquellos actos en que lo imponga expresamente la sentencia más en todos aquellos casos que la ley lo hace obligatorio de forma igual para tutores y curadores.

La naturaleza jurídica de la tutela y la curatela es diferente. Mientras que el tutor es un representante, de tal forma que el incapacitado no puede actuar en la esfera en que se le ha privado de su capacidad, y suple, por tanto la misma, el curador, completa la capacidad del sometido a ella, por lo que deben tener diferente tratamiento los actos celebrados sin tutor o sin curador cuando ellos son precisos.

## La autotutela

Hasta 1996, la ley no preveía ninguna forma en la que un capaz pudiese influir en su posible futuro proceso de incapacitación. Ha sido en Cataluña donde, utilizando el Parlamento su capacidad para regular ciertas materias de derecho civil, se ha regulado por primera vez en España esta posibilidad, estableciendo una figura que se ha dado en conocer como "autotutela".

Concretamente ha sido la ley 11/1996, de 29 de julio (publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya de 2 de agosto) la que ha establecido que cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, pueda nombrar en escritura pública, o sea ante notario, a uno o más tutores, establecer sustitutos e, incluso, ordenar que alguna persona quede excluida de la posibilidad de ser nombrado tutor. Como podría darse el caso de cambio de circunstancias, la ley prevé también que la designación hecha en su día pueda ser impugnada ante los tribunales cuando llegue el momento del nombramiento efectivo del tutor.

Los nombramientos efectuados al amparo de la Ley pueden hacerse siempre de forma reservada, ni siquiera es necesario que el designado tenga conocimiento de la existencia de la declaración. Para garantizar esa confidencialidad la Ley prevé la creación de un registro (el Decreto 360/1996, de 12 de noviembre establece su funcionamiento) al cual los notarios comunicarán la existencia de un nombramiento voluntario. En caso que la persona sea declarada incapaz, el juez, antes de nombrar tutor, consultará en el registro si existe alguna manifestación del incapaz y, en caso afirmativo, pedirá al notario que le haga llegar la escritura. Finalmente la persona designada deberá manifestar su voluntad de ejercer la tutela ya que ésta nunca puede ser impuesta.

## LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS EN GENERAL

### Marco legal

Podemos decir que el marco en que se engloba la normativa referente al ingreso de personas mayores en residencias está formada por una parte por la Constitución Española de 1978 que establece en su artículo 9 el derecho de los españoles a elegir el lugar de su residencia y a circular libremente por el estado, el artículo 17 recoge el derecho a la libertad y el 15 a no recibir tratos inhumanos o degradantes. De la misma Constitución emana el derecho a no ser privado de libertad sin la intervención de un juez.

Así mismo España ratificó en 1979 el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece que toda persona privada de libertad mediante detención preventiva o internamiento, tendrá derecho a recurso ante el órgano judicial a fin de que se

pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de la privación de libertad y ordenar su liberación si fuere ilegal el internamiento practicado.

## Antecedentes

Una forma de considerar la importancia que da el legislador, y en cierto sentido, la sociedad, a una cuestión, es ver cómo esa cuestión ha sido regulada a través del tiempo. Si intentamos encontrar una norma que regule el ingreso de personas mayores afectas per causas de incapacidad en residencias, no encontramos nada hasta 1990 (Decreto 145/1990 del que se tratará al analizar la norma catalana), por ese motivo debemos ir a las fuentes que regularon el internamiento, en general, de dementes en establecimientos. En estos dos Reales Decretos se observa la preocupación del legislador por tratar de garantizar la libertad de las personas, siendo de destacar la intervención judicial y los controles gubernativos y médicos que se establecían. Pero si bien hay una preocupación por la persona, no se produce ésta respecto del patrimonio, con lo que (como dice Bercovitz en *La marginación de los locos y el Derecho*, Madrid, 1976, pág.138, citado por José Manuel Lete en *Comentarios al Código Civil*) se producía una incapacitación patrimonial de facto, sin ninguna garantía con respecto a la administración de los bienes, normalmente en manos de las personas más allegadas.

Así encontramos que, antes de 1931 solamente dos normas regularon en España el internamiento. El Real Decreto de 12 de Mayo de 1885, que aprobó el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno del manicomio de Santa Isabel de Leganés, cuyos artículos 52 a 58 contenían el régimen de admisión de los alienados, y los artículos 59 a 65, los de la salida temporal y definitiva de los mismos. Y el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, sobre hospitalidad de los dementes que ingresan en los manicomios en observación o en reclusión definitiva.

Desde entonces hasta la modificación del Código Civil hecha mediante la Ley 13/1983, de 24 de Octubre, los internamientos involuntarios sólo sufrieron una modificación en nuestro ordenamiento, modificación llevada a cabo por los Decretos de 3 de julio de 1931 y de 27 de mayo de 1932, este último aclaratorio del anterior. en esta legislación, el control de los internamientos involuntarios, prevenidos básicamente para los enfermos mentales en establecimientos psiquiátricos, venía atribuido al gobernador de la provincia, el que ordenaba de oficio al inspector médico del distrito donde estaba emplazado el enfermo el reconocimiento del mismo y la remisión del informe correspondiente. Se imponía además al director del establecimiento, la obligación de remitir al Juez de primera instancia una parte por duplicado, que será devuelto por el Juzgado, sellado, dentro del día siguiente de su recepción. La intervención judicial en el internamiento era, por tanto, meramente burocrática y no de control. Ninguna mención específica se hacía entonces a los internamientos involuntarios de personas de la tercera edad en residencias.

con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 se hizo necesario un

cambio legislativo en materia de internamientos. Nuestra Constitución vino a reconocer como derechos fundamentales el derecho a la vida y a la integridad física y moral en el artículo 15 y el derecho a la libertad en el artículo 17, añadiendo además esta última disposición que nadie podía ser privado de su libertad sino con observancia de lo establecido en dicho artículo y en los casos previstos en la Ley.

En desarrollo del texto constitucional, en 1984 se publicó la ley orgánica 6/1984, de 24 de mayo, de "habeas corpus", en cuyo artículo 1º b) se considera ilegalmente detenidos a los ilícitamente internados en cualquier establecimiento o lugar.

Siguiendo los postulados de países de nuestra área cultural, España ratificó en 1979 el Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en cuyo artículo 5.1. garantiza el derecho a la libertad y disponía que nadie podía ser privado de la suya, salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley, añadiendo en su letra e) como supuesto para tal privación el internamiento conforme a Derecho de un enajenado.

Con estos precedentes llegamos a la reforma del Código Civil de 1983 que, derogando la norma de 1931, adecua el sistema a la Constitución.

El artículo 211 del Código Civil

Es el que contiene el procedimiento de internamiento, y como veremos, es la base de otras normas específicas para residencias para personas mayores:

*"El internamiento del presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesario la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas".*

*El Juez, tras examinar a la persona y oír un dictamen de un facultativo por él designado, concederá la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.*

*Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente, y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento"*

La Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor modificó el redactado del artículo 211 cambiando las palabras "internamiento del presunto incapaz" por "internamiento por motivos psíquicos".

Viendo el artículo observamos que hay dos tipos de internamiento, el urgente y el ordinario.

## Internamiento Urgente

Es el previsto por el artículo 211 del Código Civil cuando dice que el internamiento requerirá previa autorización judicial "salvo que razones de urgencia hiciese necesaria la inmediata adopción de la medida". Este es el tipo de internamiento más frecuente en la práctica cuando es consecuencia de una enfermedad psíquica que afecta a jóvenes o a personas de mediana edad, acudiéndose al ingreso por la vía de urgencia al llegar el enfermo a una situación tal de inminente deterioro que corre peligro para sí mismo o para los que le rodean. Puede y debe el médico en estos casos proceder directamente al internamiento sin recabar ningún tipo de autorización judicial, y a instancia de cualquiera que lleve la necesidad del mismo a su conocimiento. Practicado el internamiento, habrá de comunicarse al Juez en el plazo de veinticuatro horas, el que deberá personarse en el centro médico y examinar al internado, así como recabar nuevo informe médico, antes de dictar el auto autorizando o denegando el internamiento.

## El internamiento ordinario

Viene recogido en el artículo 211 cuando establece que el Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización. Este tipo de internamientos debería ser el más frecuentes entre las personas de tercera edad afectas a determinadas deficiencias físicas o a enfermedades degenerativas progresivas que afectan la capacidad mental.

Para la tramitación en estos supuestos de la solicitud de internamiento deberá acudir al Juzgado de 1ª instancia del domicilio de la persona a internar, procediendo seguidamente el Juez a examinar a ésta y a instar de un médico, normalmente el forense del Juzgado, el oportuno informe escrito sobre la conveniencia del internamiento solicitado. Hay que entender que, en principio, cualquier persona puede poner en conocimiento del Juez la necesidad del internamiento, ya directamente, ya a través del Ministerio Fiscal.

## **ELEMENTOS COMUNES A TODO INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO**

### El Sujeto Pasivo

Teniendo en cuenta las observaciones que se han hecho anteriormente, el sujeto pasivo del internamiento involuntario prevenido en el artículo 211 del Código Civil, ha de ser una persona física, mayor de edad o menor emancipado, que padezca una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, permanente o transitoria que le impida gobernarse por sí mismo.

Como veremos más adelante, uno de los problemas con el que nos enfrentamos cuando tratamos de temas de internamiento, y en especial el de personas mayores, es el de las diversas interpretaciones que dan escritores y jueces sobre ciertos aspectos de la ley. Así, un amplio sector doctrinal

mantiene que el internamiento que se prevé en artículo 211 es exclusivamente aplicable a presuntos incapaces, esto supondría extenderlo solamente a los que padecen una enfermedad o deficiencia persistente. De seguirse ese criterio no podríamos incluir en este artículo a los ya incapacitados ni a los que estuvieran sufriendo una enfermedad o afección transitoria. Otros, entre ellos, Luis Terrero Chacón (Magistrado Juez del Juzgado 40 de Madrid, en su artículo "Internamientos Involuntarios", INSERSO, 1992), defienden que el artículo 211, al menos en su modalidad de procedimiento de urgencia, es aplicable ya sea el trastorno que padece el sujeto transitorio o permanente y con independencia de que el mismo pueda estar incurso en un procedimiento de incapacitación o no, e incluso en el supuesto de que ya hubiera sido incapacitado y sometido al correspondiente cargo tutelar. Por otro lado, la experiencia demuestra muy a menudo la existencia de enfermos que precisan un internamiento involuntario por un trastorno psíquico transitorio y esporádico que, una vez curado, no se tiene porqué repetir a lo largo de toda su vida. Estas personas necesitan ser internadas, pero no podrán ser incapacitadas, al no reunir el requisito de la persistencia en la enfermedad o deficiencia exigido por el artículo 200 del Código Civil (texto al comienzo del trabajo). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció en el caso Asigadane (referenciado por el Magistrado José Luis Terrero) que el sujeto a internar debe estar afectado por un trastorno o deficiencia de carácter o amplitud suficiente como para legitimar el internamiento.

### El lugar del internamiento

Como veremos más adelante éste es otro de los problemas que se plantean y en el que hay diferentes posturas enfrentadas. Según TERRERO<sup>25</sup> "pese a las diferentes posturas doctrinales mantenidas al respecto, hay que entender aplicable el artículo 211 a todo internamiento que se lleve a cabo e un hospital psiquiátrico, residencia asistida o institución análoga que el internado no pueda abandonar por su propia voluntad". Esta opinión contrasta con la del Juzgado de 1ª Instancia número 37 de Barcelona que el 2 de Abril de 1990 decía "la necesidad de autorización judicial para el internamiento de una persona presuntamente incapaz, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 211 del Código Civil implica que la finalidad de dicho internamiento sea el tratamiento de enfermedades psíquicas o físicas en centros de salud o instituciones especializadas, no estando previsto ninguna otra clase de internamiento en otra clase de centros o lugar"; el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Mataró, en auto de 22 de Abril de 1992 es aun más restrictivo y limita la aplicación del 211 al "ingreso, sin o contra la voluntad de la persona afectada en centros de salud y a los fines de tratamiento de enfermedades psíquicas o físicas". Por el contrario hay Juzgados como el de Manresa y Vic que sí consideran el artículo 211 aplicable a residencias geriátricas. En las conclusiones de este capítulo se tratará esta divergencia de opiniones jurisdiccionales de una forma más detallada y se intentará dar una explicación a la misma así como una posible solución que se ha originado en

---

<sup>25</sup> TERRERO CHACON, José Luis. Internamientos involuntarios, en Servicios Sociales y Derecho. Madrid. INSERSO, 1992

el propio poder judicial.

### La no voluntariedad del internado

Para que sea preceptivo el control judicial del internamiento, es necesario que el sujeto internado lo esté contra o sin la concurrencia de su voluntad. En este punto se plantean principalmente dos problemas. En primer lugar, la valoración de la capacidad de la persona a internar para emitir válidamente una declaración de voluntad a favor o en contra del internamiento en el momento de practicar éste, y, en segundo lugar, los cambios en la voluntariedad de la persona ingresada a lo largo del internamiento.

La valoración de la capacidad para emitir una declaración de voluntad en el momento del internamiento corresponderá al médico del centro en que se practique aquél, el que, si tuviese dudas sobre la validez del consentimiento, deberá considerar que la persona ha ingresado involuntariamente. En cualquier caso, será necesario que el que ingresa en el centro como voluntario suscriba la correspondiente hoja de ingreso.

Por lo que se refiere a los cambios que con posterioridad al internamiento se produzcan en la voluntad del interno, deberán comunicarse al órgano judicial. Hay que entender que siempre que el interno a lo largo del internamiento haya manifestado su seria oposición al mismo, aunque sea por una sola vez, habrá que aplicarse el artículo 211 y, a todos los efectos legales, considerarle como involuntario, con la consecuente intervención judicial

Aparte de las cuestiones planteadas, el requisito de la voluntariedad no hace preguntarnos si el juez puede, aprovechando la visita a una residencia motivada por un internamiento involuntario, examinar a otros internos respecto de los que el centro no ha dado parte por haber ingresado presumiblemente como voluntarios. Entienden algunos autores que esta posibilidad es viable como única forma de poder comprobar que el internado como voluntario no lo ha sido contra su voluntad, pero esto contrasta con la opinión del Fiscal General del Estado que considera que ésta es una función más propia de los fiscales que de los jueces, así, en la instrucción 3/1990 de la Fiscalía a todos los fiscales de España, después de reconocer la importancia del internamiento en geriátricos: "*Viene siendo habitual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas y postales, lo que resulta gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la libertad de la persona*"; daba las siguientes instrucciones precisas "*Los señores fiscales, en cumplimiento de sus obligaciones, encomendadas específicamente en el artículo 3.7. de su Estatuto Orgánico y al amparo de lo establecido en el artículo 4, deberán:*

*1º) Visitar cuando lo estimen oportuno y con la natural prudencia las residencias de sus respectivos territorios, así como examinar los expedientes de los internados.*

2º) *Requerir información periódica a las autoridades administrativas en relación a las deficiencias observadas por sus propios servicios de inspección, por si de ellas pudiera derivarse responsabilidad penal.*

3º) *Si fuera preciso, no dudarán en dar a cuantos funcionarios componen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones necesarias tendentes a la investigación de aquellos hechos que se consideren oportunos.*

4º) *Poner en conocimiento de la Autoridad administrativa, cuantas irregularidades lleguen a su conocimiento, a fin de que se corrijan administrativamente cuando no sean constitutivas de infracción penal.*

5º) *De forma especial velarán para que el interés patrimonial de los internados no sufra menoscabo alguno, debiendo a tal fin promover la constitución de los organismos tutelares oportunos, en los casos en que el deterioro psicológico o físico de los ancianos les impida o imposibilite la prestación de su consentimiento en actividades de disposición patrimonial." Vemos, pues que, además de problemas interpretativos, concurren también problemas de competencia.*

No se puede acabar este apartado sin hacer referencia al supuesto en que el internado, que ingresó voluntariamente y capaz en el centro, posteriormente deviene presunto incapaz. Esta eventualidad suele acontecer frecuentemente en las residencias, en las que se hallan ingresadas personas de la tercera edad. En estos supuestos debería ser de aplicación el artículo 211 del Código Civil, debiendo el director del centro poner en conocimiento del Juzgado la situación de internamiento como si fuera involuntario, desde que el anciano ha perdido su capacidad de discernimiento y por tanto su capacidad de elección. También desde ese momento el director del centro, si fuera una autoridad o funcionario público, tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una persona sujeta a una posible causa de incapacidad en virtud de lo que establece el artículo 203.1 del Código Civil.

*Artículo 203 El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones pudiera dar lugar a responsabilidades en el ámbito civil y penal, en todo caso, y mientras que por la Autoridad Judicial o el Ministerio Fiscal no se disponga de otra cosa sobre la situación personal y patrimonial de la persona internada, los directores de los centros deben ser cuidadosos guardadores de quienes se hallan bajo su custodia, pudiendo el Juez en cualquier momento, exigirles rendición de cuentas sobre su gestión e imponerles los mecanismos de control que

considere más conveniente según el artículo 303.

*Artículo 303. ...cuando la Autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

### La intervención del facultativo en el internamiento

Es éste un tema de vital importancia y que ha planteado muchas dudas entre el personal médico por falta de claridad del artículo 211. Efectivamente, frente a lo que pudiera deducirse del texto del citado artículo, el Juez no interna sino que autoriza el internamiento, procediendo a dicha autorización con posterioridad o con anterioridad a aquél, según se haya practicado el mismo por el procedimiento de urgencia o por el ordinario.

Debemos distinguir, para concretar la intervención del médico, entre los internamientos urgentes y los ordinarios. Respecto a los internamientos por la vía de urgencia, no se comprende porqué los médicos se resisten a practicar en estos casos el internamiento directamente, ya que se encuentran perfectamente legitimados para ello en base al artículo 211 del Código Civil, salvando siempre la necesidad de que se comunica a la Autoridad Judicial el referido internamiento en el plazo de 24 horas. Por lo tanto, se podría llegar a plantear que la negativa del médico al internamiento en caso de urgencia pudiese dar lugar a responsabilidades legales en el ámbito civil. El médico, deberá tener en cuenta para decidir sobre la oportunidad del internamiento, en el caso de urgencia, su procedencia terapéutica para la curación del enfermo y el peligro que para el mismo y para terceros puede suponer la no adopción de la medida. En el area de los internamientos psiquiátricos tendrá más importancia el primer aspecto (el terapéutico), pero cuando tratamos del ingreso de personas mayores en residencias se puede aceptar que la función del médico puede verse influenciada también, y hasta cierto punto, por cuestiones más cercanas al índole social. De esta forma no se considerará tanto si el residente precisa un tratamiento sofisticado de forma urgente, como el hecho que el cuidado que requiere no pueda ser prestado en el entorno en que se encuentra. En las conclusiones del trabajo trataremos del uso y abuso de la norma existente.

Aunque el internamiento se haya practicado con la intervención de un médico por la vía de urgencia, el Juez deberá contar con el dictamen de otro a posterior para proceder a la autorización.

La intervención del médico en el internamiento ordinario consistirá en la redacción de un informe previo sobre la procedencia del internamiento, que posteriormente ha de autorizar o denegar el Juez.

## El control posterior del internamiento

Establece el último párrafo del artículo 211 del Código Civil que el juez podrá recabar en cualquier momento información para determinar si debe proseguir el internamiento y en todo caso cada seis meses, pudiendo acordar lo procedente sobre la continuidad del mismo.

En principio, el internamiento debe durar el tiempo mínimo imprescindible, ya que constituye una limitación de libertad. Se ha planteado, de forma teórica, pero sin que consten casos reales, el tema del control que puede ejercer el Juez sobre el tratamiento concreto que se esté administrando al involuntariamente ingresado y en la determinación del momento en que no procede continuar con la situación. La opinión más firme la refleja MARTIN GRANIZO<sup>26</sup> (La incapacitación y las figuras afines, Colex 1987), según el cual el médico puede dar la baja al paciente cuando lo crea conveniente, sin otra obligación que la de comunicarlo a la oficina judicial. La razón de esta argumentación responde a la propia esencia del control judicial de los internamientos, ya que si éste tiene por finalidad garantizar el derecho fundamental a la libertad y que el internado no sea privado de libertad ilegalmente, no tiene sentido que el Juez pueda impedir que el paciente recupere aquella. Esta argumentación podría plantear problema cuando se aplica a mayores ingresados en residencias (no olvidemos que los razonamientos de Granizo y la mayoría de autores no contemplan al anciano sino al joven enfermo psiquiátrico) ya que en algunas ocasiones en las que el juez autoriza el internamiento lo hace, no como una limitación de la libertad del residente, sino como una medida de protección de su integridad y la de su patrimonio, instando paralelamente al fiscal para que inste un procedimiento de incapacitación.

### La oposición del internado

Una vez practicado el internamiento podríamos preguntarnos si el que ha sido ingresado puede oponerse de alguna forma al mismo. Desde el punto de vista de Bercovitz<sup>27</sup>, se deberían diferenciar dos casos: el internamiento urgente y el ordinario.

En el internamiento urgente, hasta que el mismo es puesto en conocimiento del juez, cabría al internado utilizar el procedimiento "habeas corpus", lo que obligaría al director del establecimiento a poner al ingresado a la disposición inmediata del juez de instrucción. Esta posibilidad sería más teórica que práctica ya que, existiendo la obligación de poner en conocimiento del juez el internamiento en el breve plazo de veinticuatro horas, la posibilidad práctica es mas bien reducida.

En el internamiento ordinario o en el de urgencia, después de que el Juez autorizara el internamiento, el ingresado tendrá derecho, transcurrido un

---

<sup>26</sup> MARTIN GRANIZO, Antonio. La incapacitación y las figuras afines. Colex, Madrid, 1987.

<sup>27</sup> BERCOVITZ. La protección jurídica de la persona en relación con el internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por motivos de salud". Anuario de Derecho Civil. 1984.

tiempo prudencial, a recurrir el mismo ante la a Autoridad Judicial, según el criterio mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del artículo 5.4 del Convenio de Roma. Dicho recurso producirá una sentencia confirmatoria o desestimatoria de la previa decisión judicial.

### Aspectos Procesales

La competencia para la tramitación de estos expedientes corresponden a los jueces de Primera Instancia. Ello, no obstante, si el Juzgado de Primera Instancia no se hallare abierto al público y la petición que hubiera de hacerse no admitiera demora, deberá ser el Juzgado de Instrucción de guardia el que resuelva sobre la misma, adoptando las medidas que crea conveniente, aplicando directamente el artículo 211 y remitiendo posteriormente, una vez practicadas las diligencias inaplazables, el expediente al Juzgado de 1ª Instancia que corresponda para continuar el procedimiento.

En determinadas poblaciones como Madrid y Barcelona se han creado Juzgados especializados en tutelas e internamientos. Estos se encargan exclusivamente de este tipo de procedimientos y atienden las solicitudes que se les formulan únicamente en el horario de mañana propio de los Juzgados de Primera Instancia.

La competencia territorial, según criterio mayoritario de la doctrina viene atribuida al Juzgado del domicilio del interno, y ello porque la mayor parte de los autores entienden que debe aplicarse el artículo 63.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil

No es ésta, en cambio la opinión que parece más conveniente al Magistrado José Luis Terrero (vid supra), según el cual la competencia debe venir siempre atribuida al Juzgado en cuyo partido judicial se encuentra el centro en que se lleve a cabo el internamiento, cuando éste deviene por la vía de urgencia. Cuando el internamiento se tramita por la vía ordinaria, la solicitud habrá de formularse ante el Juez del domicilio del sujeto a ingresar, el que decidirá sobre la autorización del internamiento. Admitido éste, si hubiera de llevarse a cabo en un centro correspondiente a otro partido judicial, el Juez que lo autorizó deberá remitir el expediente al Juez de dicho partido para que continúe con el control del internamiento hasta su conclusión.

La razón de que el mencionado magistrado mantenga esta opinión, la encuentra en la propia esencia del artículo 211. Efectivamente, como se desprende de lo expuesto hasta ahora, a través de ese artículo se pretende el control judicial de los internamientos involuntarios, y mal se podría llevar a cabo dicho control si las actuaciones judiciales relativas al mismo se tuvieran que practicar por un Juez distinto de aquel que autorizó el internamiento. Además, éste es el criterio que se está siguiendo en la práctica por parte de hospitales y residencias de las grandes ciudades y sus alrededores, remitiendo los partes de ingreso al Juzgado en cuya demarcación se hallan, con independencia de cual sea el domicilio del ingresado, y encargándose dicho Juzgado de la tramitación del expediente.

Un argumento que también fundamenta la opinión de José Luis Terrero la encontramos en el repertorio de decisiones que examinaremos. De entre las que se han estudiado se han detectados diferentes motivos que dieron lugar a la no estimación de la solicitud sin entrar en el fondo, o sea limitándose a considerar cuestiones formales. En ningún caso dictaminó el juez como error de forma el hecho de haberse presentado la solicitud en el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la residencia cuando el domicilio previo del residente era diferente.

De todo lo expuesto podemos concluir que la regulación que la reforma de 1983 introdujo en el Código Civil en materia de internamientos involuntarios es notoriamente defectuosa, como lo será su traslación al ingreso de residentes en centros de mayores. En primer lugar, se introduce el artículo 211 dentro del capítulo relativo a la incapacidad, cuando es posible el internamiento de personas que no requieran una posterior incapacitación. A su vez, la interpretación restrictiva que imperativamente debe tenerse en cuenta con relación al precepto, al limitar el derecho fundamental a la libertad, impide la aplicación del artículo a personas que, al menos no sean potencialmente incapacitables.

En segundo lugar, en la reforma comentada no se refieren los criterios que deben considerarse para proceder al internamiento, cuándo debe entenderse que el internamiento es urgente, quien está legitimado para instarlo, tanto el urgente como el ordinario, y qué requisitos precisa la solicitud del internamiento ordinario así como el procedimiento por el que deben tramitarse los dos tipos de internamiento. Estos problemas tienen plasmación práctica como veremos al considerara autos concretos que han sido recogidos tras ser emitidos por diferentes juzgados de Catalunya.

Finalmente, nada contiene la reforma sobre la situación del internado, sus derechos y la posibilidad de oponerse al internamiento acordado, así como sobre el control de los tratamientos a que puede ser sometido. Tampoco la nueva legislación se ha pronunciado más que esporádicamente sobre los mecanismos de control posteriores al internamiento ni sobre la intervención judicial en la baja del enfermo.

La norma catalana de ingresos en residencias.

Nos centraremos, a continuación en el reflejo concreto en el campo de las residencias situadas en Catalunya, de los requisitos para realizar el ingreso de una persona. Observaremos como, ante la situación de personas que eran ingresadas por sus hijos o parientes en residencias sin su consentimiento la Administración catalana no ha tomado un camino fijo y recto sino que, en diferentes momentos ha adoptado soluciones diferentes. En 1990 decidió trasladar el artículo 211 del Código Civil a este ámbito. Un traslado no exento de problemas y polémica. Tal como hemos expuesto anteriormente, el 211 reformado en 1983 y después en 1996, en su aplicación para enfermos mentales que requerían internamiento, o sea, en la aplicación directa para la

que había sido pensado, ha sido criticado y definido como imperfecto por la doctrina. La voluntad de aplicar el mismo artículo al ingreso de mayores en residencias ha visto aumentadas las críticas y la polémica.

Empecemos por considerar el Decreto 145/1990 y en especial su artículo 5 (se mantiene en catalán para resaltar los matices que lo diferencian del original 211):

*5.1. Per efectuar l'ingrés en un establiment residencial, serà condició necessària la prèvia i lliure manifestació de voluntat de la persona que hagi d'ingressar.*

*5.2. A aquests efectes, tots els establiments hauran de requerir, amb antel·lació a l'ingrés un informe mèdic de la persona que vulgui ingressar.*

*5.3. En cas que no es presumeixi l'existència d'una possible causa d'incapacitat en els termes que estableix l'article 200 del Codi Civil, la persona a ingressar haurà d'efectuar declaració documental, en presència d'un responsable del centre, en el sentit que l'ingrés s'efectua amb el seu consentiment i lliure voluntat.*

*5.4. En cas que de l'informe mèdic es desprengui l'existència d'una presumpta causa d'incapacitat, serà necessària l'autorització judicial prèvia a l'ingrés. Si circumstàncies excepcionals aconsellen la necessitat urgent de l'ingrés, aquest s'entendrà fet de forma provisional fins que es compti amb l'autorització judicial corresponent, que serà demanada en el termini assenyalat per la normativa vigent.*

*5.5. Als efectes d'aquest Decret, s'entendrà que existeix presumptió d'incapacitat quan la persona presenti malalties o deficiències persistents de caràcter físic-psíquic que li impedeixin valer-se per ella mateixa, segons regula la normativa vigent.*

*5.6. La documentació referent a les declaracions voluntàries d'ingrés i també la relativa a les autoritzacions judicials serà custodiada pels responsables dels establiment.*

El artículo a simple vista nos está remitiendo a la norma del Código Civil para lo que se refiere al ingreso en residencias lleva por título "la libertad de ingreso". La fecha de su publicación (3 de mayo de 1990), así como la de la circular de la Fiscalía a la que hemos hecho referencia, coinciden en el tiempo con la publicación en la prensa de un caso en el que aparentemente una residencia sometía a sus clientes a condiciones infrahumanas. Parecería pues que, ambos textos respondieron en su momento a un hecho concreto, no siendo el fruto de un trabajo madurado y estudiado en profundidad.

De este hecho surgen varios problemas, algunos que aparentemente no deberían plantear problemas y otros con más relevancia. Así nos encontramos con que una norma pensada para el "internamiento" se convierte en otra que con el mismo procedimiento habla de "ingreso".

La palabra "internamiento" es el sustantivo del verbo "internar", el cual significa penetrar uno en el interior de un espacio. El verbo internar es sinónimo de encerrar, recluir. Recluir significa encerrar, y reclusión es el

encierro voluntario o forzado, a la vez que indica el sitio en que uno está recluido. Por consiguiente, internar o recluir quiere decir encerrar o recluir a una persona en un sitio, en el interior de un espacio.

El precepto legal contenido en el Código Civil no indica, ni dice nada, en cuanto al sitio o lugar del encierro o internamiento, pero si se tiene en cuenta que habla de presunto incapaz y que esta incapacidad puede proceder por causa de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, habrá que entender referido el internamiento a cualquier centro o institución en el que se lleve a efecto el tratamiento, recuperación, rehabilitación o reinserción de quien sufre dichas afecciones; es decir, no sólo a las clínicas, hospitales o centros psiquiátricos, sino a aquellos centros, clínicas o establecimientos dedicados al tratamiento, educación o rehabilitación de enfermos, toxicómanos... pero, ¿también para residencias de personas mayores? Parece ser que sí, ya que así lo interpreta la Fiscalía General del Estado y el Decret 145/1990, pero no lo entiendes así algunos jueces. Así, el Juzgado de Primera Instancia número seis de Mataró, en Auto de 22 de abril de 1992 dice "*El artículo 211 del Código Civil contempla en internamiento de persona presuntamente incapaz, estableciendo la necesidad de autorización judicial del mismo, en el bien entendido que dicho internamiento se refiere al ingreso, sin o contra la voluntad de la persona afectada, en centros de salud y a los fines de tratamiento de enfermedades psíquicas o físicas, como se sigue de la exigencia legal de que, previamente a la resolución judicial sobre la autorización del internamiento, el Juez oiga el dictamen de un facultativo, de un profesional de la medicina; ninguna otra especie de internamiento, en otra clase de centros y/o con otras finalidades, puede efectuarse sin o contra la voluntad de la persona afectada mayor de edad, no incapacitada, aunque se predique su presunta incapacidad, ni el Juez puede autorizarlo, pues tal autorización excedería el ámbito de facultades que le confiere el precepto comentado; por ello no procede siquiera dar a trámite a la comunicación turnada a este órgano jurisdiccional*".

Parece, pues que el Juez entiende que una residencia no es lugar apropiado para realizar un internamiento de los del artículo 211, contrasta radicalmente esta argumentación con la de un auto del Juzgado número 2 de Vic de 21 de Diciembre de 1993 que autoriza el ingreso argumentando que "*Conforme a lo dispuesto en el artículo 211 del Código Civil, el internamiento de un presunto incapaz requiere autorización judicial, previo examen de aquel por el Juez y por un facultativo, cuyo internamiento procede autorizar, bien cuando es preciso el tratamiento médico en establecimiento hospitalario o bien cuando, aún sin ser preciso dicho tratamiento, el ingreso en un centro apropiado resulta razonable y conveniente, a la vista del estado, edad y circunstancias del presunto incapaz*". Hay otros juzgados que, ni siquiera consideran relevante el hecho de tratarse de residencia; por ejemplo el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 21 que, en auto de 19 de septiembre de 1990 decía "*Examinada Dña. MDO por S.Sª y oído el dictamen del médico forense, así como el informe del centro en el que se halla ingresado, se estima procedente, conforme al artículo 211 del Código Civil, autorizar el internamiento, ya que el mismo esta afecto de una demencia senil que anula su capacidad de raciocinio, la imposibilita para*

*los cuidados más elementales de su cuidado y aseo personal, y que la aísla totalmente de su entorno social". Abundando en lo mismo, el Juzgado de Instrucción número 7 de Terrassa en auto de 11 de febrero de 1993 fundamenta una autorización como sigue: "Del examen personal de Dña. PPS y del dictamen emitido por el médico forense se desprende que se trata de una mujer de edad avanzada que presenta una demencia senil con trastornos de memoria y de carácter, con dificultades para valerse por sí misma. Se aprecia una desorientación temporo-espacial, con incapacidad para la concentración y evocación. En consecuencia, concurren todos los requisitos establecidos en el artículo 211 del Código Civil para autorizar el internamiento de Dña. PPS".*

Vemos pues que las discrepancias a nivel de Juzgados en diferentes puntos de Catalunya son algo más que de matiz. Resulta que, tan sólo en el tema de la consideración de una residencia como susceptible de ser regulada por el artículo 211, no existe acuerdo.

Cuando alguien discrepa con una resolución judicial lo normal es que recurra la misma frente a un tribunal superior. Veamos pues que dice la Audiencia de Barcelona: En un auto de 17 de julio de 1991, después de considerar que el artículo 211 se refiere a internamientos forzados para recibir tratamiento dice *"Todo ello es menester recordarlo en el presente caso porque, sin negar que Dña. TB tenga fallos de memoria y otros trastornos que su edad avanzada y la vida solitaria hacen preocupantes, no parece que todo ello le provoque una carencia de percepción de su propia situación de manera que hiciera necesario el internamiento impuesto en régimen cerrado. Lo apuntado se estima tanto más claro cuanto que estamos ante problemas de envejecimiento, es decir, degenerativos, respecto de los que no consta claramente qué es lo que puede hacer la medicina en régimen cerrado que no pueda conseguirse en una residencia de tercera edad en donde ha ingresado sin oposición. Porque con el ingreso desaparecen los inconvenientes de vivir en soledad, al tiempo que puede estar controlada médicamente, combinando así el máximo de seguridad para ella misma y los demás con el mínimo de restricción de su libertad".* Esta decisión, una de las pocas con que contamos a nivel de audiencia no resuelve la cuestión.

Podríamos considerar como aplicable la instrucción de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Tarragona de Marzo de 1993 según la cual:

*"Con el fin de evitar situaciones irregulares y abusos en los ingresos en Centros en régimen de internado, que pueden restringir o excluir la libertad personal sería conveniente se tengan en cuenta las siguientes normas:*

*a) No existe restricción alguna en los supuestos de que una persona de forma libre y por su propia voluntad solicite el ingreso en una residencia, siempre que tal ingreso se efectúe de acuerdo con el reglamento de régimen interno del centro cuyo funcionamiento esté autorizado por la autoridad administrativa correspondiente.*

*b) Cuando la persona interesada en ingresar en una residencia se encuentre*

*afectada de una enfermedad o defecto físico o psíquico que le impide prestar su consentimiento o sea que no ingresaría de forma libre y voluntaria, en tal supuesto, un consentimiento debe suplirse por autorización judicial -artículo 211 del Código Civil- que deberá solicitarse del Juzgado, con carácter previo al ingreso o con posterioridad, en casos de ingreso urgente, comunicándolo el Centro al Juzgado dentro de las 24 horas del ingreso.*

*c) En el supuesto de una persona ingresada ya en una residencia que, al cabo de un tiempo se vea afectada de deterioro físico o mental que, prácticamente anule su consentimiento hasta el punto de que no tenga conciencia de su situación, entonces el Centro deberá ponerlo en conocimiento del Juzgado, recabando la autorización judicial a los efectos de mantener su internamiento, y ello en base al citado artículo 211 del Código Civil.*

*Finalmente, concretar que en ninguno de los supuestos de ingreso en Centros de Internamiento, se hace a instancia del Ministerio Fiscal, quien, no obstante, conocerá de cada caso en el momento que el Juzgado notifique la resolución adoptada sobre la autorización solicitada, valorando así la conveniencia de instar la incapacitación."*

Otro problema que plantea la traslación del Código Civil a la norma de residencias es la consideración que se ha de dar a la voluntariedad del internamiento. El artículo 211 parece tratar claramente del internamiento involuntario. El supuesto de hecho típico del que parte es el de aquella persona que sufre una enfermedad psíquica que hace necesario el internamiento (las desfasadas palabras loco y manicomio vienen a la cabeza) pero parece que se producen desajustes al adaptar el sistema a unas personas que, no es que estén ingresando contra su voluntad sino que sencillamente no pueden formar una. Imaginemos a la persona que, preguntada sobre donde quiere vivir manifiesta que en su casa y con sus padres cuando realmente no es propietaria de casa alguna y sus progenitores murieron hace años. Imaginemos al residente que manifiesta querer vivir con sus hijos cuando éstos no quieren tenerlo en casa o no pueden hacerlo al no disponer de preparación para poder darle los cuidados que precisa. Por último imaginemos al residente que, simplemente, no opina. Son todas situaciones en que el residente no está voluntariamente ingresado pero ¿son susceptibles de autorización judicial? En la mayoría de autos estudiados parece que, ni siquiera se lo plantea el juez al considerarlo como obvio llegando, en algunos casos a denegaciones de la autorización porque se considera que el ingreso es voluntario. Así, el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Barcelona de 29 de junio de 1992 que dice "*en fecha 25 de mayo se llevó a cabo por S.S<sup>a</sup> . el reconocimiento judicial del presunto incapaz durante el cual el mismo pone de manifiesto que se encuentra en la residencia LMG voluntariamente (...) el internamiento referenciado no reúne los requisitos previstos en el artículo 211 del Código Civil, toda vez que el internamiento que sirvió de base al mismo, no tiene carácter de involuntario y por tanto no precisa de resolución judicial"*.

La disparidad de criterios existentes que se aprecia en los autos estudiados no

debe considerarse como algo reciente. Ya en un informe del Defensor del Pueblo de 1981<sup>28</sup> se indicaba que tanto la Administración como los jueces y fiscales, y las entidades sanitarias, aplican criterios contradictorios y de muy distinto alcance, sobre el tema de los internamientos psiquiátricos, lo que produce preplejidad en los ciudadanos. Quiere esto decir que el problema no radica exclusivamente en considerar si el sistema aplicado es o no aplicable a residencias, sino más bien en el mismo sistema.

Aceptando que existe disparidad de criterios sobre la aplicación de la norma a la que venimos haciendo referencia, sorprende cuando se intentan analizar las diferentes opciones, la cantidad de autos estudiados que, ni siquiera entran a tratar el fondo del asunto. Ya hemos hecho referencia a aquellos que indican que una residencia no es lugar adecuado para poder solicitar al juez autorización de ingreso. Junto a éstos están los que, como el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granollers, a la recepción de una autorización de ingreso, pide a la Generalitat información sobre la situación administrativa de la residencia en cuestión. Si la residencia consta como autorizada en el Registro de Entidades Servicios y Establecimientos Sociales pasa a considerar la situación del presunto incapaz. Por el contrario, si la residencia no dispone de autorización definitiva dispone lo siguiente *"Debo denegar la autorización solicitada a fin de proceder al internamiento de DMO en el centro RA por no reunir éste los requisitos necesarios para su asistencia y atención. Líbrese testimonio de la presente resolución al Ministerio Fiscal y al Departament de Benestar Social de la Generalitat de Catalunya a los efectos oportunos"*.

Otro tipo de resoluciones denegatorias que no entra en el fondo es aquella que considera que el director de una residencia no está legitimado para comunicar el ingreso, así en varias interlocutorias del Juzgado de Primera Instancia de Vic de noviembre de 1993 se establece lo siguiente *"1r. El Codi Civil regula l'autorització judicial de l'internament en un sol precepte, l'article 211, sense establir expresament quines són les persones legitimades a sol.licitar l'autorització. Solament l'article 271-1r, fa referència a la legitimació del tutor per demanar l'autorització judicial de l'internament del seu tutelat. Nogensmenys l'expressió "internamiento de un presunto incapaz" utilitzada pel precepte legal permet de posar-lo en relació amb els que regulen la legitimació per a demanar la incapacitació del presumpte incapaç, el qual la limiten als familiars del mateix i al ministeri Fiscal (articles 202 i 203). Una aplicació analògica d'aquests articles limita la legitimació per a sol.licitar l'autorització a les susdites persones, llevat del cas, com diu la doctrina, de la petició d'aprovació d'un internament ja efectuat amb caràcter d'urgent, en el qual també està legitimat el director de la residència."*

*2n. Aplicant les anteriors conclusions a aquestes actuacions, cal entendre que la instant no està legitimada per a demana l'autorització d'internament que postula, tota vegada que és únicament la directora del centre de la Tercera Edat C.A. i, en contra del que diu la sol.licitut, no consta que intervinguin raons*

---

<sup>28</sup> Sobre la Situación Jurídica y asistencial del enfermo mental en España. Publicaciones ed. Pág. 658 y ss.

*d'urgència en l'internament ja practicat, sinó que extracta d'un ingrés normal d'una senyora gran al seu establiment, com d'altres dels que ja ha tingut coneixement el jutjat".*

Decisiones judiciales como las descritas colocaron a los directores de residencias en situaciones en las que no sabían qué hacer ya que el Juez les estaba comunicando que no ha lugar al internamiento involuntario pero, no si pueden seguir teniendo a la persona como residente. La interpretación debe ser que sí pueden ya que lo que hace el juzgado es, simplemente no aceptar a trámite la solicitud. El problema crece, y llega a afectar a los residentes, si concurre mala fe por parte del director de la residencia. Se han dado casos en que la dirección de un centro ha intentado echar a un residente arguyendo que el Juez no permite que siga el ingreso.

Resulta básico para entender el íter que ha seguido la cuestión el estudio del trato dado al tema por el Juzgado de Primera Instancia número 40 de Barcelona, creado expresamente, como se ha dicho para tratar casos de incapacidades e internamientos.

El mencionado Juzgado es una muestra clara de la contradicción existente, para demostrarlo basta con detenerse en dos autos de fecha diferente. El Auto de 18 de Junio de 1992, establecía lo siguiente. *"La Ley 13/83, de 29 de Octubre dio una nueva redacción al Título IX Libro I del Código Civil, remitiéndose en su disposición adicional a las normas procesales de la jurisdicción voluntaria y reguló en forma específica en el artículo 211 de nuestro primer cuerpo legal el internamiento del presunto incapaz, que requerirá la previa autorización judicial salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de tal medida de la que se dará cuenta ante el Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. Al margen de este internamiento de urgencia, que es autorizado por el Juez de instrucción de guardia, debe proseguir en sede civil el expediente para autorizar el internamiento, a cuyo efecto, y, en conformidad con el párrafo 2º del meritado artículo 211 del Código Civil, el Juez examinará a la persona objeto de tal medida y oirá el dictamen de un facultativo por él designado, concediendo o denegando la autorización poniendo los hechos en conocimiento del Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203, por si se debe promover la declaración de incapacidad si no existieren o no lo hubiesen solicitado las personas legitimadas para ello, pudiendo el Juez, de oficio, recabar información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y, en todo caso cada seis meses, acordando lo procedente sobre la continuación o no de tal medida, hipotético de aplicación al presente caso en que en base al dictamen facultativo que obra en el expediente y apreciación personal del que esto provee sobre la necesidad del internamiento de la persona objeto de estas actuaciones, debe autorizarse en la forma que ahora se dice, sin perjuicio de recabar en el futuro, si se considera necesario, informes complementarios sobre la necesidad de que se prosiga tal situación y salvada la necesidad de que semestralmente se proceda a la confirmación de la resolución que ahora se acuerda, por lo que debe disponerse de la manera que más adelante se hace.*

*SEGUNDO En correlación con la legislación complementaria (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales) de cuatro de Noviembre de 1950, es procedente acordar el internamiento de Dña. RCC, de acuerdo con el artículo 5 del citado convenio. Pues, si bien la regla general aplicable a toda persona es la de su libertad, cabe, con carácter excepcional y de acuerdo con la legislación vigente, el internamiento de la persona, de acuerdo con el artículo 211 del Código Civil.*

*TERCERO Coexisten con el presente expediente todos los requisitos, legales y éticos para acordar el internamiento.*

- a) Dictamen pericial técnico y objetivo.*
- b) Trastorno mental que imposibilita, a priori, a la persona gobernarse por sí misma.*
- c) Presunta prolongación de dicho estado en la persona a internar."*

Si se compara la cita anterior con la del Auto de 12 de Enero de 1996 se entiende claramente el giro que dio el Juzgado en su interpretación de la norma: "*DECIDO: 1 Denegal la continuación del internamiento judicial en su día acordado (por el mismo juzgado) respecto de Dña. XXX, y solicitado por parte de la Residencia XXX.- 2 Dicha denegación, fundamentada en las consideraciones que preceden Debe de llevar aparejada la inmediata aplicación del artículo 203 del Código Civil. Por ello, procedase a poner de manifiesto el presente expediente al ministerio público, para que, en cumplimiento de su obligación legalmente impuesta proceda a instar a cualquiera a los principales legitimados para ello, la solicitud de incapacitación de la aludida persona.-3.-al propio tiempo, el centro geriátrico que ha acogido al citado paciente, como guardador de hecho, y principal responsable del jubilado, tratamiento, y bienestar de aquél, vendrá obligado a prestar toda la asistencia sanitaria y asistencial, en coordinación con los familiares del mismo; poniéndose en inmediato contacto con las administraciones públicas competentes y el Ministerio Fiscal, para iniciar y culminar con prontitud el proceso de incapacitación. Y ello sin que la actual estancia en dicho centro, suponga restricción en absoluto el sagrado derecho a la libertad personal del paciente, sino simple obligación de asistencia y si del deber de socorro a que ésta obligada toda persona física o jurídica, respecto de quien se encuentra en situación de necesidad asistencia y asilar."* No pasa desapercibido el cambio de actitud.

El mismo Juzgado 40 en otro auto, refiriéndose al artículo 211 hablaba claramente de "*la precaria y poco clara redacción que ha dado lugar a la existencia de importantes lagunas interpretativas, que estan generando en la práctica una enorme inseguridad jurídica en los ciudadanos y también múltiples conflictos entre este Juzgado, la Administración sanitaria y de Bienestar social y entre este Juzgado y entidades sociales de indole local"* para concluir que el sistema del 211 no era aplicable. La posición de este Juzgado llegó a su máxima "creatividad" en una serie de Autos (entre ellos el de 30 de noviembre de 1995) en los que no sólo denegaba la autorización por los

motivos expuestos sino que llegaba a dictar unas consecuencias jurídicas de la denegación entre las que estaban la de fijar una "guarda de hecho" múltiple a favor de diversas Administraciones Públicas y de los familiares).

La situación empezó a cambiar en 1996 cuando, por un lado la Audiencia de Barcelona empezó a dictar autos confirmatorios de resoluciones de juzgados que denegaban la autorización de internamiento (Autos de la Sección 14 de 23-9-96, 5-10-1996) dictados a consecuencia de recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal. Y por otro lado la Generalitat publicó el Decreto 284/996 que modificaba el sistema de ingreso en residencias.

En lo que respecta a los autos de la Audiencia de Barcelona, resulta especialmente interesante el de 21 de junio de 1996 de la sección decimosexta. En el que clarifica de forma relevante el campo al establecer lo siguiente:

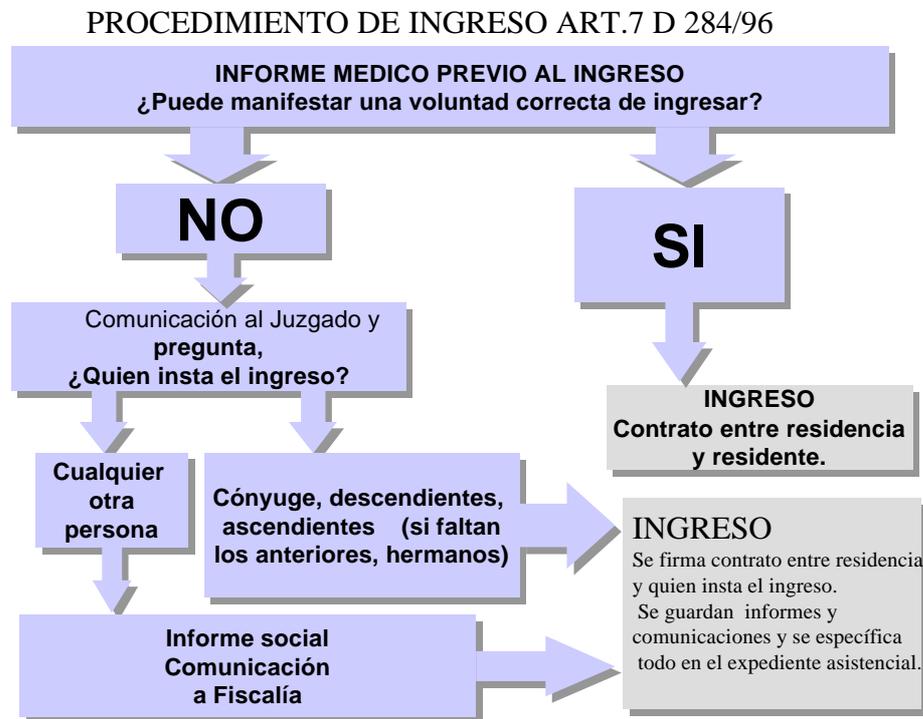
*SEGUNDO. Cabe ya inicialmente constatar que la aceptación por parte del residente de su situación, expresa o tácita (ingreso "voluntario") puede convalidar la posible duda sobre restricción de libertad (Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , caso Nielsen, 28 de Noviembre de 1981) y que la inexistencia de manifestación expresa de voluntad (la "avoluntariedad") no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar "una base de voluntariedad" (CFR. Sentencia del mismo Tribunal de 21 de Febrero de 1990, caso Van der Leer y sentencia de la Sección 16 de esta Audiencia Provincial de 17 de julio de 1991). En general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares. La motivación del ingreso es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos. En definitiva no cabe presumir "prima facie" privación de libertad, violencia o coacción por el mero hecho del ingreso.*

*TERCERO La problemática que se plantea se produce en los juzgados de esta ciudad desde la persecución penal de determinados hechos relacionados con una residencia geriátrica de la capital. A raíz de aquellos hechos tanto la Administración Pública (Generalitat) como las asociaciones privadas de centros geriátricos han promovido entre los directores de centros que den cumplida noticia de estos ingresos "avoluntarios" a los Juzgados y éstos con cierto mimetismo han venido aplicando el artículo 211 CC. Se ha hipertrofiado así artificialmente el precepto con la intención de "normalizar" judicialmente estas situaciones para "cubrir" posibles reclamaciones o responsabilidades (especialmente penales). Es conocida a tal efecto una circular del Departament de Benestar Social.*

Se refiere a una circular de ICASS en la que se explicaba a los directores de residencia el contenido del Decreto 145/1990.

En lo que respecta al Decreto 284/1996 éste ha modificado el sistema de efectuar ingresos, desde la perspectiva de la Generalitat, de forma que los

titulares de residencia pueden estar seguros de que, siguiendo el sistema que se expone a continuación, evitarán poder ser sancionados administrativamente.



## LA PLASMACION PRACTICA

Hasta ahora hemos visto cómo establece la normativa que deben realizarse los ingresos en residencias. Daremos ahora un vistazo a lo que ocurre en la realidad. Esta parte del trabajo no tiene un respaldo documental y está basada en la experiencia del autor en sus siete años como inspector del Departament de Benestar Social de la Generalitat.

Hasta que, desde la inspección a la que he hecho referencia, no se empezó a pedir, como parte de la documentación de obligada tenencia por parte de las residencias, las comunicaciones al juzgado de ingresos de residentes que sufrieran presuntas causas de incapacidad, los ingresos se venían pactando entre familiares y directores de residencia sin tener en cuenta la voluntad del residente. Cabe remarcar que estas situaciones no implicaban necesariamente la concurrencia de mala fe sino el intento por parte de una familia de resolver lo que consideraban un problema y el ofrecimiento por parte de los establecimientos de un servicio sustitutivo del hogar.

Cuando la inspección empezó a exigir el cumplimiento del artículo 5 del Decret 145/1990 se hubo de explicar a muchos responsables de residencias qué era lo que debían hacer y se intentó que los centros se pusieran al día mediante la comunicación al juzgado de los residentes, ya ingresados, que sufriesen

posibles afecciones incapacitantes. Para ello la Generalitat facilitó unos modelos, no oficiales sino meramente indicativos, que sirviesen de ayuda. El resultado fue un aluvión de escritos a los diferentes juzgados de Catalunya tras el cual, en muchos casos, no se produjo respuesta alguna por parte del órgano jurisdiccional. Un número considerable de centros, para "curarse en salud" decidieron comunicar al juzgado la estancia de todos los residentes, otros, por desidia no hicieron nada llegando algunos a ser sancionados.

Una vez explicado el procedimiento la mayor parte de los establecimientos disponen, junto con la documentación para efectuar el ingreso (domiciliación bancaria, copia de la cartilla de la Seguridad Social..) de un modelo de comunicación al juzgado. El uso que se hace de ese modelo varía centro a centro pero la tónica general es considerarlo como un "papeleo" más que debe rellenarse cuando se ingresa a alguien.

En la práctica ninguna residencia indica a los familiares la necesidad de solicitar una autorización de internamiento previa al ingreso sino que se limitan a comunicarlo ellos como si de un ingreso por motivos de urgencia se tratase. Hasta cierto punto es lógico, existiendo competencia entre centros y entendiendo que cuando una familia da el paso de contactar con residencias para ingresar a un mayor espera efectuar el ingreso rápidamente; si una residencia indicase a los familiares la necesidad de obtener autorización judicial previa (que supone una espera de varios meses) no efectuaría ningún ingreso.

## CONCLUSIONES

Nos encontramos ante una situación en que la Administración se vio en la necesidad de regular un comportamiento social consistente en que son los hijos u otros parientes, los que, por regla general, ingresan a sus padres en residencias de mayores cuando, en su criterio, la situación no les permite continuar viviendo donde lo venían haciendo hasta entonces.

Siempre que un creador de normas (sea el Legislativo o el Ejecutivo) se plantea dar normas a una situación que, de hecho viene produciéndose en la sociedad, se enfrenta ante un dilema. La norma que se cree puede construir un cauce por el cual transcurra la práctica social, sin intentar modificarla de forma sustantiva sino limitándose a evitar abusos y a cristalizar unas normas de forma que sirvan de punto de referencia. Por otro lado la nueva norma puede concebirse como un muro ante el uso social intentando modificarlo de forma sustancial, en ese caso el que redacta la norma considera que lo que está practicando la sociedad no es aconsejable e intenta modificarlo. Ni que decir tiene que el primer modelo tiene mayores posibilidades de ser aplicado pacíficamente que el segundo.

Dejando de lado las residencias públicas y aquellas en las que lo que paga el usuario no cubre el coste de la plaza, hoy por hoy debemos entender que el cliente de las residencias no es necesariamente el residente sino aquel que paga el servicio, o sea, la familia. Es la familia la que, como norma general

busca la residencia y es a la familia a quien el director explica las condiciones antes de efectuar el ingreso. Antes de la entrada en vigor del Decreto 145/1990, y después el 284/1996 no era anormal que el contrato de prestación de servicios lo firmase la residencia y el "familiar responsable", sin que constase procedimiento alguno de incapacitación ni apoderamiento en favor de ese familiar por parte del residente. Y debemos insistir que esto no se hacía en la inmensa mayoría de los casos, como una forma de expolio o de abuso sino que el familiar estaba convencido de buena fe de estar haciendo lo correcto. Por este motivo, muchas familias se han considerado ofendidas por el hecho de tener que comunicar al juzgado el ingreso de un padre o una abuela en una residencia, esto debido a que consideran que supone poner en duda su honradez como familiares. Por otro lado las residencias han considerado la norma referida a la libertad de ingreso como un trámite burocrático más, no han entendido, como regla general, que se trata de defender los derechos de sus clientes sino de evitar que la Administración les multe, por ese motivo han intentado esquivar la ley haciendo un excesivo uso de las comunicaciones al juzgado simulando que se debieron a motivos de urgencia, cosa que ha acabado por desvirtuar su verdadera función de protección. Muchos juzgados se han encontrado con un continuo flujo de comunicaciones que, una vez comprobadas no responden a una verdadera situación que hiciese necesaria la intervención del Juez, ante esa situación han optado por no dar prioridad a los procedimientos de autorización con lo que, en la práctica se está respondiendo a los mismos con unos modelos pre-elaborados a los que sólo se añade el nombre de la residencia y del presunto incapaz. Finalmente la Administración ha seguido exigiendo el cumplimiento formal de la Ley consciente que, hecha la comunicación, el titular ha cumplido con su obligación.

En resumen, disponemos de una norma que está siendo aplicada formalmente sin que se consiga la meta que persigue.

Desde mi punto de vista el error de la regulación ha sido doble. Por un lado el hacer una traslación del artículo 211 del Código Civil, aunque era lo más fácil, supone no enfrentarse de cara al problema de las residencias. Sin disponer de estadística al respecto estoy seguro de no equivocarme si manifiesto que, desde la aprobación del artículo 211 el año 1983 no ha habido tantos ingresos psiquiátricos como ingresos en residencias para mayores en un solo año.

El deterioro de salud que, en muchos casos, acompaña al envejecimiento, los cambios de la estructura familiar, los problemas económicos que se prevén para los mayores en el futuro próximo, unido al previsible aumento de este estrato de la sociedad hace necesaria una regulación específica de la protección de aquellos que no pueden valerse por sí mismos.

Los guardadores de hecho, familiares o personas que se encargan del mayor aunque no dispongan de documento alguno que lo acredite, deberían recibir de la ley unos poderes que les permitiesen, bajo control administrativo, administrar el patrimonio y proteger al mayor. Estos poderes deberían venir necesariamente acompañados por una serie de obligaciones, en especial en

caso de ingreso en residencia que supusiese hacerles corresponsables de posibles condiciones humillantes o menoscabo si éste pudo ser previsto por el guardador en el momento de pactar el ingreso. La figura de la guardada de hecho, que podría denominarse "geroguarda" sería siempre fruto de un procedimiento administrativo "pacífico", queriendo decir que se haría participar a los familiares de primer grado intentando que, entre ellos nombrasen al "geroguardador" y pudiesen establecer medios de control, siempre dentro de la familia.

Por supuesto seguiría en vigor la normativa de incapacitación e instituciones tutelares para casos en que no fuese posible establecer la geroguarda por oposición de parte de la familia. En estos casos, mientras durase el proceso se debería intentar crear guardadores provisionales (administración o entidades sin ánimo de lucro) que ejerciesen de tales hasta la resolución judicial.

La idea es ambiciosa ya que, al tratar de derechos fundamentales de las personas exigiría la aprobación por parte del parlamento de una Ley orgánica y del correspondiente desarrollo por parte de la Administración Central y Autonómica. Pero no por ello debe desestimarse ya que, aunque, fruto de discusiones podría alterarse sustancialmente la propuesta, considero muy importante que empecemos a plantear posibles soluciones a un problema que empieza a acercárenos a pasos agigantados y no esperemos a que se nos eche encima para adoptar medidas de urgencia improvisadas y condenadas al fracaso.