

DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RESIDENCIA DE MAYORES

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO: a) *Caracterización general de la situación en la residencia de mayores desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el estado de la libertad ponderada. La inadecuación dogmática de la relación especial de sujeción.* b) *Una aproximación al catálogo de los derechos fundamentales con algo más de precisión: los derechos fundamentales que entran (y los que no entran) en conflicto con el deber de cuidado.* c) *La cuestión dogmática de la Drittwirkung (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) en las residencias privadas.* d) *Tres perspectivas básicas del análisis: sustantivo-material, organizativa y procedimental.*—2. PERSPECTIVA SUSTANTIVO-MATERIAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INMEDIATEZ PERSONAL-CORPORAL: a) *El derecho a la libertad personal.* b) *El derecho a la intimidad.* c) *El uso de sujeciones físicas y farmacológicas.* d) *La alimentación artificial.* e) *Una vertiente prestacional de derechos fundamentales que fuera de la residencia son sobre todo derechos de libertad.*—3. PERSPECTIVA ORGANIZATIVA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PLURALISMO IDEOLÓGICO CUYO EJERCICIO SE OPTIMIZA CON ADECUADAS REGULACIONES ORGANIZATIVAS: a) *El principio organizativo del pluralismo prestacional.* b) *La participación en la determinación de las condiciones de la vida en común.*—4. PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL: REGLAS INSTRUMENTALES SOBRE OBTENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADECUADAS AL EJERCICIO DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: a) *Procedimiento en sentido amplio como reglas sobre obtención y tratamiento de la información.* b) *Información del prestador al destinatario de la prestación.* c) *Información del destinatario de la prestación al prestador.* d) *Tramitación y resolución de las quejas.* e) *Instrucciones previas.* f) *Reglas sobre representación, consentimiento, audiencia y autorización judicial para la adopción de decisiones.*—BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

a) *Caracterización general de la situación en la residencia de mayores desde la perspectiva de los derechos fundamentales: el estado de la libertad ponderada. La inadecuación dogmática de la relación especial de sujeción*

La vida en una residencia de mayores (1) se diferencia esencialmente de la vida normal de la «persona de la calle». La residencia aún en su funcionamiento diario buena parte de las vertientes vitales que en la «vida normal» están separadas. La «persona de la calle» trabaja, pasa su tiempo libre y duerme en sitios distintos situados bajo esferas de autoridad también diversas: el jefe en el puesto de trabajo, el propietario de la vivienda o la comunidad de propietarios y la empresa propietaria del restaurante o del cine a los que se sale; cambia de lugar y, con ello, de compañeros y autoridades; organiza con mayor o menor libertad y habilidad su tiempo para atender sus diversas obligaciones y sus deseos personales. En la residencia, sin embargo, todos estos ámbitos vitales del residente están dirigidos y programados desde arriba por un plan racional al que se somete el interno (2).

Para caer en la cuenta de las diferentes condiciones de la vida dentro y fuera de la residencia no es necesario centrar la atención en la persona dependiente que necesita de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria. A la persona mayor que goza de buen estado de salud también la entrada en la residencia le priva de la que quizás era la última ocupación que le quedaba fuera de la institución: la de organizar por su cuenta su vida cotidiana. Esta tarea personal se ve en la residencia sustituida por la cobertura organizada de todas las necesidades conforme a una programación omnicompreensiva (3).

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) «La realización del Estado social a través de los municipios. El caso de la Ley de Dependencia» (DER2009-10042). Parte de la investigación se realizó, de marzo a mayo de 2011, en la Universidad de Friburgo (Alemania). Tengo que agradecer, una vez más, a la Fundación Alexander von Humboldt la financiación de aquella estancia; y a mi buen amigo el Profesor Jens-Peter SCHNEIDER la invitación que formuló para hacerla posible. Agradezco, así mismo, al Profesor Thomas KLIE, de la *Evangelische Fachhochschule* de Friburgo, sus orientaciones sobre el material alemán utilizado.

(2) Peter KRAUSE, «Empfiehl es sich, soziale Pflege— und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?», *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Dictamen E, tomo 1 (dictámenes), Múnich, 1978, pág. 26.

(3) KRAUSE, «Empfiehl es sich...?», pág. 31.

Es evidente que quien entra en la intensa relación prestacional que supone vivir en una residencia de mayores ve afectados de forma notable ámbitos de su esfera de autodeterminación personal amparados por algunos derechos fundamentales. Piénsese, por ahora, solo, por ejemplo, en la libertad personal y de movimientos (art. 17.1 CE), cuando hay horarios de salida y entrada en la residencia; o en la diferencia que para la intimidad personal (art. 18.1 CE) implica vivir en casa propia o tener una habitación en una residencia.

Desde una inicial perspectiva general puede afirmarse que la situación del interno en la residencia, en lo que afecta a sus ámbitos de autodeterminación *iusfundamental*, se define como el resultado de la (correcta) ponderación entre las exigencias de sus derechos fundamentales y las exigencias del deber de cuidado al que están obligados los establecimientos de atención residencial. Es ese resultado —por ahora solo identificado de forma abstracta mediante la mención de los términos generales de un juicio de ponderación que, en realidad, únicamente puede llevarse a cabo en un grado de abstracción mucho menor— lo que aquí va a denominarse, con intención gráfica y pretensión metodológica, el *estado de la libertad ponderada*.

Conviene prestar atención ahora al segundo término de la ponderación mencionada. ¿Qué es, desde la perspectiva jurídico-constitucional, ese *deber de cuidado* que puede tener el efecto de limitar derechos fundamentales de los internos en una residencia de mayores? En un intento de responder con la precisión que merece esta pregunta, formulada al comienzo de este trabajo, cabe afirmar que el mencionado deber de cuidado es un deber prestacional impuesto por el legislador a las instituciones de asistencia residencial como concreción de diversos preceptos constitucionales: *a*) la obligación estatal de protección derivada de la vertiente jurídico-objetiva del derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) (4); *b*) el mandato constitucional de protección de la salud (art. 43 CE), y *c*) en su caso, el mandato constitucional de protección de las personas con discapacidad, en terminología constitucional, todavía, disminuidos (art. 49 CE).

(4) Así, con una argumentación que es trasladable al ámbito que nos ocupa, STC 120/1990, de 27 de junio (caso de la huelga de hambre de presos del GRAPO), FJ 7: «como fundamento *objetivo* del *ordenamiento* (el derecho a la vida) impone a esos mismos poderes públicos y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física [...]». Como se dirá más adelante al hablar de la alimentación forzosa, otras declaraciones relevantes de esta sentencia no son extrapolables a nuestro objeto de análisis. En la doctrina jurídico-administrativa, sobre la vertiente objetiva de los derechos fundamentales (obligaciones de protección, organización, procedimiento y —ocasionalmente— prestación), por todos, Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994, en especial, págs. 81 y sigs.

Es necesario destacar, no obstante, que la ponderación que puede limitar derechos fundamentales del interno en la residencia no siempre tendrá como uno de los principios en tensión únicamente este deber de cuidado que concreta mandatos *objetivos* impuestos constitucionalmente al Estado, sino que, también, en muchas ocasiones, habrá que incluir en la ponderación *derechos fundamentales (subjetivos) de terceros*, especialmente, derechos fundamentales de otros residentes o del personal de cuidado en la residencia.

Pueden aportarse ahora dos ejemplos. Más adelante se hará referencia detenidamente a las medidas de sujeción física o farmacológica de un residente. Ahora interesa solo destacar que la adopción de una de esas medidas [que afectan intensamente, como mínimo, a la libertad física (art. 17.1 CE) de la persona sobre la que se aplican] puede justificarse cuando esté en peligro «inminente» la «seguridad física» (concepto subsumible, al menos, en buena parte, bajo el art. 15 CE) de otros internos o del personal al servicio de la residencia (5).

El segundo ejemplo se refiere al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). Para optimizar el ejercicio en la residencia (entre otros) del derecho a la intimidad *familiar* de un residente, alguna de las regulaciones sobre el régimen interior de los centros residenciales de personas mayores permite que los familiares accedan a la habitación de aquel; pero la visita se somete a autorización de la Dirección del centro, que habrá de velar por la salvaguarda de la intimidad *personal* del interno con el que se comparta habitación (6). En definitiva, la intimidad familiar de uno debe ponderarse con la intimidad personal de otro.

Seguramente, la tentación dogmática del iuspublicista clásico al presentar metodológicamente la cuestión que aquí nos ocupa de los derechos fundamentales en la residencia de mayores sería la de echar mano de la categoría de las *relaciones especiales de sujeción*, que —como es de sobra conocido— ha servido, desde los comienzos del Derecho administrativo como ciencia, para *manejar* jurídicamente los derechos fundamentales de quienes se encontraban singularmente *insertos* en el Estado (militares y demás funcionarios, presos, etc.).

(5) Así, por ejemplo, artículo 8.1.k) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales.

(6) Artículo 24 (visitas) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería —de la Comunidad Autónoma de Andalucía— para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «1. [...] Se podrá acceder a las habitaciones, previa autorización de la Dirección del centro o persona en quien delegue esta función, si bien habrá que salvaguardar la intimidad de las personas usuarias con las que se comparta la habitación [...]».

En mi opinión, este camino metodológico es hoy inadecuado por varias razones: *a)* porque ese planteamiento merece el calificativo de primitivo si se compara con las posibilidades de la teoría de la ponderación (en auge y con notables avances en las últimas décadas) como método de la interpretación constitucional (7); *b)* porque constituye un error de perspectiva acercarse a los derechos fundamentales en el Estado prestador desde la vertiente *negativa* de la *limitación* y la *reacción defensiva*, que es la perspectiva propia de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción (8); la vertiente más relevante de la prestación social en una residencia de mayores es la *positiva*: que esa prestación está primordialmente dirigida a permitir la realización de los derechos fundamentales (9), y *c)* porque no cabe perder de vista el dato de que casi el 60 por 100 de las plazas residenciales en España corresponden a residencias privadas (10) y —hasta donde yo sé— nunca se ha intentado utilizar la categoría de la relación especial de sujeción para explicar la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

No es tampoco, desde luego, la ponderación un método exento de riesgos (¿cuál lo es?). Se ha puesto el acento, especialmente, al analizar si puede utilizarse la ponderación como forma de argumentación rigurosa que pueda conducir a resultados previsibles, en los peligros de la inseguridad jurídica y de la permanente remisión a la justicia del caso concreto (11).

Hay que ser consciente de que someter la interpretación de los preceptos de los reglamentos de régimen interno de las residencias públicas y de las estipulaciones de los contratos de prestación asistencial-residencial de las privadas a las exigencias (correctivas o complementadoras) de la *doctrina del efecto irradiación* (*Ausstrahlungswirkung*) de los derechos fundamentales (que tiene

(7) Por citar solo algunos títulos de la ya abundante bibliografía española: Luis PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1993; y, del mismo autor, *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998; Luis ORTEGA y Susana DE LA SIERRA (coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009; José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona, 2000. De la doctrina alemana es obligada la cita, al menos, de Robert ALEXYS, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. española), Madrid, 1993.

(8) Así, Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, pág. 119; KRAUSE, «Empfiehltsich...?», pág. 76.

(9) HÄBERLE, «Grundrechte...», págs. 119-120.

(10) El dato exacto (57,3 por 100 en el año 2004) lo dan Sagrario ARNAUT BRAVO y Camino OSLÉ GUERENDIÁN, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para personas mayores*, Pamplona, 2006, pág. 43.

(11) *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, págs. 146 y sigs.

raíces dogmáticas comunes con la teoría de la ponderación) podría implicar una insoportable pérdida de seguridad en la interpretación del Derecho por el efecto de una fuerza radioactiva que derrite la claridad de las reglas jurídicas (12), cuando no explosiva, que las hace saltar por los aires. Se impone, desde luego, la prudencia en la tarea interpretativa y la exigencia de que sea el legislador el que adopte las decisiones fundamentales de prevalencia entre los principios en conflicto y que los órganos de aplicación del Derecho se sometan a esas decisiones del legislador democrático (13).

b) *Una aproximación al catálogo de los derechos fundamentales con algo más de precisión: los derechos fundamentales que entran (y los que no entran) en conflicto con el deber de cuidado*

Si se analizan las cosas con algo más de detenimiento, enseguida se cae en la cuenta de que es demasiado impreciso hablar de *los* derechos fundamentales en la residencia de mayores, como si todos ellos sufrieran modalizaciones en su contenido como consecuencia de haber ingresado y vivir en un establecimiento de ese tipo. La realidad es, sin embargo, que hay derechos fundamentales que típicamente pueden entrar en conflicto con el deber de cuidado al que se ha hecho referencia; y otros que, por el contrario, típicamente no tienen por qué entrar en conflicto con ese deber.

Entre los del primer grupo se encuentran, muy destacadamente, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) —piénsese en eventuales medidas de alimentación forzosa—, el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) —intensamente comprometido, por ejemplo, en los supuestos de ingresos no consentidos en la residencia o de adopción de medidas de sujeción física contra autolesiones— y el derecho a la intimidad personal y domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE) —por la dificultad de delimitar en la residencia espacios inmunes a la entrada de otros en los que el residente ejerza su libertad más íntima sin sujeción a los usos y convenciones sociales—. A este grupo de derechos fundamentales (arts. 15, 17.1 y 18 CE) se le va a denominar en este trabajo, con una expresión que solo pretende ser gráfica y destacar que son los ámbitos de autodeterminación personal que más directamente entran en conflicto con el deber de cuidado —lo que implica que serán los que sufran más limitaciones derivadas de su

(12) Tomo la imagen gráfica de Fritz OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, pág. 905.

(13) *Vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación...*, págs. 163 y sigs.

ponderación con las exigencias de este deber—, derechos fundamentales de la *inmediatez personal-corporal*.

Muchos otros derechos fundamentales no entran en conflicto alguno con el deber de cuidado: el derecho de asociación (art. 22 CE), el de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el de sindicación (art. 28 CE) o el de petición (art. 29), etc. Con esta llamada de atención ya se reduce notablemente el ámbito del objeto que merece la pena analizar.

Hay otro grupo de derechos fundamentales de los que tampoco se puede decir que entren en conflicto con el deber de cuidado, pero que —por otro motivo— también recibirán un tratamiento común. Me refiero ahora a la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), al derecho a recibir información [art. 20.1.d) CE] o, en general, al libre desarrollo de la personalidad conforme a las propias convicciones ideológicas (art. 10.1 CE). Este grupo de derechos —con la misma intención gráfica y metodológica a la que se ha hecho referencia antes— será designado como derechos fundamentales del *pluralismo ideológico*. La característica que les da singularidad conjuntamente es que su ejercicio se optimiza mediante la organización por el legislador y la Administración de un sistema de pluralismo prestacional que permita a los usuarios la elección en el marco de una red de instituciones prestadoras suficientemente adaptado a las preferencias de aquellos.

c) *La cuestión dogmática de la Drittwirkung (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales) en las residencias privadas*

En la tarea que nos ocupa, en este primer apartado, de sentar los fundamentos metodológicos del examen posterior, es necesario dar respuesta a la pregunta relativa a cómo se construye dogmáticamente el conflicto entre derechos y bienes constitucionales (la ponderación cuyo resultado delimitará los perfiles del contenido de los derechos fundamentales de los internos en la residencia) en las residencias privadas, que —como ya se ha destacado— son la mayoría de los establecimientos prestadores.

Esta cuestión exige, sobre todo, responder a la pregunta de si los derechos fundamentales del interno vinculan *directamente* al titular de la residencia (y entonces la ponderación se plantea en términos sustancialmente idénticos, sea la residencia pública o privada); o vinculan directamente solo a los poderes públicos (por tanto, a las residencias de titularidad pública) e *indirectamente* a los sujetos privados (tesis que obligaría a hacer un planteamiento metodológico

distinto para resolver los problemas relativos a derechos fundamentales en la residencia pública y en la privada). La cuestión es suficientemente conocida, también entre nosotros, con el concepto con el que se discute en la dogmática alemana: la *Drittwirkung* (eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales).

Conforme a la tesis de la eficacia *indirecta* o *mediata* de los derechos fundamentales entre sujetos privados (que parece ser la mayoritaria en la dogmática alemana) el único destinatario directo de los derechos fundamentales del ciudadano es el Estado, aunque los órganos estatales de aplicación de las normas del Derecho privado (también las contractuales) que rigen entre particulares están obligados —por el *efecto irradiación* de los preceptos constitucionales que garantizan los derechos fundamentales— a dar a esos derechos el peso que les corresponde como criterios interpretativos de todo el ordenamiento jurídico (14). En síntesis, pues, un problema de derechos fundamentales en una residencia privada no se resolvería como una colisión directa, por ejemplo, de la libertad personal del interno con el deber de cuidado de la residencia, sino como un problema de interpretación de normas de Derecho privado y cláusulas contractuales en el que hay que atribuir la importancia debida a los derechos fundamentales como criterios *objetivos* vinculantes para cualquier interpretación del Derecho.

Conforme a la tesis de la eficacia *directa* o *inmediata* de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son destinatarios directos, por ejemplo, del derecho a la libertad personal o a la intimidad de un residente tanto el Estado como la residencia privada en la que se encuentra. La ponderación que ha de resolver la colisión directa entre esos derechos fundamentales y el deber de cuidado (concreción legislativa de bienes y mandatos constitucionales) se plantearía en los mismos términos en la institución pública y en la privada.

(14) *Vid.*, por ejemplo, Hans-Uwe ERICHSEN, «Die Drittwirkung der Grundrechte», *Jura*, 1996, págs. 527 y sigs. El punto de partida de esta teoría es que «en el art. 1.3 de la Ley Fundamental solo se cita al legislador, a los órganos judiciales y a los del poder ejecutivo como destinatarios directos de la vinculación por los derechos fundamentales. No se encuentra referencia alguna a la vinculación por parte de particulares» (pág. 530). Los derechos fundamentales regirían en las relaciones entre particulares *a través* de la obligación de los jueces de la jurisdicción civil de interpretar los conceptos necesitados de concreción utilizados por el Derecho de rango infraconstitucional, así como las cláusulas generales que se encuentran en el mismo («buena fe», «moral y orden público», etc.) conforme a las exigencias del reconocimiento constitucional de esos derechos. El principio del Estado social y el orden constitucional de valores obligan, principalmente, al legislador a configurar un Derecho privado conforme con ese orden constitucional. En segundo término, también se obliga a hacer una interpretación conforme con esos principios a los órganos de la jurisdicción civil (pág. 531).

La cuestión ha sido aquí expuesta de forma extremadamente sintética y sin dejar espacio a los matices (15), porque lo que aquí interesa es solo el punto de partida metodológico para resolver los problemas de ponderación. Con esta advertencia, puede ya decirse que aquí se seguirá la tesis de la eficacia directa o inmediata, aunque solo sea porque es la tesis de partida (casi siempre implícita, pero muy clara) de nuestra jurisprudencia constitucional cuando ha tenido que dar respuesta a conflictos entre derechos fundamentales entre particulares en supuestos análogos a los que se pueden plantear en una residencia privada.

En el conflicto, por ejemplo, entre el derecho a la imagen (art. 18.1 CE) de un trabajador que no quiere ser fotografiado cortando jamón y el ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva conforme a los dictados del poder de dirección del empresario (art. 38 CE) que quiere que ese trabajador experto sea el que corte el jamón en un acto promocional (STC 99/1994, de 11 de abril), el Tribunal Constitucional pondera directamente esos derechos, sin que pueda decirse que los utiliza solo como criterios interpretativos del Derecho privado regulador de la relación laboral. El Tribunal declara directamente vulnerado el derecho a la imagen del trabajador por la medida del empresario (16); no declara tan solo que no se hayan utilizado correctamente los derechos fundamentales como criterios interpretativos del Derecho privado.

Que el punto de partida metodológico (la ponderación para resolver la colisión directa entre derechos y bienes constitucionales) sea el mismo cuando los conflictos se dan en una residencia pública o en una privada, no significa, sin embargo, que los *resultados* de la ponderación también tuvieran que ser necesariamente los mismos en todos los casos, aunque solo fuera por el dato de que *la residencia privada también es titular de derechos fundamentales* (que pueden ser relevantes en un eventual conflicto con los del interno), lo que no cabe aceptar del establecimiento público.

En un eventual conflicto, por ejemplo, entre la libertad ideológica (art. 16.1 CE) de un residente y el ideario religioso de una residencia privada podría —según las circunstancias del caso— prevalecer este derecho fundamental de la residencia privada. Una residencia pública, sin embargo, no podrá —desde esta

(15) Pueden verse, sobre esto, por ejemplo, las distintas opiniones de Benito ALÁEZ CORRAL, en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, págs. 190 y sigs.; y de Luis María DíEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003, págs. 135 y sigs. *Vid.*, también, María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid-Barcelona, 2004.

(16) STC 99/1994, de 11 de abril, en especial, FJ 7.

perspectiva— invocar más ideario que el de la neutralidad regulada en el artículo 16.3 CE.

d) *Tres perspectivas básicas del análisis: sustantivo-material, organizativa y procedimental*

Cuando el interesado en el estudio de la materia de los derechos fundamentales en la residencia de mayores maneja las regulaciones contenidas en las leyes autonómicas de servicios sociales (17), así como en los reglamentos que las desarrollan y los reglamentos de régimen interior de las residencias, con una pretensión de ordenación sistemática de este material, se encuentra en este contexto normativo, fundamentalmente, con tres tipos de normas:

— Unos preceptos de *contenido sustantivo* sobre la materia de los derechos fundamentales regulan directamente prevalencias entre principios (derechos y bienes constitucionales) en situaciones típicas de conflicto que se dan en la residencia. Cuando, por ejemplo, el artículo 12.1.p) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, dispone que los usuarios de servicios residenciales «tienen derecho a no ser sometidos a ningún tipo de inmovilización o restricción de la capacidad física o intelectual por medios mecánicos o farmacológicos sin prescripción facultativa y supervisión, salvo que exista un peligro inminente para la seguridad física de los usuarios o de terceras personas», se está decidiendo sobre las circunstancias en que las exigencias del deber de cuidado prevalecen sobre las de los que aquí hemos llamado derechos fundamentales de la inmediatez personal-corporal. El legislador pondera por grupos de casos típicos en la vida en la residencia, para fijar en reglas materiales los resultados de esas ponderaciones.

— Otros preceptos son normas reguladoras de la *organización* del sistema o del establecimiento prestacional. Cuando el artículo 12.1.i) de la misma Ley catalana establece el derecho a «participar en la toma de decisiones del centro que afecten (a los usuarios) individual o colectivamente por medio de lo establecido por la normativa y el régimen interno», se está disponiendo la obligación de la existencia en el establecimiento prestacional de un órgano con

(17) Con una regulación expresa de los derechos de los usuarios de los servicios residenciales, por ejemplo, artículo 8 de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6 de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12 de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9 de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

competencias adecuadas para que los internos participen en la determinación de las condiciones de vida en él.

— En tercer lugar, son muy numerosas las reglas relativas a diversos aspectos del *procedimiento* administrativo (entendido este concepto —según se dirá más adelante— en sentido amplio). Los residentes en la residencia tienen, por ejemplo, el derecho a «acceder a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas» [art. 12.1.j) de la citada Ley catalana de servicios sociales]. Se hace obligatorio regular un procedimiento efectivo para adoptar decisiones correctas en respuesta al específico tipo de información de un usuario que supone una queja.

Muy interesante desde esta perspectiva metodológica es la «Carta de los derechos de las personas necesitadas de asistencia» (*Charta der Rechte hilfe- und pflegebedürftiger Menschen*; en adelante, se citará como la *Charta*) (18) que, sin la cobertura de ninguna forma jurídica, sino como simple folleto informativo, fue aprobada en Alemania por una mesa redonda de expertos procedentes de todos los ámbitos en los que se trabaja en la dependencia (Ministerios Federales de familia, mayores, mujeres y juventud y de la salud, representantes de los *Länder* y de las entidades locales, organizaciones privadas y científicos, etc.) en el año 2005. La *Charta* consta de un preámbulo, una proclamación de un catálogo de derechos en 8 artículos y un detallado comentario —redactado de forma muy accesible a cualquier lector (de lengua alemana) y en segunda persona («Usted puede esperar que...»)— en el que se desglosan, desde la perspectiva de los derechos (en muchos casos, fundamentales) de los destinatarios de las prestaciones, los diversos aspectos del funcionamiento de la residencia.

Es claramente perceptible en esa *Charta* esa triple clasificación de sus directivas en normas (aunque ya se ha dicho que el documento carece de forma jurídico-normativa concreta) de tipo material-sustantivo, normas relativas a la organización y normas relativas al procedimiento. Se hará referencia en adelante a esto en varias ocasiones.

Interesa destacar ahora que, por lo que se refiere a las normas de carácter sustantivo-material contenidas en la *Charta*, su preámbulo explica que se trata en ella de ofrecer al personal que trabaja en este sector directivas para la aplicación de los derechos y bienes (muchos de ellos, del máximo rango) afectados, como resultado de ponderaciones correctas para situaciones típicas de la vida en la residencia de mayores. La doctrina ha valorado positivamente esta pretensión de la *Charta*, que descarga a ese personal del riesgo de la inseguridad

(18) Accesible en <http://www.pflege-charta.de> (última visita, 31.7.2011).

en la tarea de realizar correctamente la concreción de las exigencias abstractas de aquellos derechos y bienes para los casos singulares que se presentan en la labor cotidiana. El contenido de la *Charta* se sitúa en un plano intermedio entre la simple enunciación del material ponderable en bruto y las decisiones en los casos concretos de cada día. Se fijan directivas manejables por el personal y comprensibles por todos; y se gana notablemente, con ello, en seguridad jurídica (19).

En adelante, se seguirá este esquema para la exposición:

— Se hará referencia, en primer lugar, a la mencionada perspectiva sustantivo-material con la que, sobre todo, se tratará la materia de los derechos fundamentales que más directamente entran en conflicto con el deber de cuidado y que requieren prioritariamente de decisiones ponderativas materialmente adecuadas: los derechos de la inmediatez personal-corporal.

— Después se abordará la perspectiva organizativa, para prestar atención, en especial, a los derechos fundamentales del pluralismo ideológico, cuyo ejercicio se optimiza con correctas regulaciones organizativas.

— Por último, se centrará el análisis en la perspectiva procedimental, con una comprensión de esta como la del conjunto de reglas sobre obtención y tratamiento de la información, reglas que son instrumentales para la adopción de decisiones adecuadas al ejercicio de todos los derechos fundamentales.

2. PERSPECTIVA SUSTANTIVO-MATERIAL: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA INMEDIATEZ PERSONAL-CORPORAL

a) *El derecho a la libertad personal*

No se quiere aquí centrar la atención en los supuestos de *internamiento no voluntario* en la residencia de mayores, sino, más bien, en el régimen de la libertad de movimientos de la persona mayor cuyo estado de salud le permite decidir libremente, en primer término, sobre el ingreso en (y sobre el abandono de) ese establecimiento.

Durante años, por cierto, estuvo marcado por la confusión el preciso régimen jurídico de los internamientos no voluntarios en lo que se refería a la definición de los elementos del supuesto de hecho de la norma que imponía su

(19) Así, Gerhard IGL y Thomas KLIE, «Recht der älteren Menschen», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, pág. 36.

necesaria autorización judicial (20). La Instrucción núm. 3/1990 de la Fiscalía General del Estado de 7 de mayo de 1990 daba cuenta en su momento, por ejemplo, de que «viene siendo usual 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 o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas».

El vigente artículo 763 LEC regula el proceso para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (en el contexto sistemático de los «procesos sobre la capacidad de las personas»). Este internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí mismo, «aunque esté sometida a la patria potestad o a la tutela, requerirá autorización judicial».

Parece que la situación de confusión sobre estos casos no se ha despejado del todo. El artículo 6.a) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales andaluces de personas mayores de 2007 (21), al regular el ingreso en la residencia, dispone, de forma —al menos, aparentemente— contraria al precepto citado de la LEC, que «ninguna persona podrá ser ingresada sin su consentimiento, salvo que sea suplida su capacidad por tutor legal. En los casos de incapacidad presunta o declarada, en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá la autorización judicial para el ingreso». Frente a esta regulación habría que destacar que el consentimiento del tutor no exime de la imperativa autorización judicial.

Uno de los primeros derechos que suelen reconocer las leyes autonómicas de servicios sociales es, precisamente, el «derecho al ejercicio de la libertad individual para el ingreso, la permanencia y la salida del establecimiento, con las limitaciones establecidas en la legislación vigente para las personas menores de edad, incapacitadas e incurso en medidas judiciales de internamiento» (22). El punto regulatorio de partida —con respecto al cual los demás supuestos se

(20) Vid. sobre esto Manuel AZNAR LÓPEZ, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de los centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Granada, 2000, en especial, págs. 15 y sigs.

(21) Aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

(22) Vid., con una regulación muy parecida, artículo 8.1.a) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6.a) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12.1.a) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9.1.a) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

tratan como excepciones— es, pues, que entra y está en la residencia quien quiere.

Un mínimo conocimiento de la realidad empírica en esta materia obliga, sin duda, a matizar el dato de la *voluntariedad*. La residencia de mayores está casi siempre en el último puesto de las preferencias de la persona mayor necesitada de (más o menos) ayuda; y el ingreso normalmente se retrasa a la última etapa de la vida, lo que explica —por otra parte— que crezca permanentemente el porcentaje de las personas gravemente dependientes en la residencia (23). De forma gráfica podría decirse, entonces, que el punto de partida de las regulaciones legales mencionadas es, más que el de la persona que ingresa *voluntariamente* en la residencia, el de la persona para cuyo ingreso —sin más— *no ha sido necesario solicitar autorización judicial*. Posiblemente esta manera de expresar el caso se ajusta más a la realidad.

Con respecto a estos internos que están voluntariamente (con los matices destacados) en la residencia, la circunstancia de que en cualquier momento se pueda decidir abandonar el establecimiento hace entrar en el juicio de ponderación entre el deber de cuidado y la libertad personal un factor muy relevante que impide considerar que cualquier encierro, por ejemplo, el cierre nocturno del centro, deba tratarse, sin más, como una limitación involuntaria de la libertad personal de movimientos. El artículo 17.1 CE protege frente a las limitaciones o privaciones no consentidas de la facultad del individuo de moverse libremente, de situarse en el espacio (24).

Ahora bien, sobre esta base es exigible que el régimen de regulación de la libertad de movimientos responda a juicios ponderativos adecuadamente realizados en los que se dé a esa libertad todo el espacio que sea posible. En el resultado de esa ponderación ha de corresponder una importancia decisiva al dato de la *salud física y mental del interno*: si el estado de salud del interno es suficientemente bueno, prevalece la libertad personal de movimientos sobre las limitaciones derivadas del deber de cuidado. El buen estado de salud es técnicamente, en el contexto de la más conocida teoría de la ponderación, un elemento del supuesto de hecho de la *regla de prevalencia condicionada* que soluciona los conflictos entre la libertad del artículo 17.1 CE y las exigencias del deber de

(23) Así, Gisela ZENZ, «Autonomie und Abhängigkeit– familienrechtliche Schutzbelange im Alter», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, pág. 154.

(24) *Vid.* sobre esto Juan Antonio LASCURÁIN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009, págs. 366-367.

cuidado. Como es sabido, la regla de prevalencia condicionada (25) expresa las condiciones (buen estado de salud) bajo las cuales uno de los principios que se enfrentan en una ponderación (libertad personal) prevalece frente al otro (deber de cuidado).

A esta solución básica se ajustan las regulaciones del régimen de salidas de los internos que pueden encontrarse en los reglamentos de régimen interior de las residencias de mayores. En Andalucía rige la siguiente regla: «1. Las personas usuarias podrán salir del centro, solas o acompañadas, *siempre que sus condiciones físicas o psíquicas lo permitan*. 2. Las personas usuarias que salgan del centro deberán *notificarlo* al mismo, donde quedará constancia de la salida por escrito» (26). Al buen estado de salud se vincula la prevalencia de la libertad de movimientos. El deber de comunicar la salida es fácilmente justificable si se atiende a las exigencias del ordenado funcionamiento del centro —presupuesto que garantiza el correcto cumplimiento del deber de cuidado—, donde en cualquier momento debe poder saberse quién está y quién no está en la residencia.

En una residencia de mayores de Castilla-La Mancha expresamente se regula que solo debe informarse de la salida cuando esta tenga lugar *fuera de los horarios establecidos* a tal efecto: «1. Las personas residentes podrán salir del centro siempre que sus condiciones físicas o psíquicas se lo permitan, solos o acompañados. 2. Para los casos en que la salida exceda de los horarios establecidos a tal efecto, deberá comunicarse a la dirección del centro o persona responsable. 3. Así mismo podrán ausentarse del centro por vacaciones, informando a la dirección del tiempo de las mismas, así como de la forma de contactar con ellos» (27).

En la regulación del régimen interior de las residencias de la Comunidad de Madrid se introduce a estos efectos el concepto de «residentes sometidos a control continuado», seguramente para aludir a aquellos cuyo estado de salud no es de los mejores, y se dispone para su régimen de salidas: «independientemente de su naturaleza y duración, las salidas de los residentes sometidos a control continuado deberán ser conocidas previamente por la Unidad de Atención Sanitaria, que les informará sobre la conveniencia o no de las mismas. La

(25) Sobre este concepto Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt a. M., 1996, págs. 81-87.

(26) Artículo 22 (salidas del centro) del Reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

(27) Artículo 26 (sobre las salidas) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

decisión última corresponderá a los residentes, que asumirán toda la responsabilidad» (28).

La misma solución, que hace depender la prevalencia de la libertad de movimientos del adecuado estado de salud, se encuentra en la mencionada *Charta* alemana de los derechos de las personas necesitadas de asistencia: «En principio, tiene usted el derecho a moverse libremente en su entorno. *Si su estado de salud lo permite*, debe garantizarse que puede usted entrar y salir en cualquier momento del espacio en el que vive, así como dejarlo cerrado. Si vive usted en una residencia y está en condiciones de salir de ella por sus propios medios, debe entregársele una llave de su habitación y la de la entrada de la residencia» (29).

b) *El derecho a la intimidad*

Se van a abordar aquí separadamente los aspectos de la vida en la residencia de mayores que afectan a la intimidad personal (y, en su caso, también, familiar) (art. 18.1 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

La entrada en la residencia supone para el interno una limitación *fáctica* radical —creo que así se puede calificar sin exageración— de su derecho a la *intimidad personal*, por la dificultad de encontrar en ese establecimiento, destinado a la vida en común, espacios propios reservados a la vida privada en los que pudiera excluirse cualquier intromisión de otros. Sobre la base de este presupuesto fáctico —contra el que poco puede hacerse—, el esfuerzo por dotar a este derecho de contenido en la residencia debe dirigirse a *optimizarlo abriendo y garantizando* —en la medida de lo posible— *espacios y tiempos para la vida personal independiente*. La conformación del plan colectivo de actividades debe detenerse ante las exigencias de un derecho que impone la existencia de espacios y tiempos en los que sea posible estar solo, recibir las visitas deseadas y estar en su compañía, hablar confidencialmente por teléfono (30), etc.

(28) Artículo 25 (salidas, ausencias y visitas) del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social.

(29) Comentario al artículo 2 de la *Charta*, que se refiere, entre otros, al derecho a la libertad. Parece que la entrega de las llaves a los residentes para garantizar la libertad de movimientos es costumbre alemana. Informaba ya de ella, en este contexto, en 1978, KRAUSE, «Empfiehl es sich...?», págs. 45 y 50.

(30) Son muy expresivos los comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*: «Tiene usted derecho a retirarse o a hablar confidencialmente con quien quiera. Si vive usted en una residen-

Este es el sentido de algunos preceptos que pueden encontrarse en las regulaciones de las leyes autonómicas de servicios sociales, de sus reglamentos de desarrollo y de los reglamentos de régimen interno de las residencias, que reconocen el derecho a «personalizar el entorno donde se viva con objetos personales», a «mantener su relación con el entorno familiar y social que será, en todo caso, facilitada» (31), etc.

La intimidad *familiar* puede optimizarse, también, reconociendo el derecho a compartir el mismo alojamiento en la residencia a personas con las que se tengan vínculos familiares (32), o un derecho preferente de acceso al mismo centro en el que está una persona a favor de otra unida a ella por lazos de ese tipo (33).

Mención especial merece también la intimidad *corporal*, que el Tribunal Constitucional ha considerado integrada en la intimidad personal [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 12, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5 A)]. Queda «protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal» que en la vida en la residencia puede verse afectado en el caso de las personas que necesitan de la asistencia del personal al servicio del establecimiento para ducharse o realizar otras tareas relativas a la higiene personal. En principio, no puede decirse que haya por parte de ese personal «indagación o pesquisa» sobre el cuerpo coactivamente impuestas, que es uno de los requisitos que la citada jurisprudencia constitucional ha destacado para considerar que una medida coactiva entra en el ámbito protegido por este derecho. Pero hay que reconocer que los casos a los que ahora se hace referencia están muy cerca de ese círculo de protección.

Para garantizar el respecto a este ámbito de la intimidad, la *Charta* alemana reconoce un *derecho a pedir el cambio de la persona* que se encarga de las

cia y no dispone de habitación individual, debe dársele la oportunidad de estar solo o de conversar tranquilamente con personas de su elección en un lugar destinado a eso; y a hablar por teléfono sin ser molestado. También puede usted esperar que se le facilitará la posibilidad de conversar con un psicólogo o un director espiritual».

(31) *Vid.*, por ejemplo, 6.p) y r) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(32) *Vid.*, por ejemplo, 6.g) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(33) Así, por ejemplo, artículo 8 (acompañantes) del Decreto 186/2010 (Castilla-La Mancha), de 20 de julio de 2010, del régimen jurídico de los centros y servicios especializados para la atención a las personas mayores de la red pública de Castilla-La Mancha y del procedimiento de acceso a los mismos; y artículo 19 (requisitos de admisión) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

tareas de la higiene corporal cuando con ella el interno necesitado de ayuda se sienta incómodo (34).

Para dotar a los residentes de una protección por la intimidad *domiciliaria* (art. 18.2 CE) equivalente a la que cualquiera tiene «en su casa», algunas leyes autonómicas de servicios sociales disponen que el interno tiene el derecho «al reconocimiento como domicilio, a todos los efectos, del establecimiento residencial donde se viva» (35). Con ello, esas leyes llevan a cabo una definición vinculante del concepto constitucional de domicilio que extiende —si es que no se pudiera aceptar que ya ese concepto constitucional incluye la residencia— las garantías del artículo 18.2 CE a la vida de los internos en ella.

Si se piensan las cosas con la suficiente reflexión, sin embargo, puede caerse en la cuenta de que estas disposiciones legales protegen la intimidad domiciliaria del interno frente a los *sujetos de fuera* de la residencia. Pero es necesario, también, prestar atención a la protección frente a los *sujetos de dentro*. Con esto se afrontan las cuestiones de la *entrada en la habitación* de los residentes (espacio en el que se despliega el ámbito más íntimo de la vida en la residencia) (36) por parte del personal empleado y de los demás internos.

Se da aquí un verdadero conflicto entre un ámbito de autodeterminación del residente y precisas y concretas manifestaciones del deber de cuidado, porque es evidente que en las habitaciones es necesario entrar para cumplir con la obligación de velar por la seguridad, la salubridad y la higiene de los internos y del establecimiento; y para llevar a cabo las tareas de limpieza.

Se impone, entonces, encontrar soluciones al servicio de la *concordancia práctica* (37) entre los dos intereses en conflicto. Si todos los días se limpian

(34) Comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*: «El respeto a su intimidad también se manifiesta, por ejemplo, en la consideración a su sentido del pudor [...], en especial, en lo que se refiere a su higiene corporal. Cuando la ayuda para estas tareas le sea prestada por una persona con la que no se sienta usted cómodo, debe usted manifestarlo directamente o a través de quien considere oportuno. En tales casos, puede usted esperar que por parte de la institución prestadora se agotarán todas las posibilidades organizativas para que se ponga a su disposición otra persona por la que usted se sienta bien tratado».

(35) *Vid.*, por ejemplo, 6.o) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(36) Es suficientemente conocido que la STC 10/2002, de 17 de enero, consideró, a los efectos de la aplicación del artículo 18.2 CE, la habitación de un hotel como domicilio de la persona que se aloja en ella.

(37) En el ámbito de la interpretación constitucional se habla del denominado *principio de la concordancia práctica*, para dar solución a los conflictos entre bienes constitucionales (por ejemplo, un derecho fundamental frente a otro, o un derecho fundamental frente a un bien colectivo de relevancia constitucional). La idea clave que con esa expresión se quiere poner de manifiesto es que en el conflicto entre dos bienes constitucionales no solo debe llegarse a una solución pondera-

y se visitan las habitaciones (también para reponer el material higiénico), la correcta solución del conflicto que nos ocupa pasará por establecer un adecuado y siempre previsible horario de limpieza (38). No parece aceptable, desde esta perspectiva, en principio, por ejemplo, un horario de limpieza que empieza a las 8:30 h. de la mañana y acaba a las 16:00 h. (39).

Para la entrada en la habitación a otras horas, el respeto a la intimidad (y a las normas de educación) exige llamar previamente y esperar la respuesta (40) (siempre, claro está, que el interno de que se trate esté en condiciones de oír y darla). La entrada en la habitación sin el consentimiento expreso de su usuario o en su ausencia ha de quedar restringida a supuestos de urgencia y debería ser posteriormente comunicada. Con respecto a la facultad de cerrar las habitaciones, es discutible si la seguridad en el establecimiento aconseja en todo caso prohibirlo al interno, o la intimidad de este exige que esa posibilidad exista (41).

Un carácter todavía más excepcional ha de tener la medida de *revisión de los armarios* de los residentes, aunque tampoco cabe excluirla en abstracto, porque pueden hacerla necesaria concretas exigencias del deber de cuidado o de derechos de otros residentes o del personal empleado en la residencia. La solución deberá consistir en prever garantías para esos supuestos. Quizás sea bienintencionado, pero contraproducente, establecer que la revisión de armarios, en las circunstancias excepcionales en que pueda acordarse, habrá de lle-

da, sino que, además, el punto de equilibrio exigible debe ser, precisamente, aquel en el que ambos bienes alcancen el *grado de realización óptima*. Así, Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993, pág. 27.

(38) El Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social de la Comunidad de Madrid, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social, dispone en su artículo 14 (Unidad de Limpieza) que habrá limpieza y visita diarias a las habitaciones, incluidas las desocupadas; y en su artículo 21.1 (alojamiento y manutención de los residentes) que «la limpieza de las habitaciones se efectuará en el horario que se establezca por el Director una vez oído el Consejo de Residentes, sin perjuicio de que se promueva y facilite la colaboración de los residentes capacitados para ello [...]».

(39) Así lo dispone, sin embargo, el título III, ap. 5.º, del Reglamento de régimen interior de la Residencia privada Gran Vía Parc, de Barcelona.

(40) Así, expresamente, se puede leer en los comentarios al artículo 3 (privacidad) de la *Charta*.

(41) Parece prohibir el cierre el artículo 13.4 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «Se preservarán las condiciones adecuadas de protección y seguridad, prohibiéndose además la instalación de mecanismos de cierre de puertas y ventanas por parte de las personas usuarias [...]».

varse a cabo siempre en presencia del residente interesado «y del Consejo de Residentes» (que está integrado al menos por tres personas: ¿no sería mejor solo alguna de ellas?) (42).

c) *El uso de sujeciones físicas y farmacológicas*

Por razones de seguridad (evitar las caídas o peligros para terceras personas) o terapéuticas (evitar autolesiones, la retirada de vías intravenosas o sondas nasogástricas, etc.) no es infrecuente que algunos internos en la residencia sean sometidos a medidas de sujeción física (cinturones o correas) o farmacológica (normalmente, antipsicóticos) (43). Parece que en torno a un 25 por 100 de las personas mayores dependientes ingresadas son sometidas a sujeciones de este tipo, porcentaje que se eleva al 60 por 100, si el recuento se centra en los ancianos residentes con demencia (44).

El uso de sujeciones, para quien puede moverse y no da su consentimiento, tanto *físicas* como *farmacológicas* constituye una intensa limitación de la libertad personal (art. 17.1 CE), en cuanto concreta restricción coactiva de la libertad física o de movimientos (así se deduce de la doctrina contenida en la STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11). El uso, en las mismas circunstancias, de sujeciones farmacológicas, como intervención médica no consentida en el propio cuerpo, afecta también a la integridad física del artículo 15 CE (STC 120/1990, FJ 8). En condiciones normales, no obstante, el uso de ambos tipos de sujeciones no constituirá un «trato inhumano y degradante» (art. 15 CE), si no se da el

(42) Norma I.9 del Reglamento de régimen interior de las residencias para personas mayores que gestiona directamente el Servicio de Bienestar Social (de la Comunidad de Madrid), aprobado por Acuerdo de 22 de julio de 1994 del Consejo de Administración del Servicio Regional de Bienestar Social: «Si por circunstancias excepcionales se considerara necesario, la dirección de la residencia podrá acordar que se revisen los armarios de los residentes, siempre en presencia del mismo y del Consejo de Residentes u otros testigos». El Consejo de Residentes está compuesto, como mínimo, por el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario (art. 46.1 del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social).

(43) Sobre esto, Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, «El uso de sujeciones físicas y farmacológicas en la atención residencial de ancianos: derechos fundamentales afectados y garantías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2011), págs. 91-104. Otros motivos para el uso de estas medidas (de los que se informa en el trabajo citado, págs. 93 y 95), como el castigo, puede considerarse que pertenecen a una vertiente siniestra de la vida en la residencia, que debe desaparecer en la realidad para que desaparezca también en la conciencia colectiva.

(44) BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», pág. 93.

elemento de la vejación, la humillación o el envilecimiento, ni la intención de doblegar la voluntad del interno (STC 120/1990, FJ 9).

Parece evidente que la regulación de esta materia cae bajo el ámbito de la reserva de ley, al menos, del artículo 53.1 CE. Solo las leyes de servicios sociales de algunas Comunidades Autónomas, sin embargo, contienen una regulación expresa de estos supuestos (45). La norma que podría calificarse como estándar dispone que el uso de estas sujeciones requiere de prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del interno o de terceras personas. En este segundo caso, las actuaciones deben justificarse documentalmente en el expediente del usuario y deben comunicarse al Ministerio Fiscal (46).

Es dudosa en la interpretación de esta norma la relevancia que hay que otorgar, en el supuesto calificable como ordinario (distinto al del peligro inminente), al consentimiento del propio interesado o de su representante (formal o informal, más adelante se hablará de esto). Solo la regulación de las Illes Balears parece aclarar que estas medidas pueden imponerse «sin autorización» del interesado, tanto cuando haya peligro inminente, como, en el caso ordinario, con prescripción facultativa (y en ambos casos, bajo supervisión) (47).

Llama la atención, por otra parte, que en regulaciones autonómicas de los expedientes o historiales personales de los internos no se haga mención a la obligatoria constancia expresa de la adopción con respecto a ellos de medidas de esta trascendencia: deben hacerse constar, por ejemplo, los «contactos de la persona usuaria con familiares, persona de referencia o representante legal» y otras circunstancias de menor relevancia, pero nada se dice de la documentación del uso de sujeciones (48). Y también es destacable la ausencia en la regulación de estos casos de cualquier referencia a algún tipo de intervención judicial,

(45) BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», pág. 96, considera que el artículo 763 LEC «sirve por analogía o supletoriedad en la utilización de las medidas coercitivas que nos ocupan en pacientes y usuarios de centros de servicios sociales».

(46) Artículo 8.1.k) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales; artículo 6.s) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales; artículo 12.1.p) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; artículo 9.1.n) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

(47) En contra, BELTRÁN, «El uso de sujeciones...», págs. 100-101, para quien —salvo en el caso de peligro inminente— siempre es necesario el consentimiento del interesado o de sus familiares.

(48) Artículo 8 (conformación del expediente individual) del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007.

aunque esta se limitara tan solo a los supuestos más graves de uso regular o por período largo de estas medidas (49).

Es este del uso de sujeciones físicas y farmacológicas un buen ejemplo para poner de manifiesto qué delicadamente deben ser tratadas las distintas piezas del sistema de derechos fundamentales en la vida en una residencia de mayores. Si, por la vía de las acciones de responsabilidad patrimonial (o civil) contra el titular de la residencia, siempre se condenara en caso de accidente por no estar sujeto el interno, el personal desarrollará un miedo excesivo a la caída del residente, que tendrá un resultado muy perjudicial para los derechos fundamentales que —según se ha visto— están aquí implicados.

La experiencia precedente de donde se ha investigado seriamente en estas cuestiones pone de manifiesto hasta qué punto la adopción de estas medidas limitativas de la libertad puede ser, en parte, sustituida por adecuadas medidas alternativas: desde la «protección a través de la información» hasta los protectores de caderas, pasando por soluciones de rehabilitación arquitectónica del interior de la residencia o la instalación de suelos no resbaladizos, etc. (50).

d) *La alimentación artificial*

Es evidente que puede no ser infrecuente en una residencia de mayores la necesidad de adoptar medidas relativas a la alimentación artificial de un interno. Relevancia jurídica cobran esas medidas, sobre todo, cuando no contarán con el consentimiento del interesado. La alimentación artificial forzosa constituye una limitación (que puede estar justificada o no, en función de la concurrencia de otros bienes constitucionales adecuadamente ponderados por el legislador) del derecho a la integridad física (art. 15 CE) del sujeto sobre el que se lleva a cabo.

Es conocido que en la STC 120/1990, de 27 de julio (caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO), el Tribunal puso un especial empeño en

(49) En el Derecho alemán, el uso de sujeciones físicas o farmacológicas en personas mayores que viven en la residencia necesita de la cobertura de una autorización judicial, si el interno no consiente en ella y tiene capacidad de movimientos y la medida se adopta por un plazo largo o con regularidad; *vid.* sobre esto Rainer KEMPER, en Reiner SCHULZE (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005, pág. 1808, correspondiente al comentario al § 1906 del Código Civil (BGB), donde se encuentra la regulación legal de la materia.

(50) Puede encontrarse mucha información sobre el proyecto interdisciplinar ReduFix, en el que participaron 45 instituciones dedicadas a la atención de personas mayores de Baviera, Sajonia y Baden-Württemberg, con la finalidad —entre otras— de reducir los porcentajes de las personas necesitadas de sujeciones de esta clase, en www.redufix.de (última visita 31.7.2011).

declarar que la argumentación que condujo a la decisión autorizatoria de dicha alimentación, que se aceptó en esa resolución como consecuencia del especial deber de cuidado de la vida y la salud de los presos que pesa sobre la Administración penitenciaria, debía ceñirse a aquel concreto caso de conflicto «con el fin de evitar todo confusiónismo con otros supuestos de asistencia médica obligatoria distintos del presente, que *quizás requieran* diferente solución en atención a las diferentes condiciones en que aquellos se susciten» (STC 120/1990, FJ 5) (51).

La cuestión está hoy sometida a la regulación general de los artículos 2.4 (derecho a negarse al tratamiento médico, excepto en los casos determinados en la ley); 8.1 (regla del consentimiento informado para toda actuación en el ámbito de la salud); 9.2.b) (riesgo inmediato grave que permite actuar sin necesidad de consentimiento); 9.3 (supuestos de otorgamiento de consentimiento por representación), y 11 (instrucción previas, sobre las que se volverá más adelante) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

e) *Una vertiente prestacional de derechos fundamentales que fuera de la residencia son sobre todo derechos de libertad*

Se están analizando en este apartado las regulaciones sustantivo-materiales contenidas, fundamentalmente, en las leyes autonómicas de servicios sociales (y desarrolladas en reglamentos ejecutivos de esas leyes y en los reglamentos de régimen interno de las residencias) y relativas a los que aquí se han denominado derechos fundamentales de la inmediatez personal-corporal (arts. 15, 17.1 y 18 CE).

Se va a dejar ahora ese ámbito de los derechos a la integridad física y moral, a la libertad y a la intimidad personal, para prestar atención a otras regulaciones sustantivas que parecen reconocer, en el contexto de la intensa relación jurídico-social que supone la vida como interno en la residencia de mayores, una vertiente prestacional a derechos fundamentales que fuera de ese establecimiento son, sobre todo, derechos de libertad.

(51) Y, más adelante, de nuevo: «esta relación especial de sujeción» (la de los presos) permite «imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que *podrían resultar* contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas» (STC 120/1990, FJ 6).

Esta vertiente prestacional (reconocida, ciertamente, en casos muy excepcionalmente delimitados) de derechos fundamentales *liberales* ha sido desarrollada dogmáticamente —como se sabe— desde los años cincuenta del siglo pasado en el contexto de la *vertiente jurídico-objetiva* de los derechos fundamentales (con sus *keywords* relativas a las obligaciones de protección, la organización y el procedimiento y —precisamente— los derechos de prestación) (52) y en el del papel de los derechos fundamentales en el moderno *Estado social* prestador (53).

En mi opinión, puede argumentarse que, en ocasiones, la vertiente jurídico-objetiva de un derecho fundamental en conexión con una específica obligación de asistencia impuesta al titular de la residencia se condensa en un derecho subjetivo (de fundamento legal o contractual) de la persona necesitada de ayuda a exigir una prestación dirigida a hacer más fácilmente ejercitable aquel derecho fundamental.

Puede ponerse el ejemplo del *derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas* (art. 18.3 CE), supuesto claro de puro derecho de libertad (derecho a excluir la intervención de otro —en primer lugar, del Estado— en esta esfera) fuera de la residencia. Dentro del establecimiento residencial, sin embargo, el ejercicio del derecho podría hacerse imposible si no existe un lugar adecuado desde el que llamar o donde recibir llamadas, por lo que las normas reguladoras del régimen interno imponen a la residencia la obligación, en interés de los residentes, de poner a disposición de estos un recinto con las condiciones que permitan la intimidad de estas comunicaciones (54). Es cierto que el uso del móvil relativiza la importancia práctica de este derecho.

(52) Ejemplo típico en la dogmática alemana es el de la vertiente jurídico-objetiva de la libertad de investigación (art. 5.3 de la Ley Fundamental) que fundamenta el derecho prestacional a exigir del Estado la puesta a disposición de los medios personales, financieros y organizativos que hagan posible esa investigación. Sobre esto puede verse Hans-Heinrich TRUTE, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994, págs. 412 y sigs.; Michael FEHLING, «Wissenschaftsfreiheit (art. 5 Abs. 3 GG)», en DOLZER/VOGEL (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 2004, págs. 119 y sigs.; Ute MAGER, «Freiheit von Forschung und Lehre», en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, Heidelberg, 2009, págs. 1089 y sigs.

(53) Sobre esto, por todos, Peter HÄBERLE, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, págs. 43 y sigs.

(54) Así, artículo 25 (comunicación con el exterior) del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007): «Las personas usuarias podrán tener acceso a las comunicaciones, que se ubicarán en un lugar que permita la intimidad. Así mismo dispondrán, si fuera necesario, de ayuda de carácter personal para hacer efectivas las citadas llamadas [...]». Una redacción muy parecida tiene el artículo 27 (sobre

Otro ejemplo es el del *derecho a la participación en las elecciones* (art. 23.1 CE). El derecho reconocido por la ley a los residentes a «recibir atención complementaria [...] dirigida al desarrollo personal de todas sus capacidades en condiciones de igualdad con el resto de la ciudadanía» (55) en conexión con la vertiente jurídico-objetiva del derecho fundamental fácilmente —en mi opinión— permite argumentar la existencia de un derecho subjetivo a ser ayudado en el desplazamiento al colegio electoral o en el libre ejercicio del voto por correo (56).

3. PERSPECTIVA ORGANIZATIVA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PLURALISMO IDEOLÓGICO CUYO EJERCICIO SE OPTIMIZA CON ADECUADAS REGULACIONES ORGANIZATIVAS

a) *El principio organizativo del pluralismo prestacional*

En términos orientativos muy generales puede afirmarse que cuanto más afectado esté, por la naturaleza de una concreta prestación social, el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* del destinatario (art. 10.1 CE) —sin duda, el ejemplo más claro es el de la residencia de mayores—, mayor importancia tendrá la organización por el legislador y la Administración de un sistema de pluralismo en la oferta prestacional, que se corresponda con (y refleje) la variedad de las orientaciones valorativas en que aquella libertad puede plasmarse (57). Un

la comunicación con el exterior) del Reglamento de régimen interior de la residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava (Ciudad Real), de la que es titular el municipio de Bolaños de Calatrava.

(55) Artículo 6.k) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(56) En sentido análogo, puede leerse en los comentarios al art. 6 (comunicación, valoración y participación en la sociedad) de la *Charta*: «Tiene usted, además, la posibilidad de ejercitar sus derechos de participación como ciudadana o ciudadano, en primer término, el derecho a participar en las elecciones. En el caso de impedimento físico tiene usted la posibilidad de solicitar ayuda de la persona que usted designe y de votar por correo. Esa persona está obligada a respetar su libertad de voto y a guardar secreto sobre él».

(57) En un sentido parecido se pronuncia Marcos VAQUER CABALLERÍA, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002: «la prestación en que consisten (los servicios atinentes a la persona) afecta en primer lugar a las libertades de la persona; no solo a las libertades del beneficiario de la prestación, sino también —y esta perspectiva no siempre es tenida en cuenta— a las del prestador mismo» (pág. 124); «el libre desenvolvimiento de la personalidad (art. 10.1 CE) exige dejar abierta la prestación privada de los servicios atinentes a la persona, en concurrencia [no necesariamente competitiva (...)] con su prestación pública,

sistema plural de ofertas prestacionales quedará así compuesto por una red de establecimientos estatales ideológicamente *neutrales* junto con otros privados ideológicamente *plurales*, entre los que pueden elegir los destinatarios de las prestaciones (58).

Los que aquí se han denominado derechos fundamentales del pluralismo ideológico —la libertad religiosa e ideológica (art. 16.1 CE), el derecho a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE], o, en general, el derecho a desarrollar la propia personalidad (art. 10.1 CE) conforme a las propias convicciones ideológicas— se *optimizan* si los residentes pueden elegir, entre una oferta suficientemente plural, el entorno en el que —posiblemente— pasarán los últimos años de su vida; y, quizás, también vivirán el proceso de su muerte. Y algunos conflictos relativos a estos derechos fundamentales ideológicos se *evitan* si se permite la integración voluntaria de las personas mayores en el entorno en que deseen.

Lo cierto, sin embargo, es que poco material puede encontrarse en la legislación autonómica sobre servicios sociales relativo al pluralismo prestacional, como principio conforme al cual organizar la red de residencias de mayores. En alguna ocasión, parece que lo que se encuentran son, más bien, mandatos contrarios a ese pluralismo, cuando, por ejemplo, por Orden de una Consejería autonómica se aprueba el «modelo tipo» de los Reglamentos internos «de obligado cumplimiento» por los centros residenciales privados acreditados (59), que, en consecuencia, pierden la facultad de aprobar esas normas de funcionamiento interno; y de ofrecer la prestación libremente (naturalmente, con limitaciones) diseñada al usuario que la deseara (60).

pues de otro modo se estarían ahogando los comportamientos sociales solidarios y, en definitiva, negando a la persona como ser social [...]. Llegamos así a que ambas cosas (libertad de los sujetos privados, mandato de acción a los públicos) vienen hoy demandadas desde la Constitución» (pág. 125). Sobre el concepto de «servicios atinentes a la persona», como concepto clave opuesto al de «servicios atinentes al territorio», *vid.* en esta obra de VAQUER, págs. 111 y sigs.

(58) Sobre esto *vid.* José María RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 162 y sigs.

(59) Así, el artículo único (objeto y ámbito de aplicación) de la Orden de la Consejería —de la Comunidad Autónoma de Andalucía— para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007: «1. La presente Orden tiene por objeto aprobar el *modelo tipo de Reglamento de régimen interior* de todos los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia, públicos y privados acreditados [...]. 2. El modelo tipo al que se refiere el apartado anterior, *de obligado cumplimiento* en todos los centros descritos anteriormente, se establece en el Anexo de esta Orden».

(60) En la *Charta* corresponde un puesto destacado a este principio de organización, desde la perspectiva de la que aquí se está hablando. Cuando se hace referencia a la práctica religiosa (comentario al art. 7) se pide a la persona necesitada de ayuda que, al elegir la residencia, se

No basta para organizar un verdadero sistema de pluralismo prestacional social con que la Administración dé entrada a la oferta de prestaciones a través de sujetos privados si de estos se exige que reproduzcan «clónicamente» —permítase la expresión con intención gráfica— con su servicio el modelo de la prestación por el servicio de titularidad administrativa. El pluralismo exige el respeto del Estado en lo que se refiere al establecimiento de los *finés propios* de la organización privada prestadora (por utilizar el ejemplo de la escuela privada: algo equivalente al ideario de la institución) y a la aplicación de *metodologías prestacionales* también propias (61); lo que, desde luego, ha de hacerse compatible —y en absoluto es incompatible— con el control estatal de la correcta utilización de los fondos públicos que se reciben, de la observancia de los estándares de calidad establecidos en la legislación aplicable, etc.

b) *La participación en la determinación de las condiciones de la vida en común*

La idea que está detrás de las regulaciones de los órganos de participación de los internos en la residencia [Consejo de Residentes (62), Consejo del Centro (63),

preste atención a que la orientación ideológica de la institución se corresponda con los valores y las creencias personales. En los comentarios al respeto a la intimidad (art. 3), tras destacarse la prevalencia de la decisión personal relativa a las relaciones sexuales en la residencia, se destaca, sin embargo, que las posibilidades de tener esas relaciones íntimas también dependen de las condiciones y de la orientación de la correspondiente institución, por lo que se aconseja informarse sobre este aspecto, si se estima necesario, antes de celebrar el contrato de atención residencial con la institución de que se trate.

(61) La exigencia impuesta al Estado de respetar el ideario propio —y la aplicación de metodologías también propias— de las instituciones privadas prestadoras se establece expresamente en el sistema de prestaciones sociales alemán en diversos preceptos del Código de Derecho social (*Sozialgesetzbuch*): parágrafos 17.3 del Libro I, 4 del Libro VIII, 69 y sigs. del Libro XI, 5 del Libro XII, etc.

(62) El artículo 4.2 de la Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, por la que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Residencias de Ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, atribuye al Consejo de Residentes «funciones asesoras, consultivas y de propuestas». Conforme a este Reglamento, al cuerpo electoral se le denomina Asamblea General (art. 45.1); al Consejo de residentes corresponde proponer programas anuales de actividades, conocer del anteproyecto de presupuesto y el proyecto de reglamento de régimen interno, informar expedientes sancionadores, velar por los derechos de los residentes, etc. (art. 46.2).

(63) Esta denominación se utiliza en el artículo 32 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007).

Asamblea General (64)], más que con un principio de democracia autogestionaria, tiene que ver con la más general directiva *iusfundamental* de la autodeterminación de las condiciones de la vida personal (art. 10.1 CE). Donde ya no puede ser uno el que decide autónomamente cómo configura su horario de vida, qué se prepara de comer o la película que verá por la noche, debe existir, al menos, la posibilidad organizativa de participar en la determinación de las condiciones de la vida en común.

El principio está acertadamente expuesto en el artículo 23 de la Carta Social Europea (del Consejo de Europa, revisada el 3 de mayo de 1996): las Partes se comprometen a adoptar medidas adecuadas que garanticen «a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones [...] la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución».

No es, pues —a mi juicio—, el principio democrático el que primariamente se sitúa detrás de la regulación de estos órganos, sino una idea de *defensa de derechos fundamentales* (o sea, no estamos ante una concreción del principio del Estado democrático, sino del Estado de Derecho). Falta en la comprensión teórica de estos derechos de participación un elemento esencial de la democracia que es la conexión con el *interés general* y la referencia a un colectivo que pueda ser considerado como *pueblo*. Aquí hay un *interés particular* y un *grupo concreto de afectados* en sus intereses. En definitiva, falta la suficiente *distancia* entre el derecho de participación y el objeto de la misma (65).

4. PERSPECTIVA PROCEDIMENTAL: REGLAS INSTRUMENTALES SOBRE OBTENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES ADECUADAS AL EJERCICIO DE TODOS LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

a) *Procedimiento en sentido amplio como reglas sobre obtención y tratamiento de la información*

Junto al concepto estricto del procedimiento administrativo —creación dogmática del Estado de Derecho—, vinculado a la decisión final que lo resuelve a

(64) En la Residencia de mayores Virgen del Monte de Bolaños de Calatrava no hay representación, sino *participación directa* de todos los residentes a través de la Asamblea General; *vid.* artículo 22 de su Reglamento de régimen interior.

(65) Sobre esos elementos necesarios para la realización del principio democrático (pueblo como sujeto legitimador, distancia con respecto a peculiaridades determinantes de la afección, interés general) *vid.* Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.ª ed., Heidelberg, 1998, págs. 80-82 y 98.

través de la forma jurídica del acto administrativo (o del convenio jurídico-público —forma de la terminación convencional del procedimiento—) (66), es necesaria la construcción teórica de otro tipo de procedimiento que sirve de cauce a la concreción y al desarrollo de las prestaciones de servicios o materiales (67).

En el contexto de este concepto amplio de procedimiento se va a prestar aquí atención a las numerosas reglas que, en el ámbito que nos ocupa, se refieren a la obtención y el tratamiento de la información como presupuesto (y al servicio) de la adopción de decisiones correctas en materia de derechos fundamentales. La idea se expresa bien en los comentarios al artículo 5 de la *Charta* alemana: la «información completa» es «presupuesto para decisiones ponderadas».

b) *Información del prestador al destinatario de la prestación*

Son numerosas las obligaciones de información que las leyes autonómicas de servicios sociales imponen al sujeto prestador con respecto al interno en una residencia, expresadas en la forma de derechos del residente: derecho a «conocer el reglamento interno del servicio, explicado de forma comprensible», «a acceder a la historia personal», «derecho de las personas con discapacidad intelectual a ser informadas sobre sus derechos y deberes de forma adecuada a su nivel de comprensión» (68), etc.

Fácilmente puede caerse en la cuenta de que esas y otras obligaciones de información tienen la finalidad de que la persona mayor no sea tratada en la residencia como *objeto* inerte de atención (perspectiva incompatible con la dignidad de la persona), sino que —en la medida de lo posible— el interno participe activamente como *sujeto* responsable y consciente en su atención (69), lo que solo puede suceder sobre la base de estar informado.

(66) Sobre las insuficiencias de la legislación tradicional sobre procedimiento administrativo y de la dogmática que la ha acompañado, Javier BARNES, «Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en Javier BARNES (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008, págs. 11 y sigs.

(67) *Vid.* sobre esto SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine...*, págs. 288-289; Peter J. TETTINGER, «Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 64, Berlín, 2005, pág. 213, que, en apoyo de esta demanda, afirma que «el moderno Derecho administrativo está más necesitado de *criterios* que dirijan con carácter general la actividad administrativa que de la doctrina de las *formas* de actuación» (cursiva mía).

(68) *Vid.*, por ejemplo, artículo 6.e), g) y v) de la Ley de Cantabria 7/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales.

(69) Así, Gerhard IGL y Thomas KLIE, «Recht der älteren...», pág. 38.

c) *Información del destinatario de la prestación al prestador*

En el contexto de la relación prestacional en la residencia de mayores es frecuente que se modifiquen las reglas generales que regulan con carácter general el flujo informativo del ciudadano a la Administración. La *carga que recae sobre el ciudadano* de exponer con claridad sus peticiones a la Administración [art. 70.1.b) LRJPAC] se sustituye en la residencia por la *obligación del prestador* de poner todos los medios para obtener de oficio la información relevante correcta para configurar la prestación de atención a cada interno. Entre otras exigencias, en esto, por ejemplo, debe concretarse el «derecho a recibir una atención personalizada de acuerdo con sus necesidades específicas» (70) reconocido en las leyes autonómicas de servicios sociales.

En la *Charta* alemana puede encontrarse un buen ejemplo de lo que se está diciendo. Al referirse al derecho a que se tengan en consideración las preferencias y costumbres del interno en lo que afecta a sus horas de sueño, vestimenta e higiene personal (comentario al art. 4: atención personalizada), se impone al personal prestador la obligación de observar las reacciones de las personas dementes y leer en su comportamiento, para hacerse una idea de esas preferencias.

d) *Tramitación y resolución de las quejas*

Las leyes autonómicas sobre servicios sociales reconocen a los residentes el derecho al «acceso a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas» (71). Es de una importancia determinante en la residencia la correcta regulación del procedimiento que debe seguirse, en especial, con las quejas, que ese procedimiento garantice que se obtiene la información adecuada para resolverlas correctamente, que existe el derecho a obtener respuesta (72), que no existe la posibilidad de que el interno se vea perjudicado por formularlas y, en su caso, la rápida conexión con el Ministerio Fiscal y la jurisdicción penal.

(70) Artículo 12.1.c) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales.

(71) *Vid.*, por ejemplo, artículo 8.1.h) de la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales.

(72) Así, expresamente, por ejemplo, el título IV, ap. 2.1, del Reglamento de régimen interior de la Residencia privada Gran Vía Parc, de Barcelona.

e) *Instrucciones previas*

«Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo» (art. 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

La residencia de mayores, por razones evidentes, puede ser lugar en el que el interno se plantee y decida formular un documento en el que se consigne esa voluntad anticipada. Algunas leyes autonómicas de servicios sociales reconocen el derecho de los residentes a «obtener facilidades para hacer la declaración de voluntades anticipadas, de acuerdo con la legislación vigente» (73).

Desde la perspectiva jurídica, claro está —como incidentalmente destacó la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 19, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 20 del Estatuto de Cataluña de 2006—, lo relevante no es el simple «derecho a dejar constancia de la voluntad para el caso de no poder manifestarla en el momento de recibir tratamiento médico», sino la regulación del alcance de la «obligación de respeto a esa voluntad», regulación que cae bajo el ámbito de «distintas competencias (arts. 81.1 y 149.1.16 CE, entre otras)» del Estado.

El precepto aplicable a esa cuestión —objeto parcial del debate sobre el ambiguo concepto de la «muerte digna» (74)— es hoy el artículo 11.3 de la citada Ley 41/2002: «No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al orde-

(73) *Vid.* artículo 12.1.n) de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; y artículo 9.1.l) de la Ley de las Illes Balears 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales.

(74) Bastante convincente me parece la argumentación de Herbert HENDIN, *Seducidos por la muerte* (trad. española de la edición norteamericana de 1998), Barcelona, 2009, más centrada en la perspectiva de la práctica de los médicos, los pacientes y sus familiares, que en la jurídico-constitucional, sobre la pendiente resbaladiza que ha recorrido la práctica del suicidio asistido en Holanda. Sobre esta cuestión, puede verse, últimamente, Alfonso RUIZ MIGUEL, «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», en Blanca MENDOZA BUERGO (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor, 2010, págs. 221 y sigs., de cuyos resultados (en especial, págs. 241-251) —en su mayor parte— discrepo, seguramente, como consecuencia de mi distinta valoración de lo que el propio RUIZ MIGUEL denomina «la transformación (de) una cultura dominada por la primacía del valor de la vida que otorga un papel preponderante y paternalista a la sociedad» (pág. 222) y del alcance de las obligaciones de protección que la vertiente jurídico-objetiva del derecho a la vida (art. 15 CE) impone al legislador.

namiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

Los aspectos sustantivos de la regulación corresponden al Estado, pero los procedimentales se remiten a la legislación autonómica (art. 11.2 y 5 Ley 41/2002: formalización, registro, etc.).

f) *Reglas sobre representación, consentimiento, audiencia y autorización judicial para la adopción de decisiones*

Un aspecto de capital importancia, que todavía no parece tener una adecuada respuesta regulativa en nuestro Derecho, es el de con quién tiene que entenderse el sujeto prestador cuando el interno no está incapacitado (y no tiene, por tanto, un representante legal), pero, de hecho, tampoco está en condiciones de decidir por sí mismo, situación esta muy frecuente en la práctica, a la que se da respuesta «por la vía de los hechos» recabando la información o el consentimiento necesarios a algunos efectos de quien *de facto* se presente como persona (familiar, normalmente) que vela por los intereses del interno (75).

¿Quién es, en esos casos, la «persona de referencia» (76)? ¿Cómo se garantiza que esa persona actuará en interés del interno y que no se dan situaciones de «conflicto de intereses o de influencia indebida» (77) (desgraciadamente, no siempre ausentes en las relaciones familiares)?

La exigencia de seguridad jurídica pasa en nuestro Derecho por la incapacitación (78), a la que, sin embargo, muchas veces, son reacios, precisamente,

(75) En el modelo de contrato de prestación asistencial a la tercera edad de Residencial Gràcia Aragó de Barcelona las estipulaciones son firmadas tanto por la residencia como por el residente y por un «familiar o persona responsable del usuario a todos los efectos», lo que parece suponer que esta persona aparece frente a la residencia como responsable subsidiario y como apoderado.

(76) Esta es la expresión que utiliza el artículo 8 del Reglamento andaluz de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia (aprobado por Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de diciembre de 2007).

(77) Estas son las expresiones que utiliza el artículo 12.3 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al regular las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica de estas personas.

(78) Por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento de organización y funcionamiento de las residencias de ancianos que gestiona directamente el Servicio Regional de Bienestar Social, aprobado por Orden 766/1993, de 10 de junio, de la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, dispone: «1. En el supuesto de residentes presuntamente incapaces que carezcan de familiares, o cuando estos no ejerzan las facultades de protección que les correspondan, la dirección del centro procederá de oficio a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. 2. Durante

los familiares que más velan por el interés del mayor. Y, por otra parte, la simple lectura, en el artículo 271 del Código Civil, de los actos para los que el tutor necesita de autorización judicial parece poner de manifiesto que la perspectiva prioritaria que preside esta materia sigue siendo (salvo en la regulación —solo— de su primer supuesto) la patrimonial y de protección de los intereses de terceros, pero no la de la ayuda al incapaz para el ejercicio de sus derechos fundamentales durante los años que pasa viviendo en una residencia.

Se ha dicho que en la *cuarta edad* (la tercera iría de los 60 a los 75/80 años; la cuarta, de ahí en adelante) las decisiones personales, en ocasiones, ya no se perciben como objeto de un derecho a la autonomía, sino, frecuentemente, como una carga que los afectados quisieran compartir con —o, incluso, trasladar por completo a—, sobre todo, los hijos (79).

Experiencias comparadas ponen de manifiesto los buenos resultados de regular, en este ámbito situado a medio camino entre el Derecho de familia y el Derecho administrativo social, un *apoderamiento voluntario* (equivalente al del representante interlocutor con el médico o el equipo sanitario en la regulación de las instrucciones previas del artículo 11.1 de la Ley 21/2002, de autonomía del paciente) o una *representación legal*, independiente de la incapacitación y de la tutela, a estos efectos de ser la «persona de referencia» de la persona mayor necesitada de asistencia (80).

Con independencia de la audiencia o del consentimiento de esa «persona de referencia», las decisiones que más intensamente afectan a derechos fundamentales —según se ha expuesto más atrás— deben estar sometidas a autorización judicial.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito, «La eficacia de los derechos fundamentales», en Francisco J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, 2004, págs. 179 y sigs.
ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt a. M., 1996.

la tramitación de la declaración de incapacitación y sin perjuicio de las medidas judiciales que puedan adoptarse, actuará como guardador de hecho la Comunidad de Madrid».

(79) ZENZ, «Autonomie...», pág. 148.

(80) Es la figura del *Betreuer* que el Derecho alemán incorporó procedente del austríaco y que está regulada en los §§ 1896 y sigs. del Código Civil (BGB). El nombramiento del *Betreuer* puede evitarse si antes se ha otorgado un *apoderamiento* (que se inscribe en un registro central) para encargarse de los asuntos de los que, en otro caso, se encargaría aquel.

- ARNAUT BRAVO, Sagrario, y OSLÉ GUERENDIÁIN, Camino, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para personas mayores*, Pamplona, 2006.
- AZNAR LÓPEZ, Manuel, *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de los centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Granada, 2000.
- BARNES, Javier, «Reforma e innovación del procedimiento administrativo», en Javier BARNES (ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, 2008, págs. 11 y sigs.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, «El uso de sujeciones físicas y farmacológicas en la atención residencial de ancianos: derechos fundamentales afectados y garantías», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11 (2011), págs. 91-104.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, 2003.
- ERICHSEN, Hans-Uwe, «Die Drittwirkung der Grundrechte», *Jura*, 1996, págs. 527 y sigs.
- FEHLING, Michael, «Wissenschaftsfreiheit (art. 5 Abs. 3 GG)», en DOLZER/VOGEL (dir.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 2004, págs. 1 y sigs.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Madrid, 1994.
- HÄBERLE, Peter, «Grundrechte im Leistungsstaat», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 30, Berlín, 1972, págs. 43 y sigs.
- HENDIN, Herbert, *Seducidos por la muerte* (trad. española de la edición norteamericana de 1998), Barcelona, 2009.
- HESSE, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 19.^a ed., Heidelberg, 1993.
- IGL, Gerhard, y KLIE, Thomas, «Recht der älteren Menschen», en IGL, Gerhard, y KLIE, Thomas (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, págs. 17 y sigs.
- KRAUSE, Peter, «Empfiehl es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln?», *Verhandlungen des zweiundfünfzigsten deutschen Juristentages*, Dictamen E, t. 1 (dictámenes), Múnich, 1978, págs. 11 y sigs.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «Comentario al artículo 17.1 CE. El derecho a la libertad», en María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dir.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2009, págs. 366 y sigs.
- MAGER, Ute, «Freiheit von Forschung und Lehre», en Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. VII, Heidelberg, 2009, págs. 1075 y sigs.
- ORTEGA, Luis, y DE LA SIERRA, Susana (coord.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.
- OSSENBÜHL, Fritz «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1995, págs. 904 y sigs.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Sobre principios y normas*, Madrid, 1993.
- *Ley, principios, derechos*, Madrid, 1998.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Madrid-Barcelona, 2000.
- *La Administración del Estado social*, Madrid-Barcelona, 2007.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Autonomía individual y derecho a la propia muerte», en Blanca MENDOZA BUERGO (ed.), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Cizur Menor, 2010, págs. 221 y sigs.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 1.^a ed., Heidelberg, 1998.
- SCHULZE, Reiner (dir.), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, Baden-Baden, 2005.
- TETTINGER, Peter J., «Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates», *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 64, Berlín, 2005, págs. 199 y sigs.
- TRUTE, Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, Tübingen, 1994.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *La acción social. (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Valencia, 2002.
- VENEGAS GRAU, María, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid-Barcelona, 2004.
- ZENZ, Gisela, «Autonomie und Abhängigkeit– familienrechtliche Schutzbelange im Alter», en Gerhard IGL y Thomas KLIE (dir.), *Das Recht der älteren Menschen*, Baden-Baden, 2007, págs. 131 y sigs.

RESUMEN

Quien entra en la intensa relación prestacional que supone vivir en una residencia de mayores ve afectados de forma notable ámbitos de su esfera de autodeterminación personal amparados por algunos derechos fundamentales. Pueden entrar en conflicto con el deber de cuidado que el legislador impone a los titulares de las residencias, en especial, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el derecho a la intimidad personal y domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE). Para la correcta construcción teórica de esta cuestión es decisivo el acierto en el planteamiento metodológico. Aquí se hace uso de la teoría de la ponderación como método en el Derecho público. El estudio se completa con el análisis de las regulaciones de tipo organizativo y procedimental que se ponen al servicio de la optimización del ejercicio de los derechos fundamentales en la residencia.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; Administración social prestadora; residencia de mayores.

ABSTRACT

The scope of personal self-determination protected by certain fundamental rights is necessarily affected whenever an elderly person moves to a retirement home. In particular, conflicts may arise between the duty of care imposed upon residence-owners by the legislator and the right to physical and moral integrity (Article 15 of the Spanish Constitution), the right to personal freedom (Article 17) and the right to privacy (Article 18) of the elderly residents. An adequate methodological approach is necessary in order to tackle this issue within the right theoretical framework. This article draws on the theory of rights balancing as a public law method. The study further includes an analysis of the organizational and procedural rules that seek to optimize the exercise of fundamental rights in retirement homes.

KEY WORDS: fundamental rights; welfare providing administration; retirement homes.