

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Comisión Científica

EXCMO. SR. JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ Y CORTÉS
ILMO. SR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ILMO. SR. TOMÁS SALA FRANCO
ILMO. SR. JOAQUÍN TORNOS MÁS
SR. JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE

Director:

SR. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Secretario:

SR. JOSÉ LUIS RUIZ CIRUELOS

Consejo de Redacción

SRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
SR. JOSÉ MARÍA AYERRA LAZCANO
SR. JUAN CARRERAS EGAÑA
SR. RAFAEL GOMÁRIZ PARRA
SR. RAMÓN JIMÉNEZ ROMANO
SRA. LAURA MARÍA MARTÍN PÉREZ
SR. PAULINO MONTESDEOCA DE LA GUARDIA
SR. JOSÉ M. PÉREZ GÓMEZ
SR. PABLO ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA
SR. DAVID SAMPRÓN GÓMEZ
SR. JORGE SIMÓN ESCRIBANO
SR. JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES.

© COPYRIGHT 2001. **ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD**
RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
APARTADO 4074
31080 PAMPLONA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.B.N. 84-95206-79-X
IMPRESO EN ESPAÑA POR LINEGRAFIC, S.A.
HNOS. NOAIN, I I
31013 ANSOAIN - NAVARRA
<http://www.ajs.es>
e-mail: ds@ajs.es

DS

■
DERECHO Y SALUD

■
D R E T I S A L U T

■
ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

■
D E R E I T O E S A Ú D E

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

- Ingresos geriátricos:
fundamento y garantías
Luis Fernando Barrios Flores 1

- Análisis médico-legal de la nueva Tabla. VI
de la Ley sobre Responsabilidad Civil y se-
guro en la circulación de vehículos de mo-
tor.
Claudio Hernández Cueto 27

- El significado de la Ley Básica de Autono-
mía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de no-
viembre) en el sistema jurídico-sanitario es-
pañol. Una propuesta de interpretación.
José Antonio Seoane 41

- Elección de la propia muerte y derecho:
hacia el reconcimientto jurídico del derecho
a morir..
María Moreno Antón 61

- Legislación 85
- Jurisprudencia 93
- Bibliografía 99
- Información 101

INGRESOS GERIÁTRICOS: FUNDAMENTO Y GARANTÍAS.

Luis Fernando BARRIOS FLORES
Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante
Comité Asesor del Estudio EUNOMIA en España

1.- Fundamento del ingreso geriátrico: 1.1.- El problema social de la ancianidad. 1.2.- La razón clínica del ingreso. 2.- Garantías del ingreso: 2.1.- El control judicial. 2.2.- Otros controles. 3.- Naturaleza y clases de ingreso. 4.- Derechos del anciano ingresado. 5.- Conclusiones.

1.- Fundamento del ingreso geriátrico:

1.1.- El problema social de la ancianidad.

La consideración social de la vejez ha sido ambivalente a lo largo de la historia. Los sentimientos encontrados y la percepción dual de la senectud justifican que de esta etapa vital del ser humano se pregone, por un lado que “el progreso moral de la humanidad se debe a los ancianos” (Tolstoi), pero que, a la vez, se pueda decir que este tipo de afirmaciones no dejan de ser “pamplinas espiritualistas [...] indecentes si se considera la condición real de la inmensa mayoría de los viejos: el hambre, el frío, la enfermedad no van acompañadas seguramente de ningún beneficio moral” (Simone de Beauvoir)¹. Este sentido paradójico de la vejez alcanza otros planos, y así explica que aún mereciendo esta etapa de la vida todo tipo de reproches, al propio tiempo todos quieren llegar a ella: “quam ut adipiscantur omnes optant, eandem accumsant adeptam”².

El tema goza de gran actualidad y sobre él gira una importante problemática, como se encarga de reseñar el Informe del Defensor del Pueblo sobre *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*³. Dicha problemática se plantea a dos niveles. En el plano cuantitativo, es obvio que el incremento de población anciana es, por sí mismo, un problema que remite a consideraciones socio-económicas que desbordan las pretensiones de este artículo; en

resumidas cuentas, puede exclamarse con un anciano egregio (Norberto Bobbio): “Más viejos y más años de duración de la vejez: multiplicad un número por otro y obtendréis la cifra que revela la excepcional gravedad del problema”⁴. En el nivel cualitativo, existe un factor no desdeñable: la minusvaloración de la función social de la ancianidad, dado que “la marginación de los viejos en una época en la que el curso histórico es cada vez más acelerado, resulta un dato de hecho, imposible de ignorar”. Lo que sucede, es que en las sociedades tradicionales estáticas “el viejo encierra en sí el patrimonio cultural de la comunidad, de forma eminente con respecto a todos los demás miembros de ella”. Sin embargo, en las sociedades evolucionadas, el cambio es más rápido y trastoca la relación entre quien sabe y quien no sabe: “El viejo se convierte crecientemente en quien no sabe con respecto a los jóvenes que saben, y saben, entre otras cosas, porque tienen más facilidades para el aprendizaje”⁵.

En este proceso “se ha perdido la aceptabilidad por nosotros y eso el anciano mismo lo nota, porque quizá él mismo está convencido siempre de que los seres humanos tienen que servir”. En la antigüedad “[e]l anciano que no cumplía las funciones [materialmente útiles] estaba encargado de la educación del niño y eso que ha sido determinante en la formación de nuestra humanización, es decir, esas relaciones humanas con sujetos, esa variabilidad del sujeto, digamos que cada uno de los seres humanos tengamos ante nuestra vista el espectro de las posibilidades vitales del sujeto, no solamente los hombres y las mujeres sino los niños, los adolescentes, los hombres maduros, los ancianos... Esa, digamos, visión de la vida como intergeneracional, es lo que forma la sociedad

1 Recogido por GRANJEL, Luis S.: *Historia de la vejez. Gerontología, Gerocultura, Geriatría, Servicio de Publicaciones, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991, p. 60.*

2 CICERÓN: *De Senectute, II, 4, Editorial Gredos, Madrid, 5ª edic., 1975, p. 16.*

3 El Informe está disponible en www.defensordelpueblo.es.

4 BOBBIO, Norberto: *De senectute, Taurus, Madrid, 1997, p. 34.*

5 BOBBIO, Norberto: *op. cit., p. 27.*

humana y eso tiene un valor que no tiene nada que ver con la producción de objetos ni con la utilización de objetos”⁶. Porque la vejez se vive como problema y “[q]ue durante los quince o veinte últimos años de su vida un hombre no sea más que un desecho es prueba del fracaso de nuestra civilización”⁷. Pero no olvidemos que el envejecimiento puede ser enriquecedor, incluso productivo.

Compartidas sin reservas las precedentes reflexiones, nos enfrentamos sin embargo a un hecho incontestable: la percepción social negativa de la vejez. La vejez se relaciona con la pobreza, la soledad, la discapacidad, la enfermedad.

Frecuentemente aparecen relacionados los términos “vejez” y “pobreza”. Como afirmara Simone de Beauvoir, “[l]a sociedad impone a la inmensa mayoría de los ancianos un nivel de vida tan miserable que la expresión ‘viejo y pobre’ constituye casi un pleonismo; a la inversa, la mayoría de los indigentes son viejos”. Esto es así porque en la vejez se reproduce la distinción social, es decir “la oposición de explotadores y explotados crea dos categorías de ancianos: una extremadamente vasta, la otra reducida a una pequeña minoría”⁸. El nivel socioeconómico condiciona innegablemente la posición del anciano en sociedad. Aunque también, hay que decirlo, no faltan ocasiones en las que un anciano bien situado socialmente puede sufrir los abusos y la codicia de quienes le rodean.

Igualmente se interrelacionan los términos “vejez” y “soledad”, especialmente en el caso de enfermos mentales. Recuerda De la Gándara que una de las soledades más tradicionales y acendradas, y probablemente la más preconizada por la sociedad humana de todos los tiempos es la de los enfermos mentales¹⁰. La soledad puede ser patológica, y el síndrome de Diógenes es representativo de ello. En estos casos, el ingreso en unidades psiquiátri-

cas hospitalarias asegura el estudio somático y psiquiátrico del paciente, facilitando al mismo tiempo la utilización de otros recursos (consultas con otras especialidades médicas, ayuda de los servicios de asistencia social...) ¹¹. Frente a la soledad “social” del anciano, la institucionalización puede convertirse en remedio detector de problemas y generador de soluciones. Al mismo tiempo, el anciano puede padecer, más incluso en el caso de concurrir en él la condición de enfermo mental, la soledad que genera este trastorno. Una soledad intra-muros, no menos dramática que el abandono con que se manifiesta la primera.

Asimismo, socialmente se percibe a grupos de población como discapacitados. En este sentido los ancianos son percibidos de un modo análogo a los jóvenes discapacitados: “De la misma manera que se supone que un joven en silla de ruedas es incapaz de expresar por sí mismo sus ideas o necesidades, se da por hecho que los ancianos necesitan la protección de la sociedad”¹². En este punto conviene matizar. Como señala el “Decálogo de las Personas Mayores” de la *Sociedad Española de Geriatria y Gerontología* (SEGG): “La dependencia no es consecuencia de la edad. Las situaciones de incapacidad o dependencia son más frecuentes con la edad, pero en modo alguno son una consecuencia de la misma” (Apartado 6) y además es “posible disminuir la frecuencia e intensidad de la dependencia”, mediante la educación sanitaria, la prevención, el control y adecuado manejo de las enfermedades y la recuperación de la función perdida (Apartado 7).

En fin, la vejez “tiene una dimensión existencial: modifica la relación del individuo con el tiempo, por lo tanto su relación con el mundo y su propia historia”, relación que es especialmente intensa en la esfera de lo psicossomático. Ahora bien, vejez y enfermedad son términos distintos, “la enfermedad es un accidente, la vejez es la ley misma de la vida”¹³. Y al igual que sucede con la dependencia, esta correlación vejez-enfermedad no es inevitablemente necesaria. Buen ejemplo lo proporciona la descripción que Cicerón hace de Catón a sus ochenta y cuatro años. Gozaba a tan elevada edad de una envidiable lozanía mental y física: “non adflixit senectus”¹⁴.

⁶ SABATER, Fernando: “Evolución de los valores sociales: los ancianos en la sociedad del siglo XXI”, Gerokomos, Vol. 11, núm. 4, 2000, pp. 163-164.

⁷ BEAUVOIR, Simone de: *La vejez*, Edhasa, Barcelona, 1989, p. 13.

⁸ Cfr. KAISER, Marvin A.: “The Third Age: A Paradigm for Development”, en VIA, J.M. y PORTELLA, E. (Edits): *La sociedad ante el envejecimiento y la minusvalía*, SG Editores, Barcelona, 1992, Vol. I, pp. 39-43.

⁹ BEAUVOIR, Simone de: op. cit., pp. 13 y 17.

¹⁰ DE LA GÁNDARA MARTÍN, Jesús J.: *Envejecer en soledad. Repercusiones psicopatológicas de la soledad de los ancianos*, Edit. Popular, Madrid, 1995, p. 143.

¹¹ DE LA GÁNDARA MARTÍN, Jesús J.: op. cit., pp. 172-173.

¹² GRANJEL, Luis S.: op. cit. p. 301.

¹³ BEAUVOIR, Simone de: op. cit., pp. 15 y 36.

¹⁴ CICERÓN: op. cit., X, 32, p. 34

Pero, aún reconociendo, con Bobbio y Sabater, la existencia de una dimensión de valor social en la vejez, la cuestión se vuelve particularmente problemática cuando se unen vejez y enfermedad, ancianidad y demencia. En estos casos, como reconocen la Organización Mundial de la Salud y la Asociación Mundial de Psiquiatría las personas mayores aquejadas de trastornos mentales soportan una doble carga que merece especial atención¹⁵. No en vano, “[e]l mundo de los viejos, de todos los viejos, es, de forma más o menos intensa, el mundo de la memoria. Se dice: al final eres lo que has pensado, amado, realizado. Yo añadiría: eres lo que recuerdas”. “El tiempo del viejo, lo repito una vez más –añade Bobbio–, es el pasado. El pasado revive en la memoria. El gran patrimonio del viejo está en el maravilloso mundo de la memoria, fuente inagotable de reflexiones sobre nosotros mismos, sobre el universo donde hemos vivido, sobre las personas y acontecimientos que a lo largo del camino nos llamaron la atención”. Sin embargo, “[e]l viejo vive de recuerdos y para los recuerdos, pero su memoria se debilita día tras día”¹⁶. El drama es particularmente intenso cuando esa memoria se degrada hasta tal punto de llegar a su práctica desaparición. La enfermedad de Alzheimer es paradigmática de ello. Por ello dejaremos esta primera dimensión social, y diríamos existencial de la vejez, para adentrarnos en el fundamento clínico del problema, fundamento que precisamente explica el ingreso geriátrico en buen número de casos. A la postre, ese es nuestro confesado objetivo en estas páginas.

1.2.- La razón clínica del ingreso.

El análisis científico de la patología somática y psíquica del anciano puede situarse a fines del XVIII y principios del XIX. Dos autores son especialmente representativos por su atención a los problemas, luego llamados “geriátricos” por Ignatz L. Nacer en 1909. Ambos están vinculados a la historia de la psiquiatría. Por un lado, Benjamin Rush (1746-1813), quien ha sido adjetivado de “Hipócrates americano” y “Padre de la Psiquiatría Ame-

ricana”, y que fue autor del primer tratado de Psiquiatría en Norteamérica, el *Medical Inquiries and Observations upon Diseases of the Mind*, en 1812. Como no era infrecuente en los espíritus reformadores de la época, a la labor teórica unía un acendrado activismo contra la esclavitud, la pena capital, el alcohol, el tabaco y la guerra, abogando por la instrucción de las mujeres..., sin olvidar que fue uno de los redactores de la Declaración de Independencia norteamericana. Este autor ya había publicado unas observaciones en 1789 que dedicaban un título a la patología del anciano (*An account of the state of the body and mind in old age, with observations on its diseases and their remedies*). Por otro lado, es de citar Philippe Pinel (1745-1826), quien en su *Traité de médecine clinique* (1815) dedica también una mención individualizada a las dolencias del anciano. No parece que sea casual que dos de los adalides de la reforma psiquiátrica centren su atención también en los problemas de la vejez.

Tras ellos se sucederán los autores y tratados específicamente geriátricos. Las primeras décadas de interés por estos temas verán las obras de: Sir Anthony Carlisle (1817), Sébastien Guyétant (1835), Durand-Fardel (1854), Karl Friedrich Carnstatt (1839), Lorenz Geist (1857-1860), Daniel Maclachlan, Jean Martín Charcot, con su conocida obra *Leçons sur les maladies des vieillards et les maladies chroniques* (1867), Emile Demange (1886), John Milner Fothergeill (1886), George Murria Humphry (1889), Baucier (1907), Julius Schwalbe (1909), Hermann Schlesinger (1914-1915), Malford W. Thewlis (1919), Humphry Rolleston (1922) y Lipscombe (1932)¹⁷.

Las demencias –algunas de cuyas modalidades son las enfermedades mentales más características de la ancianidad– fueron consideradas por Pinel (1806) como una de las cinco formas básicas de la enfermedad mental. Su discípulo Jean Etienne Esquirol (1835) las consideró enfermedades cerebrales caracterizadas por una afectación de la razón, la comprensión y los impulsos que originan una reducción de la memoria, la atención y la capacidad de juicio. No obstante, será la minuciosa descripción efectuada por Alois Alzheimer en 1906 de la enfermedad bautizada con su nombre por Kraepelin, la que lleve a la consideración de una nueva enfermedad mental peculiar del córtex cerebral. Desde entonces el concepto de esta demencia ha llevado parejas las notas de cronicidad e irreversibilidad.

¹⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y ASOCIACIÓN MUNDIAL DE PSIQUIATRÍA: “Reducir el estigma y la discriminación sufrida por los ancianos aquejados de trastornos mentales. Declaración Técnica de Consenso. 2002”, Revista de Psicogeriatría (Madrid), Vol. 3, núm. 2, 2003, pp. 15-23.

¹⁶ BOBBIO, Norberto: op. cit., pp. 41, 72-73. *El proceso de decadencia es ciertamente terrible. Así lo describe este gran pensador: “el descenso hacia ninguna parte es largo, más largo de lo que habría imaginado, y lento, hasta el punto de parecer casi imperceptible (mas no para mí). El descenso es continuo y, lo cual es peor, irreversible: bajas un pequeño peldaño cada vez, pero una vez puesto el pie en el peldaño más bajo, sabes que no volverás al peldaño más alto”*, op. cit., p. 48.

¹⁷ Cfr. GRANJEL, Luis S.: op. cit., pp. 66-67.

En los ancianos inciden de modo especialmente intenso en comparación con otros grupos de edad, enfermedades degenerativas que limitan o incluso anulan la capacidad cognoscitiva y volitiva. Paradigma de este tipo de enfermedades es precisamente la descrita por Alzheimer. Esta dolencia se inicia de manera lentamente progresiva antes o más comúnmente después de cumplir los 50 años, evolucionando de modo inexorable a la demencia profunda y la muerte por infecciones, interrecurrentes en la mayoría de los casos. La anatomía patológica presenta las alteraciones siguientes: a) denegación y atrofia de las células corticales cerebrales con pérdida considerable de neuronas; b) depósitos de sustancia amiloide en la corteza cerebral; c) aparición de placas diseminadas en el cerebro conteniendo masas de material argentófilo, rodeadas de zonas homogéneas; d) ensanchamiento de los surcos cerebrales y de los ventrículos cerebrales; e) distensión enorme de las neurofibrillas en el soma de las neuronas afectadas¹⁸.

La enfermedad de Alzheimer se ha convertido en una auténtica pesadilla de nuestros tiempos¹⁹. Y aunque se discute si tiene naturaleza de auténtica enfermedad o si es un envejecimiento exagerado, la mayoría de los autores se inclinan por lo primero; y de hecho se considera que la terapéutica de este padecimiento ha de acometerse desde una perspectiva multidisciplinar en la que participen el médico general (al que corresponde el mayor rol una vez efectuado el diagnóstico de esta enfermedad), el neurólogo (para la asesoría sobre la evolución de la enfermedad y la administración de las terapias posibles, especialmente los tratamientos farmacológicos), y otros escalones de la asistencia sanitaria²⁰.

Además, la enfermedad de Alzheimer comporta un replanteamiento de la vida del paciente a cargo progresivo de sus cuidadores, quienes deberán afrontar cuestiones tales como cuándo suspender las actividades independientes de aquél, cómo organizar su casa, su higiene personal, su alimentación, como actuar frente a sus com-

portamientos y sus reacciones, cómo disminuir sus riesgos y cómo comunicarse con el paciente²¹.

Con ser muy representativa, no debe pensarse que la enfermedad de Alzheimer es la única que comporta una progresiva demencia. La enfermedad que describiera James Parkinson, y que también lleva su nombre, igualmente puede provocar en los casos avanzados trastornos mentales. Y otro tanto, podría decirse de la enfermedad de Pick (enfermedad cerebral primaria de tipo degenerativo que suele comenzar entre los 50-60 años) o la demencia vascular (que se presenta tras varios accidentes vasculares a partir de los 60-70 años).

En todos estos casos estamos en presencia de demencias, con lo que el término lleva implícito. Así el DSM-IV-TR²² describe la demencia tipo Alzheimer (F00.xx [294.1x]) por el deterioro de la memoria (deterioro de la capacidad para aprender nueva información o recordar información aprendida previamente) y de una o más de las siguientes alteraciones cognoscitivas: a) afasia (alteración del lenguaje), b) apraxia (deterioro de la capacidad para llevar a cabo actividades motoras, a pesar de que la función motora esté intacta), c) agnosia (fallo en el reconocimiento o identificación de objetos, a pesar de que la función sensorial esté intacta) o d) alteración de la ejecución (por. ej. planificación, organización, secuenciación y abstracción). En cualquier caso se aprecia un deterioro cognoscitivo continuo. Lo anterior puede ser acompañado de un trastorno de comportamiento [294.11] del tipo de andar sin rumbo, agitación,... Y en el caso de la demencia vascular el DSM-IV-TR (F01.xx [290.4x]) la describe también como un deterioro de la memoria unido a una o más de las alteraciones cognoscitivas antes reseñadas.

Las descripciones que incluye la CIE-10²³ son similares (en la nomenclatura: demencia tipo Alzheimer, F00 y demencia vascular, F01). La demencia incide en la identidad psíquica más profunda del individuo. Recuérdese que se describe en esta última clasificación de la Organización Mundial de la Salud como un "síndrome

¹⁸ *DICCIONARIO DE PSIQUIATRÍA*, Laboratorios Menarini, Edit. Jims, Barcelona, 1995, pp. 158-159.

¹⁹ ACARÍN, N. y ALOM, J.: "Introducción", en ACARÍN TUSELL, N. y ALOM, J.: Marcadores biológicos y perspectivas terapéuticas en la enfermedad de Alzheimer, Edit. MCR, Barcelona, 1989, p. 1.

²⁰ BERMEJO, F.: "Terapéutica en la enfermedad de Alzheimer", en ACARÍN TUSELL, N. y ALOM, J.: Marcadores biológicos y perspectivas terapéuticas en la enfermedad de Alzheimer, Edit. MCR, Barcelona, 1989, p. 99-100 y bibliografía que allí se cita.

²¹ Cfr. por ejemplo SELMES, Jacques y ANTOINE SELMES, Micheline: Vivir con... la enfermedad de Alzheimer, Meditor, Madrid, 1990. Sobre los cuidados precisos en la enfermedad de Alzheimer Cfr. LYMAN, Karen A.: Día a día con la enfermedad de Alzheimer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.

²² DSM-IV-TR: Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Texto revisado, Masson, Barcelona, 2002.

²³ CIE-10: Clasificación de los trastornos mentales y de conducta. Descripción clínica y guía diagnóstica, Meditor, Madrid, 1992.

debido a una enfermedad del cerebro, generalmente de naturaleza crónica o progresiva, en la que hay déficits de múltiples funciones corticales superiores, entre ellas la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad de aprendizaje, el lenguaje y el juicio”.

La demencia, como afirmara hace ya tiempo Karl Jaspers en referencia expresa a la orgánica, que es la que aquí en especial interesa, en la mayoría de los casos destruye “las condiciones previas de la inteligencia, la memoria y la capacidad de fijación”; en otros casos “descompone la inteligencia entera progresivamente a consecuencia del proceso cerebral” y, además, en todas las demencias de etiología orgánica es característica, en sus grados avanzados, la “falta de noción de enfermedad”²⁴.

En definitiva, la vejez puede conllevar trastornos psiquiátricos de diverso orden. Entre los que tendrían incidencia o fundamentarían un eventual ingreso se encontrarían, además de la demencia²⁵, los trastornos paranoides y esquizofrénicos en edad avanzada²⁶, el alcoholismo²⁷, los trastornos afectivos²⁸ y la depresión²⁹. Todos

²⁴ JASPERS, Karl: *Psicopatología general*, Edit. Beta, Buenos Aires, 1980, p. 258. *Original Allgemeine Psychopathologie, Heidelberg, 1913.*

²⁵ CROOK, Thomas H.: “Demencia”, en CARSTENSEN, Laura L. y EDELSTEIN, Barry A.: *El envejecimiento y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1987, pp. 111-126; KARLAWISH, Jasón H y CLARK, Christopher M.: “Demencia senil”, en FORCEIA, May Ann, LAVIZZO-MOUREY, Risa y SCHWAB, Edna P.: *Secretos de la Geriatria, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pp. 201-209*; LENDÍNEZ GONZÁLEZ, A., IRIBAR IBABE, C., ZUNZUNEGUI PASTOR, M^a V., CARNERO PARDO, C. y GONZÁLEZ MALDONADO, R.: “Aspectos generales de la demencia”, *Geriátrica, Vol. 17, núm. 2, pp. 10-16.*

²⁶ POST, Félix: “Trastornos paranoides y esquizofrénicos en la edad avanzada”, en CARSTENSEN, Laura L. y EDELSTEIN, Barry A.: *El envejecimiento y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1987, pp. 57-70.

²⁷ ZIMBERG, Sheldon: “Alcoholismo en la edad avanzada”, en CARSTENSEN, Laura L. y EDELSTEIN, Barry A.: *El envejecimiento y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1987, pp. 71-79; OSLIN, David: “Alcohol”, en FORCEIA, May Ann, LAVIZZO-MOUREY, Risa y SCHWAB, Edna P.: *Secretos de la Geriatria, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pp. 100-104.*

²⁸ GAYLORD, Susan A. y ZUNG, William W.K.: “Trastornos afectivos en el envejecimiento”, en CARSTENSEN, Laura L. y EDELSTEIN, Barry A.: *El envejecimiento y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1987, pp. 90-110.

²⁹ TERI, Linda y REIFLER, Burton V.: “Depresión y demencia”, en CARSTENSEN, Laura L. y EDELSTEIN, Barry A.: *El envejecimiento y sus trastornos*, Martínez Roca, Barcelona, 1987, pp. 127-134; MILLER, David S.: “Depresión”, en FORCEIA, May Ann, LAVIZZO-MOUREY, Risa y SCHWAB, Edna P.: *Secretos de la Geriatria, McGraw-Hill Interamericana, México, 2000, pp. 183-189*; OLIVEIRA GUERRA, R. y VILLAVARDE GUTIÉRREZ, C.: “Depresión, salud e incapacidad funcional en la vejez”, *Geriátrica, Vol. 17, núm. 5, 2001, pp. 47-50.*

estos trastornos mentales producen diferentes modos de estigmatización³⁰.

Tan rico cuadro clínico descrito puede servir de posibles justificaciones del ingreso involuntario. Efectivamente, existen dolencias de tal intensidad que hacen necesario el ingreso. Así lo manifiesta, por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Segovia de 27 de marzo de 2000 (EDE 2000/13120) (FJ 2º):

“Y trastorno o enfermedad psíquica, frecuentemente padecidas por las personas de la tercera edad lo integran los diversos tipos de demencia, como las de tipo Alzheimer, demencia vascular, demencia en la enfermedad de Parkinson, así como otros trastornos mentales orgánicos, con concreta denominación o sin especificación; y en consecuencia la diagnosticada de la persona sujeto del expediente que se pretende; tal como se colige de un simple examen tanto de la clasificación de la Organización Mundial de la Salud, conocida como CIE-10, en los epígrafes F00, F01, F02 y F03; como en la clasificación también universalmente reconocida DSM-IV, elaborada por los profesionales psiquiátricos norteamericanos, bajo los epígrafes que se inician con el 290; caracterizada en su configuración general como el deterioro de la memoria, acompañado en cada caso de una disminución de otras capacidades cognoscitivas; déficit adicionales referidos a la capacidad de juicio, pensamiento y procesamiento general de la información, acompañado a su vez de una reducción del control emocional o de la motivación o un cambio en el comportamiento social.

Supuestos en los que con frecuencia, el interno no puede desenvolverse normalmente en sociedad, con grave riesgo por sí mismo si resta sin asistencia por sus déficits psíquicos, con frecuencia asociados a los de naturaleza meramente física”.

O como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de marzo de 2001, el ingreso en régimen cerrado es la medida idónea en el caso de ciertos cuadros clínicos, y ello con independencia del nombre del establecimiento. En aplicación del art. 255 del Código de Familia de Cataluña establece que:

³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y ASOCIACIÓN MUNDIAL DE PSIQUIATRÍA: op. cit., pp. 19-20.

“el internamiento como medida cautelar, en defensa de la propia seguridad del sujeto frente a sí mismo y frente a los demás, y presupone indiscutiblemente una clara indicación médica por razón de una terapéutica (farmacológica, psicoterapéutica o mixta) a seguir por el paciente que, por su naturaleza, exige un entorno de régimen cerrado, con independencia del nombre que tenga el centro en sí o de la adscripción plena o no a un servicio psiquiátrico concreto. Por tanto, puede arbitrarse en cualquier centro adecuado a prestar la terapia psiquiátrica en ese régimen prescrita por la medicina”.

Fundamentar el ingreso del anciano remite a consideraciones acerca de su autonomía. Como afirma Oppenheimer, la noción de autonomía pertenece a la teoría ética, pero las consecuencias prácticas del respeto o la invalidación de las decisiones de un paciente son tan importantes que hacen necesaria la participación de la ley³¹.

Sin duda la valoración es el primer paso fundamental para el cuidado médico de los pacientes ancianos. Inicialmente se utilizó el modelo biomédico; posteriormente apareció el bio-psico-social y en las últimas décadas se utiliza el modelo de valoración funcional (bio-psico-social-funcional) especialmente en los pacientes ancianos³². Este último modelo es sin duda más útil que la simple enumeración de un listado de diagnósticos médicos, ya que un diagnóstico clínico aislado no puede expresar cómo está de enfermo un paciente o cuánta y qué tipo de asistencia precisa.

Por ello la valoración geriátrica es cuádruple, dinámica y omnicompreensiva, ya que se ocupa de cuantificar todos los atributos y alteraciones importantes de la esfera médica, funcional, mental y social del anciano para conseguir un plan racional y coordinado de tratamiento y

³¹ OPPENHEIMER, Catherine: “Ética y psiquiatría del anciano”, en BLOCH, Sydney, CHODOFF, Paul y GREEN, Stephen A. (Edits): La ética en psiquiatría, Edit. Triacastela, Madrid, 2001, p. 307.

³² SALGADO, A. y ALARCÓN, M^a T.: Valoración del paciente anciano, Masson, Barcelona, 1993, passim. Cfr. también CASTRO CARRATALÁ, E.: “Enfermedad y discapacidad. Valoración geriátrica”, Geriátrica, Vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 41-46, JIMÉNEZ HERRERO, F.: “La Valoración Geriátrica Integral (VGI): nueva tecnología”, Geriátrica, Vol. 15, núm. 10, 2000, pp. 13-17 y LLERA GUILLÉN, F. y LÓPEZ DÓRIGA, P.: “Valoración y evaluación del anciano”, en CRESPO, D. (Edit.): El envejecimiento. Un enfoque multidisciplinario, Prous Science, Barcelona, 1997, pp. 127-147.

recursos³³. Obsérvese en este sentido que el modelo funcional contiene pero no se agota con la valoración del estado mental del anciano³⁴. Este dato es de especial interés a la vista de la particular problemática del anciano dependiente. Una problemática que incide en diferentes dimensiones. Por ello, el Estudio de la Fiscalía General del Estado de 1998 alude y legitima la posibilidad de ingresos involuntarios por razones forzosas cuando se trata de ancianos que viven solos, con problemas de senilidad que comporta un importante deterioro físico y psíquico con el consiguiente abandono de su persona (comida, medicación...), no admiten asistencia domiciliaria y deambulan desorientados, precisando ayuda y protección. El Fiscal, en estos casos, a instancia de los servicios sociales, debería promover el ingreso forzoso en centros y residencias adecuados, en base precisamente al art. 211 CC, instando en su caso la incapacidad, se afirmaba en el citado Estudio³⁵.

El Ministerio Público, y la doctrina recurrentemente, no hace sino ratificar aquellas consideraciones que hace ya veinte siglos afirmara un cordobés universal:

“... en el cuerpo del hombre la flaqueza senil puede ser sostenida y apuntalada por algún tiempo. Pero cuando toda juntura se deshace, como en todo edificio ruinoso, y mientras se repara una cosa se descompone otra, es menester hallar una salida”³⁶.

³³ SALGADO, A. y ALARCÓN, M^a T.: op. cit., p. 6.

³⁴ Cfr. sobre la valoración del estado mental GONZÁLEZ MONTALVO, J.I., ALARCÓN ALARCÓN, M.T. y SALGADO ALBA, A.: “Valoración del estado mental en el anciano”, en SALGADO, A. y ALARCÓN, M^a T.: op. cit., pp. 73-103; DEL SER QUIJANO, T., MORALES, M.J. y BERMEJO, F.: “Evaluación del deterioro mental y la demencia”, en BERMEJO, F. y DEL SER, T.: Demencias. Conceptos actuales, Díaz de Santos, Madrid, 1993, pp. 13-38; ARTASO IRIGOYEN, B., GOÑI SARRIÉS, A., GÓMEZ MARTÍNEZ, A.R. y GARCÍA NICOLÁS, M^a: “Valoración funcional directa e indirecta del paciente con demencia”, Geriátrica, Vol. 18, núm. 1, 2002, pp. 45-49; LENDÍNEZ GONZÁLEZ, A., IRIBAR IBABE, C., CARNERO PARDO, C., ZUNZUNEGUI PASTOR, M^a V., GONZÁLEZ MALDONADO, R.: “Evaluación neuropsicológica de las demencias”, Geriátrica, Vol. 18, núm. 2, 2002, pp. 40-50.

³⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Estudios. Memoria de la FGE, 1998, pp. 540-549.

³⁶ SÉNECA, Lucio Anneo: Cartas morales a Lucilio, Libro IV, Carta XXX, Orbis, Barcelona, 1984, Vol. 1, p. 77.

2.- Garantías del ingreso:

2.1.- El control judicial.

La cuestión jurídica más debatida respecto a los ingresos geriátricos es la que gira en torno a la aplicabilidad o no de las garantías establecidas por el art. 763 LEC (antes 211 CC). Las resoluciones de los tribunales, básicamente Audiencias Provinciales, están divididas entre quienes consideran inaplicable tal esquema de garantías por la distinta naturaleza del internamiento geriátrico en relación con el propiamente psiquiátrico³⁷, y aquellas otras que abogan por la plena vigencia del control judicial de todo internamiento involuntario que conlleva privación de libertad³⁸. Más homogénea es la doctrina, como veremos a lo largo de esta exposición. Veamos cuales son los argumentos que se manejan en el debate acerca del control judicial de los internamientos geriátricos:

1.- El argumento histórico.

La Audiencia Provincial de Barcelona en los Autos de la Sección 16ª de 24.7.1996 (AC 1997/1653) y 19.11.1996 (AC 1996/2151) considera que los antecedentes del art. 211 CC los hallamos en los Decretos de 3 de julio de 1931 y de 2 y 18 de mayo de 1885, que no se refieren a una nueva realidad cual es la geriatría. Los trabajos legislativos se refieren en todo caso a los ingresos psiquiátricos (en “manicomios”). Además, añaden, la relevante jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos –casos Winterwerp, X contra Reino Unido, Luberti, Ashingdane o Nielsen³⁹ - se refiere a enfermedades psiquiátricas agudas y nunca a enfermedades degenerativas.

³⁷ Así en los Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona de 19.3.1996 (RGD, 1996, pp. 11980 y ss), 4.6.1996 (RGD, 1996, pp. 844 y ss), 26.9.1996 (RGD 1997, pp. 6415 y ss), 19.11.1996 (Az. Civil 2151), 22.7.1997 (Tribunales Superiores de Justicia y AA.PP., 1998, 115), 24.7.1997 (Az. Civil 1997, 1653) y 10.2.1998 (EDE 1998/21183); de La Rioja 27.10.1998 (Az. Civil, 7837; EDE 1998/4158), 11.12.1998, 17.1.2000, 29-02-2000, (EDE 2000/8321) y 29.2.2000 (EDE 2000/8322).

³⁸ Autos de las Audiencias Provinciales de Barcelona 6.7.1995 (Az. Civil 1314)³⁸; La Rioja 17.3.1998 (Az. Civil 4158; EDE 1998/4403; La Ley 1998/6226³⁸); Alicante, Sec. 4ª, 3.7.1996 (Act. Civil, 1996/1288), Santa Cruz de Tenerife, 29.11.2000 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña 21.9.1997 (EDE 1997/12811).

³⁹ SSTEDH de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp (EDJ 1979/483); de 5 de noviembre de 1981, caso X contra el Reino Unido (EDJ 1981/1161); de 23 de febrero de 1984, caso Luberti (EDJ 1984/6849); de 28 de mayo de 1985, caso Ashingdane (EDJ 1985/6982); y de 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen (EDJ 1988/10489).

Sin embargo, como hace notar Ferreirós⁴⁰, no puede defenderse que la circunscripción del internamiento a los centros de salud mental entronque con nuestra tradición jurídica. El internamiento hoy día obedece no solo a razones médicas sino a planteamientos de tipo socio-sanitario. Y con anterioridad la mezcolanza de pacientes es notoria, acogiendo los establecimientos generales de Beneficencia a locos, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos (Real Decreto 14.5.1852). Por tanto, en el plano asistencial, históricamente, los “establecimientos de locos” no se diferenciaron básicamente de los demás en cuanto a requisitos de ingreso se refiere. Y así durante la vigencia del Real Decreto de 19 de mayo de 1885 convivieron asilos de ancianos y manicomios. Hasta la llamada “reforma psiquiátrica”, avanzado el s. XX, el Hospital Psiquiátrico era en realidad un auténtico “cajón de sastre” en el que convivían enfermos mentales, oligofrénicos y ancianos. Solo tras la Constitución, con la Ley 13/1983 y la 14/1986 podemos hablar de un nuevo marco en el que ya se diferencia lo propiamente asistencial (a cargo de los servicios sociales) y lo específicamente sanitario (encomendado a la estructura sanitaria). Ahora bien, si la psicogeriatría entra dentro del ámbito de la salud mental, no parece que haya razón para diferenciarla de la atención psiquiátrica general.

Efectivamente esta argumentación de Ferreirós es perfectamente asumible. Ya no solo en el ámbito nacional, sino que incluso en instituciones de países vecinos puede constatarse que en los centros de internamiento históricamente se acogió a una heterogénea población. En el pasado los hospicios acogían a enfermos, viejos y locos. Por ello la Salpêtrière, el más importante hospicio de Europa, llegó a albergar a 8.000 enfermos de los cuales 2.000 eran viejos, lo que permite calificar a esta institución como la primera institución geriátrica; y en Bicêtre la situación era parecida⁴¹.

Pero es que, además incluso, la nueva realidad geriátrica es acogida sin mayores dificultades dentro del omnicompreensivo concepto de “salud mental”. El tenor literal de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, no deja el más mínimo resquicio a dudas. Su artículo 20, que versa sobre la “salud mental”, indica textualmente en su apartado 1:

⁴⁰ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática de los internamientos involuntarios en residencias de la tercera edad”, en Seminario sobre los Internamientos Involuntarios: problemática actual. Criterios médicos y jurídicos para su autorización. Alcance social. Su tratamiento procesal en la nueva LEC 1/2000, Valencia 10 de mayo de 2001

⁴¹ BEAUVOIR, Simone de: La vejez, Edhasa, Barcelona, 1989, p. 28.

“1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.

Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría”.

La directa mención a la “psicogeriatría” despeja cual incógnita al respecto. Hoy en día el abordaje de peculiares problemáticas como las que inciden sobre la salud mental de la población anciana se lleva a cabo de forma global y al propio tiempo especializada. La atención a este grupo poblacional excede el estricto marco sanitario para incidir en aspectos sociales. La propia Ley General de Sanidad es perfectamente consciente de esta realidad cuando alude a que “una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental” ha de tener en cuenta “la necesaria coordinación con los servicios sociales” (art. 20, apartado 3) o cuando se afirma que “[l]os servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general” (art. 20, apartado 4). No podía ser de otro modo cuando nuestro propio texto constitucional contempla una visión omni-comprendiva al referirse a una “política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (art. 49 CE).

Por otro lado, las referencias a la doctrina jurisprudencial del TEDH no pueden justificar un diferente trato entre internamientos por trastornos agudos y crónicos. La distinción no es de recibo a los efectos que se pretenden. La distinción puede tener, y de hecho tiene sentido en el plano clínico y terapéutico, más en modo alguno puede tenerlo en el plano de las garantías. Lo relevante es que exista una limitación de la libertad por razones mentales. Esta y no otra es la característica esencial. Como se afirmó en el caso *Winterwerp* “la perturbación tiene que ser de unas características y de una amplitud que justifiquen el internamiento” (STEDH, 24.10.1979, parág. 39). Existiendo una perturbación (mental) de suficiente entidad como para justificar el internamiento se alzan entonces un conjunto de garantías, como a continuación veremos.

2.- El aspecto gramatical.

Según los referidos Autos de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24.7.1996 (AC 1997/1653) y 19.11.1996 (AC 1996/2151) el entonces vigente art. 211 CC se refiere a internamientos urgentes y no a estancias residenciales y tiene su razón de ser en el carácter psiquiátrico de la asistencia y no en la atención geriátrica. El mismo fundamento se mantiene en el Auto de la Audiencia Provincial de la Rioja de 27 de octubre de 1998 (AC 1998/7837) en un caso de enfermedad de Alzheimer en fase inicial y en el de 2 de junio de 2000 (JUR 2000/224936) de la misma Audiencia. Considera el tribunal riojano que en el mentado precepto, art. 211 CC, “se contempla la decisión de internamiento forzoso e involuntario como una medida excepcional, necesaria y como toda actuación de este carácter limitada en el tiempo y transitoria, exigencias que poco o nada concuerdan con la situación de hecho... para una situación en la que sobre la base de una enfermedad o limitación mental, lo que en realidad se necesita y presta es ayuda asistencial”. Veamos que hay de cierto en este tipo de argumentación.

En primer lugar, en lo referido a la pretendida distinción entre “centro” y “establecimiento”, no es de recibo sostener la existencia de una diferencia esencial entre ambos conceptos⁴². Con el Diccionario de la Real Academia Española en la mano centro es el “lugar en que se desarrolla más intensamente una actividad determinada” (acepción 16ª), mientras que “establecimiento” es el “lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión”(acepción 6ª). Pretender extraer de ambas definiciones una nota distintiva de cierta entidad no es sino una entelequia.

Corroboración esta afirmación la circunstancia de que la legislación sanitaria, y baste para estos efectos la Ley General de Sanidad, emplea ambos términos indistintamente: arts. 29.1, 30.1, 31.1.a y 2, 40.9, 43.2.e, 50.1 y 2, 56.2, 66.3, 99.1, 2 y 3, 93 o Disp. Adicional 7ª.

A juicio de Ferreirós⁴³ la restricción que pretende hacerse de los internamientos involuntarios a los establecimientos o unidades psiquiátricas es errónea ya que el art. 763 LEC habla de “centro en que se hubiere produci-

⁴² En el mismo sentido FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática...”, op. cit.

⁴³ FERREIRÓS MARCO, Carlos-Eloy: “Problemática...”, op. cit.

do el internamiento” y sólo emplea el término “establecimiento de salud mental” cuando habla del internamiento de menores. Esta alusión específica a los menores, a juicio del Fiscal Ferreirós, obedece a criterios derivados de la especial protección de este grupo de población, pues “las garantías de los menores recogen las específicas del enfermo mental y las propias, por lo que el nivel de protección es más elevado”, pero no tiene por qué indicar que sean los establecimientos de salud mental los únicos centros de ingreso por razón de trastorno psíquico. Tal especial protección aparece reseñada en textos internacionales de referencia como la Resolución 56/119, de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección de las personas aquejadas de enfermedad mental y la mejora de la atención en salud mental (Principio 2) o la Convención de Derechos del Niño (art. 25) o el Libro Blanco de 8 de marzo de 2000 del Grupo de Trabajo sobre “Psiquiatría y Derechos Humanos” (CDBI). E igualmente sucede en nuestra legislación histórica (Decreto de 12 de enero de 1933), que establece la separación entre menores y adultos. Y aunque la primera redacción del art. 211 CC tras la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre no acogía distinción de tratamiento alguna, a partir de la reforma por Ley Orgánica 1/1996 se reinstaura dicha diferencia de trato. El vigente art. 763 LEC acoge igualmente esta reincorporación.

En segundo lugar, en lo concerniente al tipo de dolencia, al margen de la asignación de efectivos, de la atribución de estructuras o de la definición de acciones terapéuticas, nada diferencia el régimen jurídico de las dolencias agudas y crónicas, los brotes psicóticos de los procesos cerebrales degenerativos. Tiene razón igualmente Ferreirós⁴⁴ cuando afirma que el concepto de “trastorno psíquico” es suficientemente amplio, a la vista de la nomenclatura internacional (clasificaciones DSM IV o CIE 10) o incluso legal (20.1 Código Penal vigente). Y a mayor abundamiento el art. 20 LGS dentro del concepto “salud mental” incluye la psicogeriatría, como antes vimos.

En tercer lugar, en lo que respecta a la diferenciación entre “internamientos” y “estancias”, indicar que lo relevante, en cualquier caso, es que los ingresados no puedan prestar su consentimiento⁴⁵. Los

⁴⁴ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática...”, op. cit.

⁴⁵ AZNAR LÓPEZ, Manuel: *En torno a las divergencias interpretativas sobre los internamientos civiles, en Actas de la Jornada Conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios, celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999, Ministe-*

Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona citados *supra* introducen un factor de confusión tan lamentable como insostenible. Pretender contraponer internamientos urgentes y estancias residenciales, supone ignorar lo más esencial: los ingresos psiquiátricos pueden ser ordinarios o urgentes, y los citados Autos ignoran la existencia de los primeros, pretendiendo hacer de la especie el género. Nuevamente se incurre en el error de pretender justificar una pretendida diferencia de trato jurídico en base a una “etiqueta”, etiqueta que además es errónea. Por lo demás, la asistencia que se da en un geriátrico es, para los pacientes aquí concernidos, también una asistencia psiquiátrica (psicogeriatría, si se quiere). Olvidan los Autos arriba referenciados la diferencia entre trastornos agudos y crónicos. En psiquiatría los hay de ambos tipos. Junto a brotes característicos, por ejemplo de la esquizofrenia, existen procesos degenerativos, cual acontece, por ejemplo, con la demencia tipo Alzheimer. Pero ambos, sin lugar a dudas, comportan trastorno mental. Frente a tratamientos más puntuales y enérgicos en los primeros casos, se administran tratamientos más adecuados a los procesos crónicos, en el caso de los segundos. Las clasificaciones psiquiátricas internacionales (las citadas CIE-10 y DSM-IV-TR) contienen un amplio listado de dolencias, unas crónicas y otras agudas. Lo relevante a efectos jurídicos, y este es en el plano de las garantías el que aquí interesa, es la presencia o ausencia de autonomía en el sujeto concernido, no la concreta “etiqueta” clínica que en cada caso concurra.

En definitiva, el argumento gramatical tiene escasa entidad. Es más, en este tema carece de cualquier solvencia. Confunde lo esencial y lo accidental. Lo principal y lo accesorio. Lo primero queda residenciado, como ya se indicó, en una causa (dolencia mental de cierta entidad) y un remedio (privación, aún justificada, de libertad). Lo segundo remite a distinciones clínicas o de gestión de recursos, pero no a diferencias relevantes en el plano de las garantías.

3.- La cuestión sistemática.

También los Autos de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24.7.1996 (AC 1997/1653) y 19.11.1996 (AC 1996/2151) aluden a otro criterio, el sistemático. Sistemáticamente, afirman, los artículos próximos al 211 CC –pues ese era el texto vigente en el momento de ser dictadas dichas resoluciones– no se refieren al tema y ni tan siquiera a las

rio de Sanidad y Consumo-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 76-84.

posibles medidas cautelares sino que tratan de otra cuestión, la incapacitación.

La verdad es que la asistematicidad no es privativa de esta materia ni en nuestro ordenamiento jurídico ni en los vecinos. Recuérdese que en Francia aconteció otro tanto. El Código Civil napoleónico de 1804 no prestó atención alguna a los internamientos psiquiátricos. Todo lo más, sus prescripciones se centraron en la medida de interdicción y en el sometimiento del enfermo a la autoridad del consejo judicial. La única alusión al internamiento se encontraba en el art. 510 del Código Civil, por lo demás inaplicable. De ahí precisamente que para evitar abusos se promulgara la Ley de 30 de junio de 1838 (*Ley de Alienados*). Es decir, se dictó una legislación especial, al margen del Código Civil, precisamente por la omisión en que incurrió este. Otro tanto sucedería en nuestro país. El Código Civil español de 1889 permaneció durante casi un siglo ajeno a la problemática jurídica del internamiento psiquiátrico. La legislación que reguló este tema fue durante este período meramente administrativa (Reales Decretos de 1885 y Decretos de 1931) y solo tras la reforma del Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, al fin el internamiento psiquiátrico alcanzaría un rango legal dentro del *corpus* civil. Esta inclusión, aprovechando una reforma del régimen de la tutela, explica a la postre la ubicación sistemática del precepto dedicado al internamiento (el ya citado art. 211 C). Y, por lo que ha podido verse, esta inercia histórica es la explicación la ubicación sistemática del actual precepto procesal relativo a los internamientos psiquiátricos (el art. 763 LEC) en vecindad con preceptos reguladores de la capacidad de la persona.

Además, debo coincidir con Ferreirós⁴⁶ en que sistemáticamente, el art. 763 LEC no diferencia los diferentes supuestos de internamiento por razón de trastorno psíquico, dada su finalidad estrictamente garantista. En nuestro ordenamiento jurídico existen tres tipos de internamiento: a) la hospitalización psiquiátrica forzosa, entendida como asistencia especializada (art. 18.3 LGS), que tiene su cobertura legal en los casos de urgencia y por incompetencia del sujeto para tomar decisiones en el (art. 10.6 LGS –hoy 9.3.a) de la Ley 41/2002-), determinándose el lugar de ingreso, las unidades psiquiátricas hospitalarias (20 LGS), b) el ingreso en centro residencial, cuya cobertura a nivel estatal la encontramos en el art. 52 de la Ley 13/1982, de

7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos y c) el internamiento en centro de educación o formación especial (271.1 CC).

Es decir, la regulación sobre internamientos en nuestro derecho está dispersa. Ello, unido al argumento histórico acabado de describir explica sobradamente las razones de la falta de sistematicidad.

4.- La lógica jurídica.

Según los Autos de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24.7.1996 (AC 1997/1653) y 19.11.1996 (AC 1996/2151) la lógica jurídica impide hacer una interpretación analógica extensiva (art. 4.1 CC) del art. 211 CC previsto para la privación de libertad de enfermos psiquiátricos a un supuesto (la permanencia de ancianos en residencias geriátricas) con el que no hay identidad de razón.

Este argumento es a todas luces insostenible. Y en buena medida ya hemos expuesto las correspondientes contraargumentaciones. Se niega en los referidos Autos la existencia de una identidad de razón, lo cual no deja de ser incomprensible, habida cuenta de que la razón es sustancialmente la misma: en base a una dolencia mental de cierta entidad se justifica una limitación de una libertad fundamental (la deambulatoria). Obsérvese que en realidad sólo existe una nota diferencial, la edad. Efectivamente, siendo idéntica la causa (el trastorno mental) y el efecto (la privación de libertad), solo existe un dato esencial diferenciador, la edad. Las pretendidas diferencias referidas a tipo de dolencia (proceso degenerativo y no brote agudo) y al régimen prestacional (cerrado o residencial) son insostenibles dado que, como quedó dicho, la entidad de la dolencia ninguna trascendencia tiene a estos efectos, cuando lo relevante es la incidencia que la misma tiene en el grado de autogobierno del paciente, y en modo alguno la identidad clasificatoria del trastorno. Y en lo que al régimen respecta, lo básico es la restricción de libertad personal, por encima de cualquier otro tipo de consideración. En este sentido obsérvese que el Estudio EUNOMIA⁴⁷, planteándose un análisis de la práctica asistencial psiquiátrica en lo relativo al empleo de medios coercitivos en la práctica psiquiátrica, y con el objetivo de mejorar dicha práctica y describir un ámbito jurídico garantizador de los derechos del paciente, no discrimina a éste por razón de edad. Otra cosa es que ya

⁴⁶ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: "Problemática...", op. cit.

⁴⁷ Cfr. BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.

desde el inicio el Comité Asesor del mentado Estudio haya detectado la incidencia que en determinados grupos de población –en lo que aquí interesa, el de sujetos de edad avanzada- tiene el empleo de medios/medias restrictivos de la libertad personal.

Al mismo tiempo debe repararse que en un campo como en el que aquí nos ocupa es casi inevitable el recurso al argumento analógico. Al igual que sucede con el campo del bioderecho “el recurso a la analogía, en tanto se promulgan leyes de nuevo cuño, parece no sólo inevitable, sino extremadamente útil”⁴⁸. El bioderecho se enfrenta a cuestiones nuevas no específicamente previstas por el legislador; de ahí la inevitabilidad de acudir a la vía analógica. Y otro tanto sucede en el caso del ingreso geriátrico, aunque aquí hay una doble razón para acudir a este tipo de argumentos. En primer lugar, no debe olvidarse que históricamente el ingreso involuntario en instituciones no discriminó la naturaleza concreta de la causa justificativa del mismo. En segundo lugar, y aunque “[p]areciera ser que la percepción de la semejanza está amarrada a un momento del tiempo”⁴⁹, a mayor abundamiento, en el momento presente, poca duda cabe de la similar naturaleza en lo esencial entre los ingresos psiquiátricos y psicogeriátricos. Ambas razones permiten una fácil traslación de los esquemas garantistas de los primeros a los segundos.

.5.- La entidad del “trastorno psíquico”.

Algunos de los argumentos esgrimidos hasta aquí van referidos a la naturaleza de la dolencia, a la entidad del trastorno. En este sentido, no está de más situarnos en el punto de partida del conocido Auto de la Audiencia Provincial de Segovia de 27 de marzo de 2000 (EDE 2000/13120). Como se recordará ese Auto parte de la constatación de que “el ingreso de una persona de la tercera edad en un centro geriátrico, no resulta equiparable en absoluto al internamiento de un presunto incapaz en un establecimiento psiquiátrico”. Pero, al mismo tiempo, deja patente que el artículo 211 del Código Civil –entonces vigente- “no cataloga la naturaleza del centro de internamiento sino que viene referido a internamiento por razón de trastorno psíquico; es decir fundamenta su razón de ser en la etiología y no en la denominación que más o menos discrecionalmente se otorgue al centro, con independencia y más allá del ‘fraude de etiquetas’ que

con frecuencia se utiliza”. La conclusión que se extrae de ello es doble: a) por una parte “si la persona de la tercera edad no adolece de enfermedad o trastorno psíquico, en absoluto será subsumible el supuesto en expediente de jurisdicción voluntaria de la naturaleza y fines del que ahora analizamos, en base al art. 211 CC”; b) por otra “si además de su avanzada edad, la razón de su acogida en un centro de asistencia geriátrica es que padece una enfermedad o trastorno mental, que determina *a priori* la posibilidad de que nos encontramos ante un presunto incapaz, resulta al igual que ocurre con otros padecimientos psíquicos que debe ser autorizado judicialmente su internamiento; pues el mismo aunque obedezca en mayor o menor medida a una finalidad asistencial, implica también necesariamente una finalidad terapéutica o al menos paliativa de su enfermedad mental”. Y es que, como reconoce el Auto de referencia, sin duda “trastorno o enfermedad psíquica, frecuentemente padecidas por las personas de la tercera edad, lo integran los diversos tipos de demencia, como las de tipo Alzheimer, demencia vascular, demencia en la enfermedad de Parkinson, así como otros trastornos mentales orgánicos, con concreta denominación o sin especificación”.

Por tanto, a la hora de definir el tipo de dolencias al que debe ser de aplicación el régimen de garantías de que aquí se trata es obvio que el 763 LEC solo se refiere a Centros asistenciales por motivos psíquicos, lo que excluye los padecimientos de índole física⁵⁰. Bien entendido, que existen enfermedades físicas que motivan trastornos psíquicos, y paradigmático de las mismas es el caso de los ancianos. En estos casos no hay duda de que a pesar del origen físico de la enfermedad, ésta afecta al entendimiento y voluntad y por lo tanto entra de lleno en el ámbito del citado precepto. Como afirma Aznar⁵¹ el art. 211 CC entonces -hoy el 763 LEC-, hablan literalmente de “internamiento por razón de trastorno psíquico”, lo que deberá entenderse como toda alteración o deficiencia mental (incluidas las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo). La *ratio legis* consiste no en exigir la intervención judicial por el hecho de que la persona sea de edad avanzada, sino porque su estado mental no le permite prestar por sí el consentimiento para ello. Por tanto, no habría base alguna para excluir de la cobertura de las garantías del 211 CC –

⁴⁸ MARTÍN MATEO, Ramón: *Bioética y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p.168.

⁴⁹ BENJAMIN, Walter: “La enseñanza de lo semejante” en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Taurus, Madrid, 1998, p. 87.

⁵⁰ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a Begoña: “La incapacitación de los ancianos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad Civil*, núm. 47, 17 al 23 diciembre 2001, p. 1654.

⁵¹ AZNAR LÓPEZ, Manuel: *En torno a las divergencias interpretativas...*, op. cit. pp. 76-84.

hoy 763 LEC- las alteraciones mentales de tipo degenerativo⁵².

Personalmente considero que las demencias que aquí se consideran, entran en la categoría de “enfermedades o trastornos psíquicos”. La demencia tipo Alzheimer, la demencia vascular, la demencia en la enfermedad de Parkinson y, en general, otros trastornos mentales orgánicos, son dolencias que entran dentro del amplio concepto legal de “trastornos psíquicos” (763.1 LEC). Su inclusión en las clasificaciones internacionales DSM-IV-TR y CIE-10 y la descripción que se hace de las mismas atestiguan sobradamente la entidad de estas dolencias. Algunos pronunciamientos judiciales también lo ponen de relieve (así el AAP Segovia 27.3.2000). Comparto en definitiva la posición de Aznar y Ferreirós en el sentido de hacer extensiva a las enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo las garantías judiciales del 763 LEC.

6.- La cualidad del internamiento.

Existe un conjunto de argumentaciones que tienen como eje fundamental la cualidad del internamiento. Son pronunciamientos emparentados en cierta medida con el gramatical antes analizado, aunque lo trascienden. Es decir, profundizan en la entidad del internamiento más allá de la nomenclatura empleada en cada caso.

Por ejemplo, la Audiencia Provincial de la Rioja en los Autos de 27 de octubre de 1998 (EDJ 1998/32249), en un caso de enfermedad de Alzheimer en fase inicial, y en el de 2 de junio de 2000 (EDJ 2000/31189) utilizan argumentos del tipo de que aunque “este controvertido precepto [el art. 211 CC] no contiene una definición de internamiento, si bien cuenta con las menciones suficientes como para poder afirmar que la justificación de la medida lo es por razón de la existencia de una enfermedad psíquica y en un centro destinado a su tratamiento”. Y de que, además, en el tipo de alternativa residencial en realidad “la eventual restricción de la libertad ambulatoria que pueda sufrir el afectado no difiere en sustancia de la que podría afectarle en su propio domicilio, del que a buen seguro tampoco podrá abandonar sin compañía o sin la iniciativa de las personas que le custodian, sin que ello obligue a sus familiares o personas que les asisten a interesar una autorización judicial como

tampoco se exigirla a los padres o tutores para internar a un menor en un centro educativo, excepción hecha de los que merezcan la calificación de especial, conforme al artículo 271.1 del Código Civil”. Este tipo de argumentación incurre en un craso error. Lo relevante no son los tipos de cuidado sino la etiología de la dolencia y el régimen privativo de derechos. Es decir, el origen psiquiátrico o psico-geriátrico –que lo mismo da- y la restricción de la libertad personal. Lo demás, como ya quedó dicho, es secundario. Es más, si el régimen de asistencia domiciliaria estuviera justificado en razón del trastorno o enfermedad mental y comportara una restricción obligada de la libertad ambulatoria del paciente anciano, el resultado sería el mismo más allá del lugar concreto en que se produzca dicha restricción de derechos (el domicilio en lugar de un centro o establecimiento). Tal limitación derechos precisaría igualmente de la autorización judicial.

La Audiencia Provincial de Vizcaya en los Autos de la Sec. 4ª de 28.1.2003 (AC 2003/101) y de la Sec. 5ª de 29.1.2003 (AC 2003/159) tampoco admite la aplicación del art 763 LEC a los internamientos geriátricos. El primero de estos Autos recuerda como las tres Secciones Civiles de esa Audiencia (Autos de 12 y 23 de septiembre y 18 de diciembre de 2002 de la Sec. 5ª; de 26, 29 y 30 de julio de 2002; de 17 y 26 de septiembre de 2002 de la Sec. 3ª y de 18 de septiembre de 2002 de la Sec. 4ª) comparten que los “presupuestos o condiciones determinantes de la autorización o ratificación de la medida [de internamiento] no resultan predicables de situaciones como la presente interesando la ratificación del ingreso en un centro residencial para mayores de una persona diagnosticada de demencia senil tipo enfermedad de Alzheimer” y ello porque mientras el internamiento involuntario legalmente es una “medida puntual” que no podría asimilarse a estas situaciones geriátricas “que no presentan la nota de permanencia”. Lo procedente en estos casos, se dirá, es la incapacitación “adoptándose allí las pertinentes medidas de protección”. En el mismo sentido cita Aznar los Autos de 22.12.1997 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Liria núm. 4 (Valencia) y 19.5.1997, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Liria núm. 3⁵³. El primero de ellos utiliza el argumento de que “no cabe equiparar el internamiento o la estancia de una persona en una residencia geriátrica con un ingreso

⁵² AZNAR LÓPEZ, Manuel: “Los derechos fundamentales de las personas mayores internadas en residencias geriátricas” en La tutela de las personas mayores incapacitadas, Junta de Castilla y León, 1998, p. 20.

⁵³ AZNAR LÓPEZ, Manuel: En torno a las divergencias interpretativas..., op. cit., pp. 68-71.

urgente de un presunto incapaz”. También este es el criterio que sigue el AAP Alicante de 4.7.1996⁵⁴.

Nuevamente estas resoluciones judiciales incurrir en el error de confundir lo esencial y lo accesorio, lo principal con lo secundario. Como antes indiqué, la referencia a los ingresos “urgentes” pone de manifiesto el desconocimiento sobre la circunstancia de que en nuestro ordenamiento jurídico –y lo mismo en general, sería predicable en el derecho comparado– existen dos modalidades de internamiento, el ordinario y el urgente; distinción que solo afecta al procedimiento de control, más no al control en sí. Es decir, mientras que en el ingreso ordinario será previa la autorización judicial, el urgente precisará de una ratificación en vía jurisdiccional. A partir de ese momento el régimen se unifica: el procedimiento de evaluación periódica y de alta son idénticos. No puede contraponerse pues el ingreso urgente (psiquiátrico) y el ingreso no urgente (geriátrico). El ingreso, sea psiquiátrico sea psiqogeriátrico, podrá ser tanto ordinario como urgente. Serán las circunstancias concretas del caso, y por tanto la concurrencia o no de una urgencia, la que justifique acudir a uno u otro procedimiento de control judicial. No importa, en definitiva, la naturaleza etiológica del ingreso cuanto la cercenación de la libertad personal que con el mismo se produce.

En consecuencia, la intervención puntual o el ingreso caracterizado por la permanencia tendrán que ver con las características de la dolencia y no con la denominación del centro. Como señala el Auto de 29 de noviembre de 2000 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: “el citado precepto [art. 211 CC] solo exige que el internamiento lo sea con motivo de un trastorno psíquico, sin que limite el establecimiento de recepción a los hospitales psiquiátricos, pudiendo serlo a un hospital general o un hospital o residencia geriátrica, siempre y cuando cuente con los medios médico-hospitalarios especializados al efecto, según la naturaleza aguda o crónica de la enfermedad”.

Un buen ejemplo de esta línea de pensamiento lo tenemos en el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo de 16 de enero de 2003 (AC 2003/248) que parte de la constatación de la existencia de dos posiciones en torno al control judicial de los ingresos geriátricos: la preconizada por las Audiencias de Barcelona, Córdoba y La Rioja) en contra de la aplicación del 211 CC (hoy 763 LEC), y la de la Audiencia de Segovia. A esta última se

suma la Audiencia toledana, con argumentos que vienen especialmente al caso. Frente a los argumentos utilizados por las Audiencias que defienden la primera línea interpretativa, este Auto de Toledo considera que “los mismos [argumentos] pueden ser empleados precisamente para justificar la tesis contraria, es decir, la necesidad de autorización judicial para el internamiento que nos ocupa. Partiendo del hecho de que el internamiento no voluntario es una “clara limitación al principio de libertad personal”, entonces “si se requiere autorización judicial para ingresar a un paciente que tiene un trastorno psíquico, con mucho mayor motivo se exigiría para internarlo si no lo tiene, o si el que tiene es meramente degenerativo, de igual modo que siendo exigible para un internamiento con finalidad curativa, temporal o provisional y necesaria en un centro de carácter psiquiátrico, con mucho mayor motivo resulta exigible si ese internamiento no es necesario sino sólo conveniente para quienes cuidan del sujeto, y se hace sin finalidades curativas sino asistenciales y con carácter indefinido, y en lugar de en un centro psiquiátrico en una mera residencia de ancianos”. Es decir, afirma este auto, “por sus características y en lo que atañe el art. 17 de la CE no sólo no difiere en nada de los comprendidos en el tenor literal del antiguo art. 211 del CC, hoy 276 de la LECiv, sino que antes al contrario, reúne todas las características esenciales de aquél (privación de la libertad de una persona que no está en condiciones de decidir por sí misma), que justifican la intervención judicial”. En definitiva, “por internamiento cabe entender también el meramente asistencial”, pues “lo verdaderamente significativo del centro de internamiento, no es tanto su carácter psiquiátrico cuanto el que prive al internado de su facultad deambulatoria”: “lo contrario significaría dejar al anciano que por la razón que sea no puede decidir por sí mismo, en la más absoluta desprotección”. En el caso en cuestión se trata de una “demencia” tipo Alzheimer, es decir de una “enfermedad” que restringe de manera acusada su capacidad de autogobierno así como la capacidad para el gobierno de sus bienes” por lo que la persona “padece sino un trastorno psíquico en un sentido rigurosamente clínico, sí al menos a los efectos del art. 763 de la LECiv”.

Sucede por tanto, que la perspectiva en la que debemos situarnos es diferente. No es el nombre del centro, ni en el nombre de la enfermedad, ni el nombre del internamiento lo que aquí interesa. Para defender la vigencia o no de un régimen garantizador de la libertad personal, mediante la intervención judicial, lo relevante, y no me canso de repetirlo, es la esencia de la medida, es

⁵⁴ Citado por el AAP La Rioja 27.10.1998.

decir la privación de libertad, y el origen justificativo de la misma, es decir, la ausencia de suficiente autonomía individual. Como señala Aznar⁵⁵, en materia de eventual afeción de derechos fundamentales no existe diferencia alguna respecto a los centros geriátricos: “la atención a estas personas no tiene por qué afectar, en principio, a sus derechos fundamentales, pero, llegado el caso, éstos podrán quedar afectados”. Igual de servicio público o finalidad asistencial tiene un geriátrico que un hospital psiquiátrico. O, como afirma Santos Morón, sobre la aplicación al ingreso en residencias geriátricas de la regulación y garantías previstas en la actualidad en el art. 763 LEC debe tenerse en cuenta cada caso particular, porque en el caso de un anciano que padece demencia senil, careciendo de capacidad de decidir por sí mismo, no será precisa la autorización judicial si en dicha residencia no existieran medidas y dispositivos tendentes a impedir la salida de los residentes o a que estos mantengan relaciones con el exterior; pero será precisa tal intervención judicial en otro caso. En la práctica, por obvias razones, las personas que padecen demencia senil u otro tipo de enfermedad degenerativa debieran quedar sometidos a internamiento terapéutico, ya que de ordinario efectivamente las instituciones de acogidas comportan una evidente restricción de la libertad personal⁵⁶.

7.- La dimensión sociológica.

Los órganos judiciales utilizan también argumentos sociológicos con distinta finalidad. Así, el Auto del Juzgado núm. 4 de Liria, antes citado, afirma que “[s]ociológicamente, el ingreso o permanencia en una residencia geriátrica no puede presumirse que afecte a derechos fundamentales”. Es absolutamente insostenible tal afirmación cuando el régimen del centro impide la libertad personal, es decir, dispone de medios o medidas obstativas del libre deambular de los ingresados. En tal caso, la edad no puede convertirse en excusa justificadora de la restricción de la libertad.

Igualmente de extraña es la invocación que hacen los Autos tantas veces mentados de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de julio y 19 de noviembre de 1996 al argumento sociológico al sostener

que el control judicial podría repercutir negativamente sobre los ancianos “sometiéndoles a visitas, desplazamientos y controles médicos y jurisdiccionales constantes no estrictamente necesarios para la defensa de sus intereses” y siendo “irracional que situaciones crónicas e irreversibles tuvieran que estar siendo controladas cada seis meses como único forma legal de regularizar una continuidad que es evidente desde el primer día y cuya alternativa (que se fuera el residente) es absurda en estos casos, particularmente si no hay involuntariedad sino, con mucho, ‘avoluntariedad’”. En el mismo sentido, para el Auto del Juzgado núm. 4 de Liria, la aplicación del 211 CC “podría ser perjudicial para las personas de la tercera edad”. Este tipo de argumentos son tan sorprendentes como insostenibles.

Lo que se esconde tras ello es un paternalismo absolutamente injustificable. Pretender que un control jurisdiccional altera la paz y comodidad de los ancianos ingresados no puede mantenerse con un mínimo rigor. En el marco de valores de nuestro sistema constitucional la dignidad y la libertad ocupan un lugar preferente que, por sí solo justifica cualquier inconveniente derivado de la implantación de sistemas de control para evitar abusos. Pero es más, hay soluciones imaginativas para reducir al máximo o incluso prácticamente eliminar cualquiera de dicho inconvenientes. Un adecuado control de la autoridad judicial, del ministerio o de órganos del tipo del Defensor del Pueblo, para ser precisamente tal debiera hacerse, en general, *in situ*, en el lugar en donde se produce la privación de libertad. Ello da una idea más cabal de las condiciones en que se produce dicha restricción. De este modo los inconvenientes de las visitas, desplazamientos,... a que aluden los Autos mentados desaparecerían de raíz.

También en perspectiva sociológica, afirma Martínez Maroto⁵⁷, existen casos en los que el peligro de lesión de la salud o integridad pueden justificar el ingreso, aún forzoso de una persona, pero ni hijos ni familiares pueden con la excusa de defender aquellos

⁵⁵ AZNAR LÓPEZ, Manuel: *En torno a las divergencias interpretativas... op. cit.*, pp. 76-84.

⁵⁶ SANTOS MORÓN, María José: *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 61-83.

⁵⁷ MARTÍNEZ MAROTO, Antonio: “Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores”, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Rocío: *Gerontología Social*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2000, p. 313, la misma opinión defiende este autor en “Cap. 5. Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores y las residencias”, en *Residencias para personas mayores*. Manual de orientación, Edit. Panamericana-Sociedad Española de Geriatria y Gerontología-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Secretaría General de Asuntos Sociales/Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, Madrid, 1999, p. 151.

bienes, conculcar otro menos importante, el derecho a la libertad. Por ello el internamiento de un mayor que carezca de la capacidad de autogobierno requiere inexcusablemente autorización judicial.

8.- La justificación teleológica.

El fin del control judicial es garantizar la legalidad de una medida que incuestionablemente es restrictiva de derechos. Este elemento teleológico constituye el elemento clave para abogar por la vigencia de un control judicial de los ingresos psicogerítricos.

En la doctrina, salvo algún autor que no considera aplicable el art. 211 CC (hoy 763 LEC) al internamiento de personas en residencias de la tercera edad⁵⁸, la mayor parte de los autores es proclive a la aplicación del control judicial sobre este tipo de internamientos, precisamente por la razón aludida. En este sentido me sumo a la posición que viene defendiendo la Audiencia Provincial de Segovia. Por ejemplo, el Auto de la misma Audiencia de 27 de marzo de 2000 (EDE 2000/13120) considera que “la acogida de personas de tercera edad con etiología de las diversas demencias enumeradas o cualquiera enfermedad de tipo psíquico, que determine su posible incapacidad, en hospital o residencia, en cuanto no se le permita salir de la misma en cualesquiera circunstancias que sea, equivale a detención a los efectos del art. 5.1 e) del CEDH y por ende se precisa autorización de dicho internamiento (“detención”) por la autoridad judicial”. Es decir, “[l]a “regularidad” de esa detención depende a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (art. 211 CC), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento”. Y, en fin, “ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad; lo cual viene determinándose por diversos criterios entre los que tiene especial predominancia el riesgo que supongan estas personas para sí o para terceros; sin distinguir pues respecto del tipo de deficiencia o anomalía psíquica que padezcan, en cuanto integre el riesgo descrito, que indudablemente acaece en numerosas personas que padecen demencias orgánicas relacionadas con su avanzada edad y que el juez debe necesariamente comprobar con el asesoramiento médico previsto”.

⁵⁸ PARRA LUCÁN, María Angeles, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos; DE PABLO CONTRERAS, Pedro; PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel y PARRA LUCÁN, María Ángeles: *Curso de Derecho Civil. Volumen I. Derecho privado. Derecho de la persona*, Colex, 1998, p. 380.

Respecto a la realidad actual y el elemento teleológico, se alega por los contrarios a la vigencia de un control judicial de los internamientos geriátricos, la falta de cobertura del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Ahora bien, de lo que no hay duda es que nuestro Derecho en este punto establece un patrón más elevado (y el caso de la cobertura al ingreso de menores es paradigmática de ello)⁵⁹.

9.- La situación *de lege lata* y la propuesta *de lege ferenda*.

Hay que reconocer que el art. 763 LEC no ha resuelto satisfactoriamente el tema de los ingresos involuntarios en residencias geriátricas. Como afirma García Romero⁶⁰, a pesar de que el nuevo texto legal haya mejorado sustancialmente la regulación anterior, sigue existiendo una indefinición sobre los tipos de centro a los que se aplica la norma. Es decir, el tema de las residencias geriátricas demanda una Ley que garantice el ejercicio de los derechos fundamentales de los ancianos, ya que aunque el marco legal en principio existe, la falta de una referencia explícita da pie a interpretaciones jurisprudenciales contradictorias, nada deseables en este ámbito tan sensible. Ha habido intentos legislativos de elaboración de una norma que afronte el tema de las residencias geriátricas. Es digno de mención en este sentido el compromiso parlamentario asumido mediante la aprobación de la Moción 662/000109 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, aprobada el 24 de febrero de 1998, por la que se instaba al Gobierno a elaborar en el plazo más breve posible la normativa necesaria que regulara los derechos y obligaciones de los mayores internados en Residencias de carácter asistencial, social o sanitario, sin perjuicio de las competencias de las CC.AA. Y por su parte, la necesidad de dotar de un estatuto jurídico a los Centros residenciales geriátricos es una demanda de estos colectivos. Es el caso del Congreso Estatal de Personas Mayores celebrado el 3-5 de febrero de 1998. Por tanto, vaya por delante que este área necesitaría una regulación más específica.

Con independencia de lo anterior, referido fundamentalmente a un análisis del procedimiento de ingreso (ordinario o urgente) y al correlativo control judicial de dicho procedimiento, existe un ámbito de control, “ex-

⁵⁹ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática...”, op. cit.

⁶⁰ GARCÍA ROMERO, José: “Los internamientos involuntarios”, en MARTÍNEZ MAROTO, Antonio (Coord.): *Gerontología y Derecho. Aspectos Jurídicos y Personas Mayores*, Edit. Médica Panamericana, Madrid, 2001, p. 247.

traordinario” si se quiere, que remite a los supuestos en los que el internamiento se hace conculcando las reglas más elementales de la privación de libertad. O dicho de otro modo, establecido hasta aquí la necesidad de un control judicial, mediante las técnicas de autorización o ratificación, que sirva como instrumento de garantía a una medida de tan directa incidencia en los derechos y libertades fundamentales, ha de admitirse que ante un abuso que implique la privación de libertad fuera de toda legalidad y sin amparo judicial alguno existe también una vía que nuestro ordenamiento jurídico permite, el recurso de *habeas corpus*. Y en este sentido razón no le falta a la Audiencia Provincial de La Rioja cuando en su Auto de 27 de octubre de 1998 afirma que:

“además del control que sobre este tipo de residencias y centros geriátricos debe ejercer la Administración Pública, deben tenerse presentes y entenderse suficientes para obtener la protección judicial, si fuera necesario, y corregir privaciones de libertad injustas o abusivas, las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 6/84, de regulación del procedimiento de ‘Habeas Corpus’”.

Recuérdese en este sentido que este recurso de origen anglosajón⁶¹, y consagrado por nuestra Constitución de 1978 en su art. 17.4, se configura en la legislación de desarrollo (Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*) como un procedimiento mediante el cual “se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente”. La invocación de este marco jurídico y competencial es obvia cuando en el mismo se alude a las personas que “estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”. A la vista salta que un anciano afecto de

⁶¹ Téngase en cuenta que aún reconocida su estructura básica en el derecho anglosajón, la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1984, recuerda “su raigambre en el Derecho histórico español, donde cuenta con antecedentes lejanos como el denominado recurso de manifestación de personas del Reino de Aragón y las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya y otros ordenamientos forales, así como con antecedentes más próximos en las Constituciones de 1869 y 1876, que regulaban este procedimiento, aun cuando no le otorgaban denominación específica alguna”. Cfr. los estudios sobre el tema de FAIREN GUILLEN: Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo, Méjico, 1971; “Consideraciones sobre el proceso aragonés de ‘manifestación de personas’ en relación con el habeas corpus británico”, Revista de Derecho Procesal, Madrid, 1963, n° 1, pp. 9 y ss. y “Comentarios a la Constitución de 1978: el habeas corpus del artículo 17.4 y la ‘manifestación de personas’”, Revista de Administración Pública, Madrid, 1979, n° 1, pp. 7 y ss.

un cuadro de demencia —por poner el caso más recurrente de lo que aquí se trata— lamentablemente puede ser sujeto de un abuso que afecte a sus derechos y que sea objeto de un maltrato que desconsidere, ilegítima e ilícitamente, su dignidad y libertad personal.

2.2.- Otros controles.

El control judicial no agota el elenco de sistemas de garantías posibles, y aún deseables, en lo que a ingresos psicogeriátricos atañe. Al margen de otro tipo de instituciones o recursos transnacionales, en el ámbito nacional cuando menos parece pertinente la cita de tres ámbitos de control y, en consecuencia, de tres niveles de garantía:

El Ministerio Fiscal.

Al Ministerio Fiscal se le atribuye, de conformidad con el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre la facultad de “[i]ntervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”. Y además, de conformidad con el art. 4.2 EOMF, el representante del Ministerio Público podrá, en el ejercicio de sus funciones: “[v]isitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”. La Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, interesó de todos los Fiscales que, al menos cada seis meses, revisaran los internamientos de los ingresos en establecimientos psiquiátricos. Precisamente el Estudio que acompaña a la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1998 alude a la importancia que tienen las visitas periódicas de los fiscales a las residencias geriátricas a fin de controlar el estado de las personas ingresadas, constatar las necesidades de instar su declaración de incapacidad, evitar ingresos indebidos, etc.

Son evidentes por tanto las amplias facultades de los representantes de este Ministerio que, no se olvide, tiene “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (Art. 1 EOMF).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1990, de 7 mayo, sobre *Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la*

*tercera edad*⁶², recordó a los integrantes del Ministerio Fiscal la obligación de instar el procedimiento del entonces vigente art. 211 CC cuando los ancianos padecieran una deficiencia física o psíquica que les impidiese consentir el ingreso en la residencia. Allí se dice, entre otras cosas:

“Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico que, en consecuencia debe primar sobre cualquier condición... En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impidan prestar tal consentimiento a tenor de lo establecido en el artículo 211 del Código Civil, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial con carácter previo al ingreso, o comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas en los supuestos de urgencia. Será en estos casos la Autoridad judicial la que debe examinar si las condiciones del ingreso son o no ajustadas a la legalidad y, en su caso, autorizar las restricciones que sean imprescindibles para la protección de la salud, integridad física o vida del internado. En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produce el internamiento, deberá en este caso el Centro comunicarlo a la Autoridad judicial para que ésta, al igual y previos y los trámites previstos en el artículo 211 del Código Civil dicte la correspondiente autorización judicial (...) De cuanto antecede se desprende que la práctica de efectuar el ingreso sin el consentimiento del titular del bien jurídico que se dispone o sin que éste sea suplido por la autoridad judicial, en los casos, y por las causas legalmente previstas en los artículos 200 y 211 del Código Civil, debe ser totalmente proscrita”.

La Fiscalía citada utilizó argumentos del siguiente tenor: a) una interpretación amplia engloba a “los internamientos no sólo realizados en unidades de hospitalización psiquiátrica sino a aquellos en que en términos generales, por la situación psíquica del sujeto, sea esta transitoria o permanente, le impida decidirlo dado que tal decisión afecta a sus bienes jurídicos más esenciales como son la libertad y la salud”; b) una restricción aplicativa del 211 “no puede deducirse de una interpretación literal del precepto”; c) sobre esta materia los conceptos empleados “han sido históricamente

ambiguos y carentes de precisión terminológica”; d) la nueva redacción (por L.O. 1/1996, 15 enero) “no sólo ha restringido el concepto, sino que lo ha ampliado (a menores)”; e) “[I]a restricción por razón del tipo de enfermedad o deficiencia carece de sentido porque la definición del concepto es amplia”; f) “[I]a restricción por el local de internamiento es también errónea” y g) “[I]a expresión ‘trastorno psíquico’ abarca tanto la enfermedad mental, como la deficiencia mental”.

La referida Instrucción 3/1990 recordó a los fiscales su deber de visitar las residencias geriátricas de sus territorios, examinando los expedientes de los ingresados; requerir información periódica a las autoridades administrativas sobre las deficiencias observadas; dar –si fuera necesario- las órdenes oportunas a la Policía Judicial en relación a la investigación de hechos; poner en conocimiento de la autoridad administrativa las irregularidades observadas y velar porque interés patrimonial de los internados no sufra menoscabo.

En la Memoria que presentó la Fiscalía General del Estado en 1998, uno de los Estudios anexos trata precisamente sobre “El Ministerio Fiscal ante el reto y la problemática de la tercera edad”⁶³. El Estudio parte de la premisa de que no todas las personas que ingresan en un Centro residencial geriátrico están sujetas al régimen del entonces art. 211 CC, pues en ocasiones se trata del ingreso de personas mayores no deterioradas y por tanto capaces de decidir por sí mismas. Con todo, advierte el Estudio sobre la práctica, desechable, de que el régimen de ingreso de los mayores (visitas, comunicaciones...) sea convenido por familiares y responsables del Establecimiento, sin contar con el propio residente.

En el caso de personas ancianas que padezcan trastornos psíquicos considerables, para el Estudio de 1998 no hay duda de que el régimen que se imponía era el entonces vigente art. 211 CC. Y además, a este régimen ha de acudirse siempre que exista una duda sobre la “absoluta voluntariedad” del sujeto a ingresar. En la misma línea, en los supuestos de trastorno sobrevenido lo adecuado es poner tal situación en conocimiento del Juez –o en su caso del Fiscal- a los efectos de cumplimentar las diligencias requeridas por el citado art. 211 CC. Por el contrario, cuando solo se trate de un cambio de Centro, si ya estuviera otorgada la autorización judicial para el ingreso, no sería precisa nueva petición de la misma. Y, en fin, si el anciano al ingreso estuviera ya incapacitado,

⁶² BIMJ, suplemento a los núms. 1586 y 1587, 15.1.1991.

⁶³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: Estudios. Memoria de la FGE, 1998, pp. 540-549.

naturalmente se procederá por el tutor a pedir la autorización judicial para internar a la que se refiere el art. 271.1 CC.

También el Estudio que acompaña a la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2001 describe los dos aspectos fundamentales a los que ha de referirse la actividad desplegada por el Ministerio Fiscal en relación con las Residencias de la Tercera Edad.

En primer lugar, una labor de control o vigilancia que se realiza a través de: a) las visitas a los Centros, en base al art. 4.2 EOMF, que servirán para contactar de forma directa con los residentes y facultativos y con el personal encargado de su cuidado, a la vez que sirve para la visita de las instalaciones, privadas y comunes; b) la comunicación permanente de la Fiscalía con los Centros de la Tercera Edad, especialmente con sus representantes y Trabajadores Sociales y c) una relación fluida de la Fiscalía con los correspondientes Servicios de Inspección de la Administración, a quienes compete el control y fiscalización de las residencias desde el punto de vista administrativo- sanitario.

En esta labor el Ministerio Público se ha encontrado no obstante, señala el Estudio de 2001, con dificultades de tipo jurídico y administrativo. Lo primero por la escasa receptividad de algunos Juzgados a autorizar o ratificar los internamientos involuntarios de personas de edad avanzada. Paradigmático es el caso de Segovia, en donde la cuestión quedó zanjada por la Audiencia Provincial confirmando la necesidad de autorización judicial o la ratificación del internamiento de las personas de tercera edad que adolezcan de algún tipo de demencia⁶⁴.

En segundo lugar, sigue diciendo el Estudio de 2001, existe una labor de investigación y persecución de posibles hechos delictivos. En tal sentido alguna Audiencia (concretamente Guadalajara), puso de relieve las dificultades que surgen durante la investigación y en la obtención de pruebas, habida cuenta de que los testigos de los hechos suelen estar aquejados de importantes deterioros psico-físicos.

En relación a la intervención fiscalizadora del Ministerio Público, puede llegarse, siguiendo a Ferreirós⁶⁵, a la conclusión de que las inspecciones sí han

revelado ser un medio efectivo en el caso de algunas situaciones particulares, aunque en el caso de los establecimientos públicos las visitas llegan a tener un marcado carácter de “ceremonia institucional”. Además, se aprecia la falta de coordinación con los servicios de inspección administrativa. A este respecto propone Ferreirós protocolizar las actuaciones⁶⁶ evitando duplicidades, reservando la actuación del Ministerio Fiscal a los casos más graves, creando una Comisión multidisciplinar (un médico forense, miembros de la policía judicial, un funcionario de la Administración asistencial y un Fiscal) y estableciendo una recíproca comunicación.

El Defensor del Pueblo e instituciones análogas.

El Defensor del Pueblo o sus instituciones autonómicas análogas⁶⁷ tienen encomendada una función de supervisión de la actividad de la Administración respectiva, actuando como Comisionado del Parlamento nacional o autonómico correspondiente.

El Defensor del pueblo se ha hecho amplio y continuado eco de la problemática relacionada con los ingresos psicogeriátricos. Ya no solo en sus correspondientes informes anuales, a los que está obligado por su norma reguladora⁶⁸, sino también a través de la elaboración de diversos informes monográficos que inciden en el tema⁶⁹.

En el Informe sobre “Residencias Públicas y Privadas de la Tercera Edad”⁷⁰ se hace un retrato, en buena medida vigente del estado de las residencias de la tercera edad, aunque se centra básicamente en las condiciones prestacionales y reglamentos interiores de las residencias públicas y los derechos de los usuarios y sistemas de inspección administrativa en el caso de las residencias privadas.

⁶⁶ En concreto el artículo 21 del Protocolo de Internamiento aprobado en Alicante el 5 de octubre de 2000 hace referencia a las actuaciones inspectoras en centros residenciales.

⁶⁷ La institución del Defensor del Pueblo está regulada por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril y las relaciones con instituciones autonómicas similares aparece regulada en la Ley 36/1985, de 6 de noviembre.

⁶⁸ Art. 32 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

⁶⁹ Todos los Informes están disponibles en: <http://www.defensordelpueblo.es>.

⁷⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO: “Residencias públicas y privadas de la Tercera Edad”, Informes, Estudios y Documentos, Madrid, 1990.

⁶⁴ Cfr. Auto de la Audiencia Provincial de Segovia de 27 de marzo de 2000 (EDE 2000/13120).

⁶⁵ Cfr. FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática...”, op. cit.

En el Informe titulado “Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España”⁷¹ se lleva a cabo una detallada descripción de la situación del enfermo mental en nuestro país. Constató el notable envejecimiento de la población internada en los hospitales psiquiátricos visitados, aunque no dedicó una atención más detallada al tema de los ingresos psicogerítricos.

En el Informe que lleva por título “Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos” (1996)⁷², en lo relativo a minusválidos psíquicos el Apartado III.12.3 se dedica a “Ingresos de los usuarios e incapacitación”. Respecto a lo primero, se aprecia que, como regla general, los ingresos se producen a solicitud de los propios interesados, aunque se da cuenta de peticiones firmadas por los padres y otros familiares de los residentes. En este punto se deja constancia de que

“si los residentes fueran mayores de edad habrían de prestar expresamente su consentimiento, instando a tal efecto por sí mismos el ingreso mediante la firma de la correspondiente solicitud. Por su parte, en el caso de que el aspirante al ingreso estuviera incapacitado, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 271 del Código Civil, al no poder considerarse como exhaustiva la relación de centros contenida en este precepto, como se expresa en la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, ya citada al tratar de los centros de atención a minusválidos psíquicos, de modo que el tutor precisaría obtener la previa autorización judicial”.

Respecto a la incapacitación se constata que se acude al Ministerio Fiscal cuando se estima estar en presencia de personas susceptibles de ser incapacitadas, aunque el número de incapacitados es sensiblemente bajo.

Por lo demás, el Informe se expone en la descripción de establecimientos de disminuidos físicos, de centros ocupacionales y educativos,... aunque no presta atención a los centros geriátricos.

En el Informe intitulado “La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos

⁷¹ DEFENSOR DEL PUEBLO: “Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España”, Informes, Estudios y Documentos. Estudio y Recomendaciones, Madrid, 1991, en especial p. 344.

⁷² DEFENSOR DEL PUEBLO: “Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos”, Informes, Estudios y Documentos, Madrid, 1996, en especial pp. 225-227.

conexos” (2000)⁷³ se encara el tema de la regulación legal del internamiento psicogerítrico. Lo hace dejando constancia de que la reforma del art. 211 CC, llevada a cabo por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, fue “realmente perjudicial para el colectivo de personas mayores, hasta el punto de que hay interpretaciones constatadas de juzgados que indican la no aplicabilidad de este texto legislativo al internamiento de las personas mayores en centros asistenciales”.

El Informe propone⁷⁴ las siguientes reformas legales:

- Creación de sistemas intermedios de validación de manifestación de voluntad de un mayor, garantizando que la toma de decisiones de aquellos no incapacitados se efectúe sin presiones, condicionantes o influencia de otros intereses personales ajenos a los del concernido.
- Especificación de la vigencia del art. 211 CC (hoy 763 LEC) a los internamientos carentes de declaración de voluntad expresa de los mayores. Lo que se traduce en la Recomendación 1.I.1.
- Especificación de los supuestos que se comprenden bajo la denominación de “internamientos involuntarios urgentes”.
- Regulación de un estatuto *ad hoc* que garantice y salvaguarde los derechos de los mayores. Precisamente una de las recomendaciones (la 1.I.1) propone que en toda elaboración legal sea un referente sistemático la persona mayor en situación de dependencia.

La inspección a cargo de órganos administrativos.

Habida cuenta que a los poderes públicos corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sean reales y efectivas (9.2 CE) y de que las Comunidades Autónomas han asumido las competencias sobre la asistencia social (148.1.20ª CE) y sanitaria (148.1.21ª CE), y teniendo en

⁷³ DEFENSOR DEL PUEBLO: “La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos”, Informes, Estudios y Documentos. Recomendaciones del Defensor del Pueblo e Informes de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, Madrid, 2000.

⁷⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO: “La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos”, op. cit., pp. 18-19.

cuenta que nuestro país se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho (1.1 CE) en el que todos los ciudadanos y también los mismos poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (9.1 CE), es manifiesto que la Administración, las Administraciones Públicas por mejor decir, tienen una directa e incuestionable obligación de inspección de las circunstancias y medios mediante los cuales se lleva a cabo la privación de libertad –al fin y al cabo, de eso se trata- de ciudadanos sometidos a intervenciones psicogeríatras involuntarias. Serán las respectivas regulaciones –autonómicas- las que lleven a cabo este cometido.

Este epígrafe excede con mucho las pretensiones de este artículo. Baste por ello simplemente dejar señalada la importancia de la cuestión y del deber que a tales instancias públicas compete.

3.- Naturaleza y clases de ingreso.

La regulación vigente, constituida por el art. 763 LEC contempla dos modalidades de ingreso, el ordinario y el urgente. Curiosamente, la práctica ha demostrado que se ha producido una “cierta perversión del espíritu del articulado” al predominar los ingresos involuntarios urgentes sobre los ordinarios⁷⁵, posibilidad ésta que ya había sido intuita por la doctrina⁷⁶. La urgencia se dará cuando el trastorno del sujeto ponga en peligro su propia seguridad o la de los demás⁷⁷, teniendo en todo caso un significado esencialmente médico⁷⁸.

La distinción entre ambas modalidades de internamiento forzoso se circunscriben al momento de la autorización judicial; previa, en el caso de ingreso ordinario; *a posteriori*, en el caso del internamiento urgente. De ahí que pueda hablarse de autorización en el primer caso y de

raticación en el segundo. Por lo demás no existen diferencias de entidad entre el procedimiento en los ingresos psiquiátricos ordinarios y los de carácter psicogeríatrico⁷⁹.

No obstante en el caso de los ingresos de personas mayores creo que sí merece una pequeña atención dos tipos de cuestiones: los llamados ingresos “avoluntarios” y la denominada “incompetencia sobrevenida”.

Respecto a lo primero, existe un específico tipo de ingreso nada infrecuente en el caso de ancianos, los llamados por algunos “ingresos avoluntarios”, es decir aquellos que tienen lugar sin la voluntad expresa del sujeto pero también sin su expresa oposición.

La ley holandesa de Ingreso en Hospitales Psiquiátricos (*Bopz*) de 1994 engloba tanto a los pacientes enfermos mentales como a los pacientes oligofrénicos y a los psicogeríatricos. Aunque en el caso de oposición al

⁷⁵ Me remito por ello a las obras de referencia sobre el tema. Por ejemplo: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “Comentario al art. 211 CC”, en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, Tecnos, Madrid, 1986; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: La protección civil del enfermo mental no incapacitado, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 91-144; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “El régimen de internamiento involuntario en centros sanitarios”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir): Psiquiatría Legal y Forense, Colex, Madrid, 1994, T. II, p. 829 y ss; DELGADO BUENO, Santiago, RODRÍGUEZ PULIDO, Francisco y GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luis: “Aspectos médico-legales de los internamientos psiquiátricos”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir): op. cit., pp. 635 y ss; LACABA SÁNCHEZ, Fernando: “El internamiento de los presuntos incapaces. Aspectos materiales”, en Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en derecho civil y penal. La peligrosidad”, Cuadernos de Derecho Judicial, T. XXXI, 1994, pp. 39 y ss; ROMEO CASABONA, Carlos María: “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español”, en Manual de Psiquiatría Forense. Edit. Colex, Madrid, 1994; SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: “Algunas consideraciones sobre la regulación de los internamientos psiquiátricos”, Justicia, 1998, pp. 103-138; MARÍN LÓPEZ, Juan José: “Los locos y su libertad. El artículo 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)”, Derecho Privado y Constitución, núm. 13, 1999, pp. 183-233; AZNAR LÓPEZ, Manuel: Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios, Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 2000, pp. 49-82; BANACLOCHE PALAO, Julio: “Tratamiento procesal del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en la nueva LEC”, en Seminario Los internamientos involuntarios: problemática actual. Criterios médicos y jurídicos para su autorización; alcance social. Su tratamiento procesal en la nueva LEC 1/2000, CGPJ-Conselleria Justicia de la Generalitat Valenciana, Valencia 9 y 10 mayo 2001; FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Regulación española del internamiento civil” y “El nuevo artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil”, en FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante, 2001, pp. 475-516 y pp. 737-758, respectivamente; SANTOS MORÓN, M. José: El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

⁷⁵ CAÑETE FERNÁNDEZ, J.M.: “Reflexiones acerca e la dimensión jurídica del ingreso psiquiátrico”, Psiquiatría Pública, Vol. 10, núm. 1, 1998 p. 15.

⁷⁶ COBREROS MENDAZONA, Edorta: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 396 y CARRASCO GÓMEZ, J.J.: Responsabilidad médica y Psiquiatría, Edit. Colex, Madrid 1990, . 178.

⁷⁷ PARRA LUCAN M^aÁngeles: “Comentario al art 211” en RAMS ALBESA, Joaquín (Coord.): Comentarios al Código Civil, Bosch, Barcelona, 2000, Tomo II, Vol. 2^o, p. 1764.

⁷⁸ RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 3, 1988, p. 521; FERRER GARCÍA, Ana: “Internamiento de urgencia”, Revista Jueces para la Democracia, núm. 11, 1990, p 64; LACABA SÁNCHEZ, Fernando: “Internamiento de incapaces: problemática del artículo 211 del Código Civil”, La Ley, 1993-4, p. 1017.-

ingreso es precisa la intervención judicial, en el caso de los ingresos “avoluntarios” no se traslada la cuestión al ámbito judicial sino que se somete a la consideración de una comisión, la cual valorará la necesidad del ingreso más que la existencia de peligro ⁸⁰.

En el caso británico, la *Court of Appeal* planteó serias dudas a la eliminación del control judicial de los ingresos “avoluntarios”. El pronunciamiento tuvo lugar con motivo del asunto *R v Bounerwood, Community and Mental Health NHS Trust, ex parte L* (1998). Tradicionalmente la sección 5 (1) de la *Mental Health Act* de 1959 (en el mismo sentido la sección 131 de la *Mental Health Act* de 1983) era interpretada como comprensiva tanto de los pacientes voluntarios (*voluntary patients*) como de aquellos otros que no objetaban el ingreso (*informal patients*). Sin embargo el Tribunal de Apelación en el caso citado entendió que esto último comportaba una auténtica detención ilegal. No obstante la Cámara de los Lores revocó esta decisión estimando legal la detención, por aplicación de la doctrina de la necesidad, a pesar de la crítica de Lord Steyn quien consideró que esta decisión revocatoria privaría a este tipo de pacientes de las garantías de la *MHA* ⁸¹.

En nuestro país, algún pronunciamiento judicial ha acogido esta figura de los ingresos “avoluntarios”, pretendiendo con ello justificar un diferente trato jurídico respecto a los ingresos “involuntarios” (contra la expresa voluntad del sujeto concernido), lo que es tanto como decir en la práctica, un diferente nivel de protección. La Audiencia Provincial de Barcelona en los precitados Autos de la Sección 16ª de 24 de julio y 19 de noviembre de 1996 utiliza los argumentos del tipo de que “la inexistencia de manifestación expresa de voluntad (la ‘avoluntariedad’) no equivale a manifestación de voluntad contraria a la entrada o permanencia del anciano en el centro pues de la mera actitud pasiva ciertamente cabe predicar ‘una base de voluntariedad’” y de que, “en general no cabe pues decir que se acoge a la persona mayor contra su voluntad sino que no consta su oposición a la resolución que adoptan los familiares. La motivación del ingreso es en general de servicio público y social y de

⁸⁰ BIESAART: Código Europeo de las Minusvalías, pp. 1483 y 1484. Citado por FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Problemática de los internamientos involuntarios en residencias de la tercera edad”, en Seminario sobre los Internamientos Involuntarios: problemática actual. Criterios médicos y jurídicos para su autorización. Alcance social. Su tratamiento procesal en la nueva LEC 1/2000, Valencia 10 de mayo de 2001.

⁸¹ *W WL 765 (CA)*. Posteriormente, *In Re L (By his Next Friend GE) (Respondent)*, 25.6.1998; votaron a favor de la resolución Lord Goff, Lord Lloyd y Lord Hope; en contra Lord Steyn y Lord Nolan.

finalidad asistencial (con o sin ánimo de lucro) y no privativa o limitativa de derechos. En definitiva, no cabe presumir ‘prima facie’ privación de libertad, violencia o coacción por el mero hecho del ingreso”.

No estoy de acuerdo con esta apreciación. Y ello por un doble tipo de consideraciones. En primer lugar, porque la existencia de un *tertium genus* no creo que sea admisible cuando de limitación/supresión de libertad personal se trata. Puede, y estimo que debe, traerse a colación la doctrina esgrimida en su día por la STC 98/1986, de 10 de julio, cuando afirmaba que ha de “considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”. Esta doctrina, contenida en un recurso de amparo frente a una detención policial en razón de la que en su día se presentó un *habeas corpus*, es indudablemente aplicable a la materia que aquí se considera. Como se indica en el fundamento jurídico 4º de la precitada sentencia: “Una recta identificación del concepto de ‘privación de libertad’, que figura en el art. 17.1 CE, es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean”.

Además, existe un argumento sobreañadido; admitir la existencia de internamientos “avoluntarios” corre el riesgo de que entremos en una “pendiente resbaladiza” (*slippery slope*, por utilizar un término tan grato a la doctrina anglosajona), habida cuenta de la dificultad técnica que existe en algunos casos en diferenciar la concurrencia o no de libertad. Sin embargo creo, con el Estudio de la Fiscalía General del Estado de 1998, que siempre que exista una duda sobre la “absoluta voluntariedad” del sujeto a ingresar han de aplicarse los mayores niveles de garantía, y por tanto el control judicial.

El segundo tema de interés es la posibilidad de una “incompetencia sobrevenida”. En otro ámbito, el de la detención policial, ya reconoció en su día nuestro Tribunal Constitucional que una situación voluntariamente aceptada inicialmente devenga en impuesta. Concreta-

mente la STC 98/1986, de 10 de julio reconocía “que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona”.

La afirmación viene como anillo al dedo. La edad actúa en este sentido como posible factor de pérdida progresiva de facultades hasta llegar a la incompetencia. El problema se plantea básicamente en aquellos casos en que un paciente que ingresa voluntariamente deviene a tal estado de alteración mental en que su consentimiento es inválido. O lo que es lo mismo surge la incompetencia sobrevenida. Las posturas son mayoritariamente coincidentes. En este caso el paciente cambia de *status* transformándose el ingreso voluntario en involuntario⁸², debiendo decidir el médico a partir de este momento si autoriza o no la salida⁸³, “no por la necesidad del tratamiento en sí mismo, sino por los riesgos que pudieran derivarse de la salida del centro para su salud o su vida, así como para terceros”⁸⁴. Tal modificación del *status* deberá ser comunicada al Juez en menos de 24 horas⁸⁵, el cual decidirá definitivamente acerca del mantenimiento o no de la medida de internamiento⁸⁶.

Cañete enumera los casos en que un ingreso voluntario pasa a involuntario: a) la solicitud de alta voluntaria y no ser ésta deseable en función de la psicopatología presentada por el sujeto, b) en el supuesto de ser precisa inmovilización mecánica, salvo que ésta haya sido solicitada por el propio paciente y c) en caso de intento de fuga o fuga consumada. Como es patente, los tres casos

son fácilmente reconducibles a una sola categoría: la situación psicopatológica del paciente⁸⁷.

En todo caso, como queda dicho, la transformación del estado psíquico del paciente modifica su *status* jurídico. Es, por así decir, una particular aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que mientras el supuesto de hecho del ingreso inicial, es decir, la concurrencia de voluntariedad por la competencia del paciente se mantenga éste es autónomo y por tanto a él, y solo a él, le corresponde decidir su permanencia en la institución. Sólo cuando el supuesto de hecho se modifica, al sobrevenir la incompetencia, el marco jurídico de su permanencia en el establecimiento se modifica sustancialmente, hasta el punto de hacer exigible la intervención garantista del orden jurisdiccional, hoy en día el control prevenido en el art. 763 LEC.

En prevención de tal estado sobrevenido puede el anciano, aún competente, disponer lo oportuno en lo referido a su futura tutela. A estos efectos, el art. 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad lleva a cabo una modificación de la redacción del artículo 223 del Código Civil, que en su segundo párrafo pasa a decir: “Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”⁸⁸.

En la misma línea, y con amparo en lo dispuesto en el 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 persona mayor de edad puede redactar un “documento de instrucciones previas” mediante el cual “manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el

⁸² JIMÉNEZ EGEE, A. y PÉREZ CASTILLA, L.: (Autores) y TORRES GONZÁLEZ, F., Coord: “Internamiento psiquiátricos. Repercusiones asistenciales de la incapacidad civil”, en: Manual del residente de Psiquiatría. Tomo II, 1997, p. 2230.

⁸³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: La protección civil del enfermo mental no incapacitado, Bosch, Barcelona, 1992, p. 142.

⁸⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María: “El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir.): Psiquiatría Legal y Forense, Colex, Madrid, Tomo II, p. 818.

⁸⁵ DELGADO BUENO, Santiago, RODRÍGUEZ PULIDO, Francisco y GONZÁLEZ DE RIVERA, José Luis: “Aspectos médico-legales de los internamientos psiquiátricos”, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir.): Psiquiatría Legal y Forense, Colex, Madrid, Tomo II, p. 643 y BOUSOÑO GARCÍA, M., BOBES GARCÍA, J. y GARCÍA PRIETO, A.: “Regulación de la hospitalización forzosa”, en ANTÓN FRUCTUOSO, Pedro (Coord.): Medio siglo de psiquiatría en España. Homenaje al Profesor Ramón Sarro Burbano, ELA, Madrid, 1992, p. 245..

⁸⁶ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: La protección civil, op. cit., p. 142.

⁸⁷ CAÑETE FERNÁNDEZ, J.M.: “Reflexiones acerca de la dimensión jurídica del ingreso psiquiátrico”, Psiquiatría Pública, Vol. 10, núm. 1, 1998, p. 16

⁸⁸ Cfr. BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “El Proyecto de Ley de protección de las personas con discapacidad. Especial referencia a la ‘autotutela’”, Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Edición IV (abril-mayo 2003). En la URL: <http://www.psiquiatrallegal.org>.

destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas”.

Por tanto, en nuestro ordenamiento disponemos en la actualidad de instrumentos jurídicos bastantes para garantizar la voluntad anticipada del mayor.

4.- Derechos del anciano ingresado.

El título de este trabajo alude al fundamento y garantías de los “ingresos geriátricos”. Entendido en sentido amplio, el término daría pie para un análisis de los derechos del ingresado durante su permanencia en el establecimiento público o privado en el que se hallare. Sin embargo, prefiero dejar para otra ocasión ahondar en esta temática, para limitarme aquí al “momento” del ingreso, lo que hasta ahora he intentado hacer, y, como mucho, aportar unas breves notas.

En el ámbito en el que aquí nos desenvolvemos, el de las residencias psicogeriatricas, son de plena aplicación los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por la Resolución 46/1991, de 16 de diciembre, que al respecto, señalan:

“14. Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida”.

“17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de malos tratos físicos o mentales.

“18. Las personas de edad deberán recibir un trato digno, independientemente de la edad, sexo, raza o procedencia étnica, discapacidad u otras condiciones, y han de ser valoradas independientemente de su contribución económica”.

Filosóficamente la obra kantiana sitúa la dignidad del ser humano en el vértice de la autonomía, convirtiéndose en fundamento de aquella. La autonomía es soporte de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. El problema radica entonces en seguir sosteniendo la existencia de dignidad en naturalezas

escasamente racionales (personas dementes). Pero en este sentido es obligado recordar que la dignidad es irrenunciable. Se posee por el mero hecho de ser persona, por lo que para poder desposeer a alguien de la dignidad sería preciso que perdiera su condición de ser humano, hipótesis imposible mientras se conserve la vida⁸⁹. O como señala nuestro Tribunal Constitucional: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre” (SSTC 120/1990, 27 junio y 57/1994, 28 febrero).

Como señala Post, si se concede un valor excesivo a las dimensiones de la racionalidad y la memoria se excluye injustamente de la esfera de la dignidad y el respeto humanos a las personas con demencia⁹⁰.

Ese respeto a la dignidad se conecta, lógicamente con la relevancia del trato humanitario al anciano⁹¹ e, incluso, sobre la necesidad de potenciar la autoestima del anciano hospitalizado⁹².

Por supuesto, el médico y el resto del personal sanitario o asistencial ha de respetar las decisiones adoptadas por pacientes autónomos y capaces⁹³. Y como hemos visto dichas decisiones pueden ser incluso previas a su incompetencia.

Por otro lado, es frecuente que los ancianos sufran limitaciones en un aspecto u otro de sus vidas, y se vean, por tanto, obligados a aceptar ayuda. En la medida en que acepten ayuda externa, su vida irá perdiendo intimidad, siendo máxima la pérdida en el caso de medios institucionales. Aunque la pérdida de la intimidad tiene lugar en otros momentos de la vida, la realidad es que en los jóvenes es una experiencia transitoria, mientras que en los ancianos suele ser una situación estable⁹⁴. En este sentido, el respeto del máximo de intimidad posible es asimismo exigible.

⁸⁹ RODRÍGUEZ, Jesús P.: “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”, *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994. p. 371.

⁹⁰ POST, S.J.: *The moral challenge of Alzheimer’s disease*, Johns Hopkins University Press, London, 1995.

⁹¹ GAVIRA VILLAR, P. y PELAYO LÓPEZ, A.: “Importancia del trato humanitario en geriatría y enfermería”, *Geriátrica*, Vol. 18, núm. 2, pp. 29-32.

⁹² PADES JIMÉNEZ, A., FORNÉS VIVES, J. y GALLO ESTRADA, J.: “Cuidados de la autoestima en el anciano hospitalizado”, *Gerokomos*, Vol. 11, núm. 2, 2000, pp. 71-78.

⁹³ BERNAD PÉREZ, L. Y SERRAT MORET, D.: “Aspectos médico-legales en relación con el anciano. Problemas vinculados con la vulneración de sus derechos (I)”, *Geriátrica*, Vol. 15, núm. 3, 1999, p. 54.

⁹⁴ GRANJEL, Luis S.: op. cit., p. 301.

En fin, en el caso de los ancianos es necesario conjugar un nivel de protección y un respeto a la mayor independencia posible. Esta dualidad protección/independencia fue puesta de manifiesto por los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, aprobados por la Resolución 46/1991, de 16 de diciembre, al señalar que: “6. Las personas de edad deberán poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible”. Al mismo tiempo, cuando lo anterior no es posible: “13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro”. Sobre la necesidad de atención geriátrica llama la atención el apartado octavo del “Decálogo de las Personas Mayores” de la *Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología* (SEGG).

Y, por supuesto, en relación a los derechos del anciano ni qué decir tiene la plena vigencia de la absoluta proscripción de malos tratos⁹⁵. La incuestionable vigencia del art. 15 de nuestra Carta Magna ahorra cualquier otro comentario.

5.- Conclusiones.

La problemática de la senectud requiere un planteamiento socio-sanitario, un tratamiento multidisciplinar y unas plenas garantías jurídicas.

El planteamiento socio-sanitario deviene inevitable cuando en España se ha producido un importante cambio en la situación de la población mayor; cambio que provoca que paulatinamente los problemas deban afrontarse desde una perspectiva que ya no es unidimensional, sino que ha de tener en consideración los diversos aspectos de los temas relacionados con este colectivo de población. De ahí la ya usual referencia a lo “socio-sanitario” como contexto de referencia para la resolución de la principal problemática de los mayores. Como afirma el Defensor del Pueblo: “la demanda socio-sanitaria es, pues, una realidad”⁹⁶.

⁹⁵ Vid. número monográfico de Geriátrica, Vol. 16, núm. 7, 2000. De especial interés es también la primera Conferencia Nacional de Consenso sobre el Anciano Maltratado, celebrada en Almería el 4 de mayo de 1995 y en el curso de la cual se aprobó la llamada “Declaración de Almería”; cfr. KESSEL, H. y cols: “Primera Conferencia Nacional de Consenso sobre el Anciano Maltratado”, Revista Española de Geriátrica y Gerontología, Vol. 31, núm. 6, 1996, pp. 367-372.

⁹⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO: “La atención socio-sanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos”, op. cit., p. 24.

El tratamiento multidisciplinar es preceptivo, y ya no solo porque han de concurrir por lo anteriormente dicho, profesionales sanitarios y no específicamente sanitarios, sino porque incluso en el caso de los primeros –especialmente- el abordaje de la intervención requiere la concurrencia de distintos especialistas de medicina familiar y comunitaria, neurología, psiquiatría,... y, por supuesto, muy especialmente de otros profesionales no médicos, y el caso del personal de enfermería alcanza un protagonismo incuestionable.

En el contexto de todo lo anterior, siempre ha de estar presente un hecho de especial relevancia: estamos refiriéndonos en particular al ingreso “involuntario” con lo que el adjetivo lleva consigo. Es decir, estamos refiriéndonos a una privación de libertad, con todo lo justificada que esta sea. Existe pues un plano ineludible, el de las garantías. Superada en buena medida la etapa del paternalismo desmedido que todo lo justificaba por el “bien” del paciente, bien que se calificaba por personas ajenas a él, la autonomía hoy se erige en principio incuestionable en el ámbito de las decisiones sanitarias (socio-sanitarias). Ahora bien, esta autonomía ha de ser real, razonablemente real. Personas no dotadas de una capacidad de autogobierno carecen de tal “real” –es decir, constatada- autonomía, y es entonces cuando el ordenamiento jurídico justifica la intervención sin el consentimiento del sujeto concernido, aunque siempre por mor de una causa justificada. Ahora bien, esa intervención, por justificada que sea, demanda la presencia de unas garantías en su aplicación. No podía ser de otro modo.

En efecto, es cierto que en lo prestacional se ha llevado a cabo una especialización que se materializa en dos modelos asistenciales: el sanitario y el socio-asistencial o socio-sanitario. Ahora bien, en el plano de las garantías esta distinción no puede en modo alguno justificar una reducción del ámbito de aplicación de los esquemas e instrumentos de protección del individuo. No hay razón para ello. El marco de protección del sujeto que ve restringida, y en buena medida anulada, su libertad de decisión, su autogobierno, su autonomía, se justifica jurídicamente –precisamente- por una doble razón: la existencia de un trastorno/enfermedad psíquica y la consiguiente –por generalmente necesaria- restricción de la libertad personal. Ambas notas concurren, obviamente, en el caso de los ingresos psicogeriátricos. En otras palabras, en este tipo de casos mal puede negarse a la especie (“anciano demente”) lo que se afirma del género (“trastornado psíquico”), cuando precisamente la única especificidad en la primera categoría es la edad, siendo nota esencial en

ambos casos el trastorno/enfermedad psíquica. La edad, en definitiva, bajo ninguna excusa puede servir de causa de justificación de una discriminación.

La vejez ha de afrontarse desde el Derecho, más ante todo desde la humanidad. Desde lo primero, baste la modesta aportación que antecede por parte de quien esto escribe. Lo segundo, es más complejo y más difícil de afrontar. Remite ya no solo al mundo de los medios, medidas o recursos. Es otro mundo, impregnado de sensaciones y sentimientos. Hace tan solo un mes enterré a mi madre. A sus 89 años fue un buen ejemplo de envidiable salud mental. Mis hijos, Andrea, Paula y Víctor, fueron testigos y beneficiarios de ello. Mi madre, murió en brazos de sus nietos. Tuvo la suerte de acabar sus días entre los suyos y con plena salud mental. No siempre esto es posible. En este terreno siempre ha de recordarse la inevitabilidad del final de nuestros días con las palabras de Edipo: “La vejez y la muerte a su tiempo sólo a los dioses no alcanza”⁹⁷. Y es que, además, no siempre el adiós a la vida puede ser lúcido. Cuando lo es, algo de grata tiene la postrera despedida, ya que:

“El hombre que ha sido lo bastante afortunado para verse despedido suavemente por la vejez, en lugar de arrancado de súbito a la vida; el hombre que ha podido retirarse de la vida paso a paso, ¿no es cierto que ha de dar gracias a todos los dioses de haber llegado bien rico de días a aquel reposo necesario a todos, agradable para el fatigado?”⁹⁸.

⁹⁷ SÓFOCLES: “*Edipo en Colono*”, 609, en *Tragedias*, Gredos, Madrid, 2000, p. 293.

⁹⁸ SÉNECA, *Lucio Anneo*: *Cartas morales a Lucilio*, op. cit. p. 78.

ANÁLISIS MÉDICO-LEGAL DE LA NUEVA TABLA VI DE LA LEY SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR

(Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación
y adaptación comunitaria de la legislación sobre
seguros privados).

Prof. Dr. Claudio Hernández Cueto
Profesor Titular del Departamento de Medicina Legal y Toxicología
Director del Master Universitario en Valoración Médica del Daño Corporal
Universidad de Granada

1. INTRODUCCIÓN: Razones para una nueva Tabla VI.

La modificación de la Tabla VI del sistema de valoración de secuelas contenido en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privado, obedece – según se manifiesta en el propio título de la Ley 34/2003 – a la necesidad de adaptar la legislación sobre seguros privados a la normativa de la Unión Europea.

El baremo más empleado y conocido en nuestro país, el “baremo de tráfico”, apareció en su día como modificación y ampliación de un texto anterior y albergado en una disposición adicional de la Ley 30/95. Aunque absolutamente relacionado con el seguro privado y su regulación, apareció formalmente adherido a la cola de Ley, como si fuera adenda de última hora.

Parece ser este el destino habitual del baremo español más importante de los contemplados nunca en nuestro Ordenamiento, Ahora, una detenida lectura de la exposición de motivos de la Ley 34/2003, nos demuestra que ninguna de las razones expuestas justifica realmente el cambio de la Tabla VI incluido en el artículo 3º.3 de la misma.

Realmente nada impedía hacerlo. De hecho es lógico que un baremo deba ser periódicamente modificado. Así se hace con los más prestigiosos, por ejemplo: Las *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment* que la Asociación Médica Americana modifica y amplía periódicamente, incluidas en nuestro Ordenamiento para el reconocimiento de la condición de minusválido. Así veníamos requiriéndolo multitud de profesionales desde hacía tiempo y ello no es indicador de que se tratara de una mal baremo, sino de una necesidad habitual en este tipo de herramientas de medida que, por definición, son inexactas e incompletas y precisan de reajustes tras un periodo de aplicación que permite conocer sus limitaciones, excesos y ausencias. La evolución tecnológica y científica de la Medicina se suma a esta exigencia, determinando que aspectos concretos queden obsoletos y precisen de actualización. Por ello quiero dejar bien claro en este inicio que opino que un baremo se debe modificar y este era un buen momento para hacerlo.

Lo que también parece cierto es que, al igual que en el año 1995 podía haber merecido un texto claro e independiente, ahora hubiera merecido al menos una adecuada justificación real, sobre todo dado que en los años transcurridos desde su inicial publicación ha demostrado

su indiscutible utilidad e incrementado su importancia. En la exposición de motivos de la Ley 34/2003 se señala:

“En el ámbito de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, se efectúan tres modificaciones...la tercera tiene por objeto la tabla VI del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que figura como anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, respecto de la que la experiencia acumulada desde su entrada en vigor aconseja introducir ciertas modificaciones”.

Es decir, no es la necesidad de adaptación a la normativa comunitaria la que justifica el cambio, tal y como la Ley 34/2003 señala en su propia denominación, sino reajustar el baremo tras su empleo durante unos años.

Las palabras son importantes y pueden inducir en este caso a pensar que no sólo la normativa comunitaria justificaba el cambio, sino que además dirige la forma de ese cambio.

Indico esto porque la cuestión no es si se debía modificar la Tabla VI y cuándo hacerlo, sino por qué se va a hacer ahora dicho cambio, con qué criterios y cómo. Estas últimas cuestiones son las que en el capítulo introductorio de la Ley debían estar aclaradas.

¿Cuáles pueden ser las verdaderas razones de esta modificación? La primera de ellas ya ha sido expuesta: la necesidad de adecuación y actualización de todo baremo al uso. Pero, tras una lectura detenida, podemos llegar a la conclusión de que otras diversas también justifican el cambio y son las que pretenderé conocer al final de este breve análisis.

Un última reflexión previa cabe hacer: establecida a necesidad y conveniencia de la actualización, sorprende que sólo se modifique la Tabla VI y no otros apartados del sistema albergado en la disposición adicional octava de la Ley 30/95. Es absurdo pensar que sólo la Tabla VI contenía defectos o ausencias notables, e indiscutible que otros apartados del mismo se beneficiarían de modificaciones que también la experiencia de estos últimos años viene aconsejando.

2. LA UTILIDAD DE UN BAREMO.-

No es objetivo de este análisis profundizar en el estudio de los baremos y su utilidad. Pero al afrontar la

nueva Tabla VI dos principios esenciales no deben ser olvidados:

- 1º. Un baremo es tan sólo una herramienta.
- 2º. La antigua tabla VI de la Ley 30/1995 era una herramienta, como expresa el propio texto de la referida ley, para cumplir –entre otros- con el objetivo social del sistema de seguros. También para ofertar un criterio común que permita uniformizar la valoración y, como consecuencia las decisiones que de ella se deriven tanto en el ámbito judicial, como por medio de acuerdos amistosos.

El primero de estos principios es frecuentemente olvidado y ello es un grave error. Un baremo no debe ser otra cosa que una herramienta para medir daños a las personas, aunque haya algunos que prevean otras situaciones como le sucede al nuestro (muerte, periodo de baja y factores de corrección diversos). Si un baremo es una herramienta, es un medio y –por definición- no es un fin. Es decir, la valoración de daños personales no consiste exclusivamente en conocer las secuelas que una persona presenta, medirlas o cuantificarlas con el baremo y obtener un cifra indemnizatoria. Todos los que trabajamos en este ámbito sabemos que la finalidad última del sistema de seguros es el resarcimiento íntegro de los daños y ello no queda comprendido en la conclusión que el baremo nos permite obtener, sino que son muchos más los elementos a introducir por el profesional de la Medicina en la valoración de daños y más numerosos aún los que debe considerar el profesional del Derecho para alcanzar la reparación integral de daños personales que la Doctrina ha expresado reiteradamente y nuestro Ordenamiento pretende.

Si se olvidan los principios antes formulados, nos encontramos –como sucede frecuentemente- con casos de informes médicos de valoración de daños personales cuya conclusión definitiva es la cifra de cuantificación que se obtiene mediante el baremo y con acuerdos o con sentencias francamente reducidas por centrarse en dicho aspecto y, si acaso, adornarlos con la guarnición de los elementos complementarios previstos en el baremo, en forma de factores correctores diversos, y no otros. Ello es sencillamente injusto y contrario al espíritu de nuestro Derecho.

Por ello sirva acaso esta modificación de la Tabla VI como recordatorio de la verdadera utilidad de un baremo: **una herramienta para cuantificar secuelas o daños permanentes**. Su resultado debe ser sólo una conclusión más de las muchas que estamos obligados a obtener para

aproximarnos a esa utopía de obligada persecución que es la reparación integral del daño.

3. LA NUEVA TABLA VI: Aspectos generales.

Si bien la llegada de un nuevo baremo o uno modificado, por las razones antedichas, debe ser bien recibida, es cierto también que la primera impresión que produce es la reducción de la valoración cuantitativa en puntos de la mayoría de las secuelas con respecto a la versión anterior. Este es un aspecto que intentaré analizar más adelante.

Tras esa primera aproximación, dos aspectos generales destacan:

- 1º. Las Reglas de Carácter General, al inicio.
- 2º. El nuevo tratamiento del Perjuicio Estético, al final.

3.1. Reglas de Carácter General.-

En principio estas reglas generales hay que tomarlas como tal es decir: como instrucciones de manejo, y no como axiomas médicos o médico-legales indiscutibles. Las afirmaciones que incluyen son obvias para el experto y la buena aplicación del baremo depende de que sean respetadas. Otra cuestión es su necesidad y su lógica, lo que intentaremos analizar ahora.

3.2.1. Regla 1.-

“La puntuación otorgada a cada secuela, según criterio clínico y dentro del margen permitido, tendrá en cuenta su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional, sin tomar en consideración la edad, sexo o profesión.”

Parece razonable, a la vista no ya de la Tabla VI, sino de todo el baremo, que a la hora de valorar en puntos una secuela, el perito médico no tenga en cuenta edad, sexo o profesión. La edad está considerada en la Tabla III, donde se asigna un valor económico al punto en función de dicho parámetro entre otros. La profesión o, mejor dicho, la incidencia de la secuela sobre la profesión se prevé en la Tabla IV en forma de Factores de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, o en la Tabla V, al apreciarse la indemnización por Incapacidad Temporal por días y distinguiendo entre hospitalarios y no hospitalarios e impeditivos y no impeditivos. En cuanto al sexo, tampoco es influyente a la hora de decidir la puntuación a

asignar a una secuela. Es cierto que hay secuelas ligadas al sexo ineludiblemente, como la pérdida de un testículo o de un ovario, pero en su valoración nunca entra el sexo contrario para decidir la puntuación, por tanto el sexo no es un factor a considerar.

Se llega así a la conclusión de que efectivamente ninguno de los factores excluidos ahora era necesario excluirlos, ya lo estaban.

Se añade que la valoración se hará en función de su intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional. Evidentemente debe ser así, ya lo era en la anterior versión y así es en todos los baremos.

La conclusión es clara y desalentadora: la primera regla es absolutamente innecesaria y muchos de los aspectos que introduce se consideran en otros apartados del baremo distintos a la Tabla VI, por lo que su inclusión aquí, además de inútil, es errónea.

Debe destacarse de esta primera regla el término **“Criterio Clínico”** ya que, como iremos comprobando, se trata este del principio rector de elaboración y empleo de la nueva tabla. El criterio médico, fundamentado en la valoración clínica del paciente es el que debe llevar a la consideración y cuantificación del daño personal, apoyándose en la forma clínica de valoración, con pruebas clínicas adecuadas que objetiven los daños y los midan con la máxima precisión posible.

3.2.2. Regla 2.-

“Una secuela debe ser valorada una sola vez, aunque su sintomatología se encuentra descrita en varios apartados de la tabla, sin perjuicio de lo establecido respecto del perjuicio estético. No se valorarán las secuelas que estén incluidas y/o se deriven de otra, aunque estén descritas de forma independiente”.

La duplicidad de valoraciones, es decir: la posibilidad de que una misma secuela sea valorada más de una vez ha sido objeto de dura discusión durante los últimos años y es evidente que esta segunda regla pretende intervenir en dicha discusión para acabarla, aunque hay algunas situaciones especiales que merecen un estudio más detenido.

Me parece acertado que un nuevo texto pretenda resolverlo pero no se ha hecho sólo gracias a esta afirmación de la segunda regla sino sobre todo a otras modificaciones puntuales que se ha introducido a lo largo del contenido de la Tabla VI. Por ejemplo, una artrosis post-traumática de cadera podía conllevar, según el caso,

limitaciones de movilidad mayores o menores, dolor de más o menos intensidad, cojera, etc. Ello determinaba que antes en algunos casos los elementos a considerar con una secuela de esta naturaleza, si se trataba de un caso grave y mal evolucionado, fueran numerosos y arrojaran considerable puntuación. Muchos opinaban que al valorar la lesión artrósica se valoraba el resto de los elementos que la acompañaban, pero en la anterior redacción de la Tabla VI la coexistencia de todos esos factores que podían ser valorados en un mismo caso sin regla alguna en la Ley que lo excluyera permitía una valoración más amplia que, como digo, llevaba a frecuente discusión. La nueva Tabla VI termina con ella, pero no merced a la segunda regla, sino a modificaciones muy puntuales, al atender la estimación de secuelas una a una. En este caso, el baremo señala en su capítulo cinco dedicado a la extremidad inferior y la cadera: “Artrosis postraumática (incluye las limitaciones funcionales y el dolor) 20-35 puntos”, lo que finaliza la discusión, asignándole más puntos a los casos más graves y con peores consecuencias dentro del intervalo entendiendo que se puntúan tres elementos a la vez: artrosis (lesión anatómica), limitaciones de movilidad (lesión funcional) y dolor.

Igual sucede con otras muchas situaciones como las hernias y las profusiones discales que se valoran ahora por segmentos y no una a una; las amnesias, en cuya valoración queda incluido ahora el deterioro de las funciones cerebrales superiores integradas (para la amnesia de fijación) y el síndrome postconmocional (para la amnesia de evocación); la artrosis postraumática de rodilla, donde se incluyen también las limitaciones funcionales y el dolor; así como otros casos.

Puedo concluir así este apartado afirmando que la segunda de las Reglas Generales, además de obvia, es innecesaria, habiéndose resuelto parcialmente el problema con cambios puntuales como los antes relacionados. Digo parcialmente porque hay situaciones similares tratadas de forma diferente. Es el caso de la Artrosis postraumática Subastragalina (5-8 puntos) que no incluye las limitaciones de movilidad del pie y el dolor, por lo que – en caso de presentarse con cierta intensidad- podrían valorarse aparte como antes sucedía en todos los casos. Igual sucede con la Pseudoartrosis de Tibia inoperable (25-30 puntos) y otros supuestos.

3.2.3. Regla 3.-

“Las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, no tienen la consideración de lesión permanente, pero se han de va-

lorar de acuerdo con las reglas del apartado a) de la Tabla V, computando en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración después de haberse alcanzado la estabilización lesional.”

Si bien las dos primeras reglas son innecesarias, esta última es uno de los mayores dislates de la reforma de la Tabla VI, desde el punto de vista médico-legal. Una Regla General para la Tabla VI que realmente tiene que ver con la Incapacidad Temporal de la Tabla V, no merecería mayor comentario.

Para el no iniciado se podría aducir que esta regla pretende evitar que se asigne la consideración de secuela o daño permanente a trastornos temporales de corta o media evolución. Aunque la Medicina no es una ciencia exacta y es cierto que hay casos en que la evolución de un determinado paciente con una patología concreta puede ser incierta y prolongada, no es admisible la confusión que sugiere la regla, salvo por desconocimiento de la Medicina o por intención. Considerar un trastorno temporal, componente propio del periodo de baja, como secuela es, salvo muy contadas excepciones susceptibles de discusión médica, un error conceptual grave.

Sin embargo, el término “medio plazo” admite consideraciones más elásticas si leemos con detenimiento el baremo, ya que contempla secuelas que podrían evolucionar hacia la curación o estabilización en dicho periodo de difícil definición. Sirvan los siguientes ejemplos:

- El Síndrome postconmocional (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, de la memoria, del carácter, de la libido) (5-15 puntos).
- Los Trastornos neuróticos por estrés postraumático (1-3 puntos) u otros trastornos neuróticos (1-5 puntos).
- Las Algias postraumáticas de columna (1-5 puntos).
- Todo material de osteosíntesis cuya permanencia no sea totalmente imprescindible.
- La Gonalgia Postraumática Inespecífica (1-5 puntos).

Y otras muchas patologías susceptibles de desaparecer o curar (como el material de osteosíntesis) o mejorar considerablemente (las algias gracias a la retirada del material de osteosíntesis o la fisioterapia; los trastornos emocionales leves gracias a la psicoterapia y/o al cambio de condiciones de vida, etc.) pasando a no ser daños

permanentes, sino trastornos temporales de media evolución y que deberían ser tratados por medio de la Tabla V.

Aunque las reglas en Medicina nunca pueden satisfacer todas las situaciones posibles y todos los casos, es aconsejable seguir el criterio médico-legal de curación en las lesiones. Este criterio se fundamenta en tres aspectos:

1. ¿Se ha aplicado el máximo de tratamiento posible?
2. ¿La evolución se ha producido al máximo esperable?
3. ¿Se puede reincorporar el paciente a sus tareas habituales?

El máximo tratamiento posible debe entenderse en la doble acepción de máximo que la Medicina actual puede ofrecer o máximo que el paciente acepta, ya que puede haber casos en que sea posible una última terapéutica y que el paciente rechace por motivos variados. La evolución esperable es la que la Medicina conoce según la casuística para ese tipo de patología, aunque siempre pueda existir alguna excepción. La reincorporación a las tareas habituales puede ser completa, parcial, a tareas diferentes o incluso francamente limitada, pero debe entenderse como aquel momento en que la sumisión a un tratamiento curativo o reparador no tiene sentido y la actuación médica finaliza. Para este último criterio sólo se presenta la excepción de los estados de coma prolongado, como el Estado Vegetativo Persistente, en los que se aplican criterios clínicos de estabilización, por ejemplo: un año de evolución tras la instauración del coma.

Si a las tres cuestiones planteadas puede responderse positivamente podremos fijar el momento de curación. Patologías intermedias, como las que antes refería, habrán evolucionado, el tratamiento se habrá aplicado y se habrán resuelto en mayor o menor medida. Deberá considerarse entonces que la curación se ha producido y el trastorno temporal (que no puede ser considerado secuela) ha acabado. No se producirán así errores de apreciación que lleven a confundir una situación temporal con una permanente o secuela. Es cierto que ello podrá determinar en algunos casos un alargamiento del periodo de baja, pero será médicamente correcto al ajustarse a la realidad clínica del caso, y no se producirá el error que esta regla general intenta evitar.

1.2. El nuevo tratamiento del Perjuicio Estético.-

Formalmente se han modificado los términos empleados para los dos niveles superiores: “Muy Importan-

te” pasa a calificarse “Bastante Importante” y “Considerable” se transforma en “Importantísimo”. La escala de puntuación se reduce dado que antes podía llegar hasta 100 (20 ó más) y ahora se limita a un máximo de 50 puntos que se asimilan a un menoscabo correspondiente a un porcentaje del 100 por cien.

Aclarando de antemano que el sistema de valoración del perjuicio estético tanto en esta Tabla VI, como en la anterior, lo considero complejo en todas las ocasiones, incompleto en muchas e injusto en gran número de casos, como intentaré explicar más adelante, debo señalar aquí que la limitación de valoración máxima a 50 puntos me parece un error. Sería posible el caso de un gran quemado cuya secuela final sea exclusivamente la estética. Se calificaría entonces, según esta Tabla VI, de Perjuicio estético Importantísimo y se le asignaría un valor de 50 puntos, es decir menos que muchas situaciones de secuelas múltiples medias o menores que consideradas en conjunto superarían dicha puntuación. Considero que, si deseamos valorar el perjuicio estético, debe dejarse hacerlo y no ponerle limitaciones, así como no admitir excesos. En ese sentido la escala de valoración anterior era más adecuada.

En el caso del Perjuicio Estético el número de Reglas de Utilización es numeroso, algunas de ellas ya conocidas puesto que se han ido desarrollando y aplicando conforme el baremo ha sido empleado y conocido en sus limitaciones y necesidades, como la no consideración de la edad del lesionado (prevista ya en la Tabla III) o del sexo, así como la no consideración del perjuicio profesional que debe ser contemplado mediante el factor corrector correspondiente. El resto de las reglas son novedosas y merecen un examen detenido:

“1. El Perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona; constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato; refiere tanto a su expresión estática como dinámica.

2. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de salud supone, a su vez, la existencia de un perjuicio estético se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponda a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética.

3. El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adju-

dicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes.

4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por cien.

5. La puntuación del perjuicio estético se ha de realizar mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial.

6. El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección. La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio.

7. El perjuicio estético importantísimo corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal...”.

No reproduciéndose aquí las reglas 8 y 9 por haber sido comentadas antes.

Señalaba antes mi desacuerdo con este sistema de valoración del Perjuicio Estético, tanto en la versión anterior como en la actual de la Tabla VI, por la confusión a la que conduce a muchos peritos y a muchos profesionales del derecho de la capacidad médica para valorar la estética.

La imagen de una persona, término empleado en la primera regla, es un elemento de compleja apreciación que sobrepasa con mucho la función y capacidad de un perito médico valorador. Al igual que una obra de arte puede atraernos o producirnos repulsa en virtud de los más variados argumentos (que han llevado a muchos especialistas en la materia a afirmar que Arte es aquello que te gusta), el aspecto de la imagen de una persona y su valoración estética está sujeto a esos mismos factores

definidores. El tono de voz, la vestimenta, el lenguaje no verbal, los gestos, la postura y un larguísimo etcétera constituyen elementos que determinan la repulsa o la atracción que alguien produce en alguien, y dicho juicio varía considerablemente con el observador. No hay que olvidar que la Tabla VI, siempre por debajo del arbitrio judicial, **es una herramienta médica para criterios médicos que quedan plasmados en un informe médico, por lo que los elementos que debe manejar han de ser exclusivamente médicos.** Evidentemente la modificación de la imagen de una persona no es uno de esos elementos, al menos en el sentido tan amplio con que se expresa aquí. Es cierta la existencia de secuelas que provocan un trastorno de la normal forma y su consideración en este aspecto de trastorno **de la forma normal**, tan repetidamente manifestada en nuestra Jurisprudencia, debe ser —entre otras— médica. La amputación de un miembro, de una mama, el hundimiento del macizo facial, la actitud general del hemipléjico, son algunos de esos trastornos médicos que deben ser considerados en la puntuación que se le asigna a la secuela concreta en su capítulo correspondiente. Dentro del intervalo de puntuación que a una amputación corresponde, el médico valorador deberá considerar la propia amputación, sus consecuencias en la dinámica osteoarticular, la posible adaptación de prótesis, el dolor, etc. para elegir una puntuación definitiva. Igual sucede con las cicatrices. En algunos casos su intensidad y ubicación precisan del criterio médico. Por ejemplo cuando modifican la mímica facial, cuando limitan la movilidad corporal, cuando comprometen el crecimiento, etc. pero no cuando no producen estos efectos. En el caso de cicatrices sin repercusión funcional, se trata de secuelas que en muchas ocasiones evolucionan a mejor en un plazo de tiempo medio (las únicas), razón por la que las posibles reparaciones no se evalúan hasta transcurrido un plazo de evolución medio. Si como insisten en señalar las reglas 1, 2 y 3 el perjuicio estético a considerar por este sistema es diferente al perjuicio fisiológico, es decir: anatómico, funcional y/o psicológico, no se trata de un elemento que deba ser valorado por un médico. El médico valorador debe centrar su estudio en aspectos médicos exclusivamente y aquí deberíamos referirnos a trastornos de la piel (cicatrices), cosa que es imposible porque la Tabla VI sigue adoleciendo, y lo considero un gravísimo defecto, de un capítulo dedicado a este importante órgano.

Las reglas 4, 5, 6 y 7 se refieren a instrucciones básicas de manejo del sistema que no merecen aquí mayor atención, salvo que —al igual que en la tabla VI anterior— se acepta que se resarza pagándose además el coste de la reparación de cirugía plástica si esta es posible. Ello me

ha parecido siempre injusto para el pagador que debe abonar por la secuela, por repercusión estética y por su reparación. Este principio debería haber estado limitado a situaciones excepcionales y no a la totalidad de los casos donde el trastorno estético suelen ser cicatrices de importancia menor o media. Es como si el pagador afrontara el pago de la pérdida de una pieza dentaria y el presupuesto de colocación de una prótesis, la pérdida traumática del bazo y el coste de la intervención de esplenectomía urgente, la fractura de un cuello de fémur con la consiguiente colocación del material de osteosíntesis (que el pagador afronta en forma de tal secuela considerada en el baremo) y el coste de la intervención de colocación de dicha prótesis, además del precio de la propia prótesis. Si ese fuera el criterio unánime, podría aceptarse, pero que sólo lo sea para el Perjuicio Estético, acaso porque su reparación se produce más tarde, me parece absurdo e injusto.

En general, si el Perjuicio estético que el sistema pretende indemnizar es efectivamente en la mayoría de las ocasiones un elemento diferente al resto de las secuelas, y por ello precisa de un capítulo especial y apartado con numerosas reglas de utilización que dirijan al valorador, hubiera sido más acertado preverlo en esos términos como un factor de corrección que incrementara la indemnización en un determinado porcentaje, como sucede con otros elementos extra-médicos pero relacionados con la situación del lesionado. Sólo los factores médicos de la alteración de la normal forma, como antes comentaba, deberían considerarse dentro de la relación de secuelas que la Tabla VI se propone recoger.

La existencia de este amplio número de reglas, tanto al inicio de la Tabla, como para el capítulo especial del perjuicio estético, son indicativas de un hecho más importante y grave que debe ser destacado. Está relacionado con las más frecuente problemática que este baremo ha planteado a lo largo de los años en que se viene empleando. A parte de modificaciones puntuales que la Tabla VI precisaba, alguna de las cuales se han realizado en esta nueva versión como pretendo analizar más adelante, la mayoría de las novedades que la tabla plantea se centran en reglas de carácter general, a modo de muletas que sostengan a quien lo utilice, no verdaderamente necesarias. La razón que justifica esto es la ausencia de formación y especialización de los profesionales que la utilizan.

No me refiero a la posible utilización de profesionales del Derecho que experimentan con el baremo para mejor orientar sus casos, debiendo reconocer además que algunos lo hacen con bastante habilidad, aunque la au-

sencia de formación médica les impide un estudio profundo y crítico de cada caso. No hay que olvidar aquí lo referido en la primera regla general de esta Tabla VI, a la que quiero hacer de nuevo referencia más adelante: la puntuación debe otorgarse a cada secuela, dentro del margen permitido, según criterio clínico, exclusivo de los médicos y profesionales afines.

Centrándonos en el ámbito de los profesionales de la Medicina, he reiterado –y debo insistir aquí– sobre la sorpresa y desaliento que produce nuestro procedimiento en lo que se refiere a la pericia al no reservarla exclusivamente para el especialista, sobre todo en lo que se refiere a la pericia médica, acaso la más frecuente de todas. Mientras que nadie en su sano juicio permitiría ser operado de un tumor cerebral por un ginecólogo, la colocación de un implante dental por un psiquiatra o el tratamiento de una grave cardiopatía por un dermatólogo, sino que en cualquiera de esos casos la norma es acudir al profesional especializado, la mirada de profesionales que pueden intervenir en una prueba pericial médica (incluyendo la valoración del daño corporal) es asombrosa: traumatólogos, neurólogos, psiquiatras, médicos sin especialización alguna, médicos de compañías de seguros o mutuas que además, etc.

Valorar el daño corporal exige una formación especializada, y emitir y defender un informe médico pericial también. Dicha formación específica corresponde a una única Especialidad Médica: La Medicina Legal y Forense. Una formación específica, aunque menor, se obtiene también hoy en día en los Master sobre el tema que se imparten en muchas Universidades. El resto de los profesionales médicos podrán tener una amplia experiencia clínica, profundos conocimientos médicos, una o más especialidades en su haber, pero escasa o nula formación en temas como la propia regulación legal de la pericia, conocimientos sobre la Ley y la responsabilidad civil, sobre la invalidez y la incapacidad, sobre los distintos baremos existentes y cuáles son los asumidos por nuestro Ordenamiento, sobre el perjuicio estético y su alcance, acerca de los daños morales y su significado y otros elementos. Es decir, no serán capaces de conocer exactamente qué, de toda la información médica, es esencial para facilitar la reparación integral de los daños y qué cosas son superfluas desde la perspectiva médico-legal. Sus intervenciones periciales llevan a errores, en muchas ocasiones a los mismo errores, que se repiten una y otra vez y exige de reglas generales que les auxilien cuando realmente, como hemos visto, son innecesarias o absurdas.

Se considera clásica la afirmación del Prof. Pierre Müller, uno de los padres de valoración de daños y Director del Instituto de Medicina Legal de Lille en Francia, que un buen perito con un mal baremo realizará un buen informe, lo que no sucede necesariamente en la situación contraria.

4. LA NUEVA TABLA VI: Relación de secuelas.

La terminología empleada a la hora de relacionar las secuelas en esta nueva Tabla VI ha mejorado con respecto a la versión anterior. Los nuevos términos empleados son más correctos, con una más ortodoxa terminología médica, más concretos y mejor expresados. Se ha pretendido introducir un sentido clínico de la valoración de la secuelas, lo que es acorde con la primera regla general, varias veces mencionada, de que sea el criterio clínico el elemento rector del empleo de la tabla a la hora de determinar las secuelas existentes y asignarles una puntuación concreta.

La estructuración por capítulos es prácticamente similar a la anterior versión acertando además al situar correlativamente la valoración de extremidades superiores e inferiores y eliminar el término sistema nervioso central del capítulo siete. Continúa adoleciendo de ausencias importantes previstas en otros baremos internacionales de referencia como la piel, el dolor o el daño psíquico tratados específica e independientemente. Así mismo, según he expresado antes, merecería de la supresión del capítulo especial sobre Perjuicio estético cuya valoración debería estar inmersa en la propia relación de secuelas cuando fuera clínicamente importante cosa que hace veladamente en algunas ocasiones. Por ejemplo: la pérdida de un testículo (20-30 puntos) vale más que la de un ovario (20-25 puntos), lo que se explica exclusivamente por las consecuencias estéticas que la pérdida de la gónada masculina produce al encontrarse fuera del abdomen (aunque, sorprendentemente, la pérdida de ambos –sea masculino o femenino- vale igual: 40 puntos).

De forma general cabe destacar los siguientes aspectos:

- 1º. Parece haber una reducción general de valor en puntos para las secuelas, aunque hay casos de incremento, si bien analizaremos esto con detenimiento más adelante.
- 2º. Los intervalos de puntuación no existen para algunas secuelas sino que se valoran con una puntuación única, lo que ya sucedía en la anterior versión de la Tabla. En la mayoría de las ocasiones se trata de se-

cuelas fijas, en las que no hay márgenes clínicos para la valoración (p. ej.: amputación bilateral del primer dedo, anquilosis de cadera en posición funcional o amputación bilateral del brazo), ni situaciones intermedias que valorar, por lo que el intervalo de puntuación no tiene sentido.

4.1. Capítulo 1: Cabeza.-

4.1.1. Cráneo y cabeza.-

El número de supuestos de posibles secuelas se ha reducido considerablemente, al igual que sucede en la mayoría de los capítulos, habiéndose eliminado una amplia relación de secuelas, como:

- Manifestación de diabetes mellitus latente (10-15).
- Foco irritativo encefálico postraumático sin crisis comiciales y en tratamiento (1-5).
- Cuero cabelludo: cicatriz dolorosa o neuralgias (2-12).
- Epilepsia:
 - Una crisis aislada sin tratamiento (2-12)
 - Una crisis aislada con tratamiento (9-10)
 - Una-dos crisis anuales (24-25)
 - Una-dos crisis mensuales (29-30).
- Déficit de coordinación psíquica (10-20).
- Disminución de la atención (2-15).
- Capacidad de respuesta disminuida (5-15).
- Pérdida de capacidad intelectual.
- Psicosis postraumáticas (30-40).
- Desorientación témporo-espacial (10-20).
- Síndrome de Moria (25-35).
- Síndrome demencial (75-95).

Y otros muchos. Realmente en la mayoría de los casos no se trata de una verdadera desaparición, sino de que se han cambiado a términos clínicos más adecuados, o reunidos varios de ellos bajo un término más moderno y adecuado. O se ha cambiado el criterio de clasificación siempre regido por otro más clínico.

Por ejemplo, los trastornos de las funciones cerebrales superiores integradas, generalmente derivados de traumatismos craneoencefálicos, valorados mediante pruebas específicas y en especial mediante la Escala de

Coma de Glasgow, la más habitual herramienta clínica en este ámbito, se deben valorar mediante este criterio clínico y se sistematizan en cuatro grados (leve, moderado, grave y muy grave) en función de la limitación en el desarrollo de funciones interpersonales y sociales que el trastorno produce. Igual criterio se emplea para los trastornos orgánicos de la personalidad. También el puro criterio clínico se emplea con acierto para la valoración de afasias y agnosias.

Para mejor ilustrar se reproduce aquí la Escala de Coma de Glasgow desarrollada por Teasdale y Jennet en 1974:

GLASGOW COMA SCALE	
Variable	Puntuación
<i>Apertura de Ojos</i>	
Espontánea	E 4
Al hablar	3
Al dolor	2
No	1
<i>Mejor Respuesta Motora</i>	
Obedece	M 6
Localiza	5
Retirada	4
Flexión anormal	3
Respuesta extensora	2
Ninguna	1
<i>Respuesta Verbal</i>	
Orientado	V 5
Conversación confusa	4
Palabras inapropiadas	3
Sonidos incomprensibles	2
Ninguna	1
Valoración del coma (E+M+V)= 3-15	

En el caso de los niños de corta de edad la valoración de las respuestas verbales se realiza según los siguientes parámetros:

Respuesta verbal	Puntuación
Palabras apropiadas, fija la mirada, sigue objetos	5
Tiene llanto consolable	4
Persistentemente irritable	3
Agitado	2

Sin respuesta

1

La gravedad y profundidad del coma inicial está directamente relacionada con la posibilidad de una evolución nefasta a la muerte o al EVP. En este sentido un estudio realizado por los mismos autores sobre 768 casos arrojó los siguientes resultados al relacionar ambos factores:

Puntuación 3-4 : 80% fallecieron o quedaron en EVP.

Puntuación 5-7 : 54% " " " " "

Puntuación 8-10 : 25% " " " " "

Puntuación 11-15: 6% " " " " "

Algunas secuelas aumentan su puntuación, como es el caso de las Hemiparesias: las moderadas pasan de 25-35 puntos a 20-40 y las graves de 35-45 a 40-60. El Estado Vegetativo Persistente o Coma Vigil pasa también su valoración de 90-95 puntos a 100. También los trastornos orgánicos de la personalidad pueden alcanzar valores de 90 puntos en el nivel muy grave, mientras que antes el máximo se fijaba en 80 puntos para graves pérdidas de capacidad intelectual.

El resto de las secuelas de este subapartado reducen su puntuación entre el 20 y el 50%. La epilepsia simple pasa de un intervalo de 10-20 puntos a 1-10, la pérdida de sustancia ósea en el cráneo de 10-15 a 1-5, la ataxia de 30-35 a 10-35, la Hemiplejía de 80-90 a 80-85, los trastornos neuróticos por stress postraumático de 5-15 a 1-3, por citar algunos ejemplos.

4.1.2. Cara: Sistema osteo-articular.-

La reducción de ítems, reuniéndolos bajo términos más adecuados a los principios clínicos es la norma también en este apartado. Desaparece una sola secuela: el callo deformante del hueso malar. El resto se reducen a menor número de supuestos.

La reducción de las puntuaciones es especialmente evidente aquí. Antes la "anquilosis de la articulación temporo-mandibular con dificultad para la fonación y el paso de líquidos" merecía un intervalo de 55 a 65 puntos, y ahora se debe considerar como una "limitación de la apertura de la articulación temporo-mandibular" considerada de 1 a 30 puntos. La "pseudoartrosis del maxilar inferior con alteración de la masticación" merecía antes un intervalo de 20-30 puntos y ahora deberá considerarse como "alteración traumática de la oclusión dental por lesión inoperable" que en el pero de los casos ("sin contacto dental") le corresponde un intervalo de 15-30 puntos.

4.3.1. Cara: Boca.-

Tres secuelas desaparecen en este apartado:

- Pérdida completa de la arcada dentaria con prótesis tolerada (3-8).
- Parálisis de la lengua con alteración (fonación, deglución, masticación) (40-50).
- Ageusia (12).

Aunque en el segundo caso se valorará como parálisis del nervio hipogloso en el capítulo sexto.

Y se introduce una nueva: “Trastornos cicatriciales (cicatrices retráctiles) de la lengua que originan alteraciones funcionales (tras reparación quirúrgica)” (1-5), no habiendo en ningún caso motivos que realmente justifiquen ninguno de estos cambios.

4.1.4. Cara: Nariz. Sistema olfatorio y Gustativo.-

En estos dos apartados desaparece la Rinorrea Permanente (50-60) y se incluyen dos nuevas: la “Disosmia” (2 puntos) y la “Anosmia con alteraciones gustativas” (7-10) que compensa la ausencia de la ageusia antes mencionada.

4.1.5. Cara: Sistema Ocular.-

El tratamiento de las secuelas del sistema ocular se concreta finalmente en la valoración funcional, teniendo en cuenta la agudeza visual restante. Las más importantes secuelas se consideran según este importante criterio clínico (Leucoma, alteraciones postraumáticas del iris, Afaquia, etc.).

Se introducen nuevas secuelas antes no contempladas como el leucoma (valorado según la pérdida del campo visual) y la colocación de lente intraocular (2 puntos).

Las reducciones de la puntuación de las secuelas son menores y se hace mención expresa al Estado Anterior, indicando cómo deben considerarse:

“Si el ojo afectado por el traumatismo tenía anteriormente algún déficit visual, la tasa de agravación será la diferencia entre el déficit actual y el existente”.

4.1.6. Cara: Sistema Auditivo.-

La relación de secuelas que desaparecen en este apartado es numerosa:

- estenosis del CAE (conducto auditivo externo) con pérdida leve de capacidad auditiva (1-4).
- pérdida del pabellón con lesión auditiva (1-4).
- otorrea (2-5).

- síndrome vestibular (2-12).
- rotura-perforación timpánica sin reparación quirúrgica (1-4).
- osteomielitis crónica supurada del temporal fistulizada por el oído (25-30).
- cofosis bilateral (60-70).

Que deberán ser consideradas ahora a través del criterio clínico de la valoración del “déficit de la agudeza auditiva” (1-70). Se considera el Estado Anterior de igual forma que lo antes comentado.

4.2. Capítulo 2: Tronco.-

4.2.1. Columna Vertebral y Pelvis.-

La aplicación de criterios esencialmente clínicos y la fusión de numerosas secuelas anteriormente contempladas, vuelve a ser la norma en este apartado, intensificándose especialmente.

Por el interés que despierta y la alta casuística, merece ser destacada la eliminación del término “Síndrome del Latigazo Cervical” y su sustitución por “Síndrome Postraumático cervical” que deberá incluir los siguientes síntomas: cervicalgia, mareos, vértigos y cefaleas para su consideración. El resto de los trastornos menores deberán tratarse a partir de ahora con el supuesto de “Algias Postraumáticas”, con o sin compromiso radicular, y que han de ser adecuadamente objetivadas. Igual sucede con las desviaciones de columna vertebral que se tratarán ahora como “Alteraciones de la estática vertebral postfractura (valorar según el arco de curvatura y grados)” (1-20) conjuntamente consideradas.

Para la “Estrechez pélvica con imposibilidad de parto por vía natural” dejan de mencionarse factores como la edad o si se tiene hijos previos o no, aunque deberán ser tenidos en cuenta para ajustar la puntuación dentro del intervalo establecido (5-10). En cambio, más adelante, se aplica distinto criterio al valorar la pérdida del útero y exigir se considere si es un suceso pre- o postmenopausia, lo que muestra un criterio totalmente diferente.

4.2.2. Cuello (órganos).-

La “Estenosis de laringe con imposibilidad de esfuerzo” ha sido eliminada (60-75) y sólo podrá ser considerada en los casos de “Estenosis cicatricial que determina disnea de esfuerzo sin posibilidad de prótesis” y con una franca reducción del intervalo de puntuación (15-30).

En este apartado se ha introducido una nueva secuela: la “Estenosis traqueal” que debe valorarse según su repercusión funcional, es decir: “valorar insuficiencia

respiratoria”, lo que insiste en el criterio esencialmente clínico de valoración de las secuelas de esta nueva Tabla VI.

4.2.3. Tórax.-

Este capítulo se ha reestructurado especialmente bien. Se han incluido en él apartados dispersos antes en capítulos donde no correspondía, como: sistema óseo (antes con la columna), pulmones (antes con la columna) y mamas (antes con los órganos de cuello y tórax).

La valoración de las secuelas óseas del tórax se ha reducido y simplificado a una sola: “Fractura de costillas/esternón con neuralgias intercostales esporádicas y/o persistentes” (1-6), habiendo desaparecido:

- fracturas de costillas con consolidación viciosa (2-8).
- Fracturas de costillas con insuficiencia respiratoria (1-3).
- Material de osteosíntesis en fractura costal (1-3).
- fractura de esternón con consolidación viciosa (2-6) o con insuficiencia respiratoria (2-6).

La aplicación del criterio clínico *sensu stricto* conlleva que las situaciones de insuficiencia respiratoria sean valoradas en el apartado correspondiente a la misma, sin ligazón con la fractura costal probablemente recuperada. La consolidación viciosa sin repercusiones dolorosas o funcionales no merece consideración en esta Tabla.

Bajo el epígrafe de Parénquima Pulmonar se han eliminado las secuelas: neumotórax recidivante (2-10), absceso crónico con supuración (30-50), hernia irreductible de pulmón (15-30) y embolismo pulmonar postraumático (3-10), centrándose la valoración de las secuelas en la repercusión funcional, esto es: en la insuficiencia respiratoria derivada de la consecutiva secuela de la lesión traumática.

Llama en este apartado la atención la reducción muy importante de puntuaciones. La resección parcial de un pulmón pasa de 15-30 a 5 puntos, y la total de 40-50 a 12, aunque se valora además y aparte la insuficiencia respiratoria. La parálisis del nervio frénico (1-90) dejar de ser considerada para pasar a valorar sólo la consecuencia funcional (insuficiencia).

La función respiratoria se evalúa considerando la forma restrictiva en cuatro grados o tipos de 1 a 90 puntos, exigiéndose la valoración clínica mediante espirometría.

4.2.4. Abdomen y pelvis (órganos y vísceras).-

En el caso del hígado se valoran las alteraciones hepáticas objetivándolas mediante la estimación de la alteración de la coagulación y los presencia de histolisis y colestasis. Se introduce una secuela novedosa, las lesiones postraumáticas de páncreas (1-15), no previstas en la anterior versión. Siguiendo similares criterios que en los apartados anteriores, las lesiones bazo se evalúan por la repercusión hematológica e inmunológica que conlleven.

Las hernias se considerarán sólo en el caso de ser inoperables, situación que antes no limitaba la antigua tabla VI y que no es comprensible dado que hay secuelas en la tabla en que –a pesar de la reconstrucción- siguen siendo consideradas.

Las lesiones renales han de valorarse según la insuficiencia que generen, considerada mediante la evaluación del aclaramiento de creatinina y alteraciones subsiguientes, es decir, deben ser objetivadas por medio del correspondiente medio clínico.

Para el aparato genital la reducción de supuestos es considerable y se realiza una asignación de puntuación prácticamente similar para ambos sexos, salvo en la comparación de la pérdida de testículos y ovarios, antes comentada al hablar del Perjuicio Estético.

4.3. Aparato cardiovascular.-

El empleo de criterios puramente clínicos, como era de esperar, se hace especialmente patente en este capítulo.

En el caso del corazón la insuficiencia cardiaca se evaluará en función de la fracción de eyección, mientras antes se hacía sólo por la repercusión de esfuerzos de la vida diaria. Para las secuelas del sistema vascular periférico la clasificación se modifica también con un más correcto criterio clínico. La valoración de la repercusión funcional es esencial para evaluar la claudicación intermitente, las fistulas arteriovenosas y las flebitis.

4.4. Extremidad superior y Cintura escapular. Extremidad inferior y caderas.-

Ambos capítulos se inician con una nota orientativa que, reproducida literalmente, dice:

“...la puntuación de una o varias secuelas correspondientes a una articulación, miembro, aparato o sistema (en el caso de que sean varias secuelas tras utilizar la fórmula de incapacidades concurrentes) nunca podrá superar a la que corresponda por la pérdida total, anatómica y/o funcional de esta articulación, miembro, aparato o sistema.”

Esta nueva regla de aplicación intenta responder a una demanda general anterior que defendía que la parte no podía valer más que el todo, debiendo evitarse que la concurrencia de secuelas en una extremidad determinara, como a veces sucedía, que un resultado final de puntuación superior a la puntuación correspondiente a la pérdida completa (amputación) de la misma.

Redactada como hemos visto antes, al hacer referencia a “articulación, miembro, aparato o sistema” parece ser de aplicación para cualquier capítulo de la Tabla VI, pero para ello debería haberse incluido entre las reglas generales y no limitarla a los capítulos cuatro (extremidad superior) y cinco (extremidad inferior), lo que sería más lógico teniendo en cuenta que el principio a defender (la parte no debe valer más que el todo) es genérico y así debería aplicarse.

Para su cumplimiento cada uno de los apartados de estos capítulos (hombro, brazo, codo, antebrazo y muñeca, mano, cadera, muslo, pierna, tobillo y pie) comienzan por considerar el valor de la pérdida completa y se desarrollan con una serie de secuelas cuyas puntuaciones se han reducido para facilitar el cumplimiento de la norma.

Es un principio general que parece lógico pero que no necesariamente se cumple. En algunas ocasiones una amputación no es precisamente el mayor daño. Cuadros residuales artrósicos postraumáticos con francas limitaciones de movilidad, dolor crónico, limitaciones biomecánicas (cojera, etc.), acaso después de varias intervenciones quirúrgicas y prolongada estancia hospitalaria, con instalación de material de osteosíntesis sin éxito, etc. son situaciones de mayor sufrimiento para la persona que la amputación bien evolucionada, con correcta rehabilitación y buena adaptación protésica. Así no necesariamente, en el ámbito que nos ocupa, el todo vale más que las partes. Por ese motivo el Estado Vegetativo Persistente se indemniza en muchos casos más que la muerte y, en buena lógica, así debe ser.

Nuevamente el análisis de ambos capítulos revela una mejor sistematización de las secuelas imperando los criterios clínicos y una frecuente referencia a la limitación funcional.

4.5. Médula Espinal y Pares Craneales.-

Para las secuelas de la Médula Espinal también se ha conseguido en esta nueva versión de la Tabla VI una mejor sistematización. Los criterios de clasificación de la Taetraplejia y la Paraplejia son más correctos, se han incluido diferentes grados de afectación para la hemisección Medular, igual que en el caso del Síndrome de Cola de Caballo. Para las Monoplejias y Paraparesias se unifi-

ca la puntuación para miembros inferiores y superiores. Las puntuaciones en general se han reducido mínimamente, en todo caso no más de un cinco por ciento.

En el caso de los pares craneales se ha realizado una ampliación, contemplándose ahora todos ellos bajo este epígrafe, mientras antes estaban contemplados en otros capítulos en relación a la consecuencia funcional más grave. Así es el caso de los nervios III (motor ocular común), IV (motor ocular interno), VI (motor ocular externo), XI (espinal) y XII (hipogloso). Se mantiene el criterio anterior para el I (olfatorio), II (óptico) y VII (auditivo), que han de valorarse según el déficit visual o de audición en los capítulos correspondientes. En el resto se valorará la secuela contemplada en este apartado, además de la consecuencia funcional llegado el caso. La forma como se recoge la afección del Nervio Espinal (IX par) al que se le asigna un intervalo de 5-20 puntos sin especificar secuela concreta es muy confusa.

4.6. Sistema Nervioso Periférico.-

Este capítulo ha sufrido pocas modificaciones, manteniéndose una relación de secuelas muy similar a la versión anterior, aunque con francas reducciones de la puntuación (hasta del 50%) en algunos casos.

4.7. Trastornos Endocrinos.-

Para este tipo de trastornos se señala textualmente: “*Se valorará en función de las necesidades terapéuticas y de las complicaciones posibles a largo plazo*”. Debiendo ser este criterio el que domine la cuantificación de las secuelas.

Desaparecen el Síndrome suprarrenal y el síndrome paratifoideo. La Diabetes mellitus pasa a considerarse en el capítulo dos como alteraciones postraumáticas del páncreas. La Diabetes insípida consta ahora como Lesiones de Neurohipófisis.

5. VALORACIÓN GLOBAL.-

Siempre he afirmado que criticar negativamente un baremo no es tarea compleja. En general, la crítica negativa no es difícil, pero tampoco útil si no se acompaña de la conveniente matización, de otra opción o de ambas cosas.

Un baremo siempre estará incompleto. La totalidad de las secuelas, toda la patología secundaria a un traumatismo que un ser humano puede padecer no es posible recogerla, sin falta alguna, en un documento de este tipo.

Es además ésta un arma crítica ante la que no existe defensa: determinada secuela no está presente y no hay más que discutir. Puede ser una situación grave si se trata

de una patología frecuente. Pero hay que asegurar que no hay baremo exento de este defecto.

Otra cuestión es la valoración, interpretación y cuantificación de las secuelas que sí están contempladas en un baremo. La crítica de este aspecto no llega a ser tan demoledora como la anterior, ya que la consideración que se le otorga a una secuela concreta en un baremo determinado depende de la subjetividad de quien escribe el baremo y la crítica de la subjetividad de quien lo analiza.

Hago estas afirmaciones para insistir en que criticar negativamente un baremo es tarea fácil.

Frente a ello es obligado afirmar también que construir un baremo es extremadamente complejo. La redacción de esta nueva Tabla VI es una tarea meritoria que obliga al máximo reconocimiento a sus autores.

Lógicamente no todas las reformas deseadas se han producido y algunas incluidas en esta nueva tabla no las considero necesarias, como puede ser el caso de las Reglas Generales al inicio.

No obstante cuando se lleva a cabo la lectura de todos y cada uno de los capítulos que conforma el baremo se observan, a mi juicio, indudables aciertos que es obligado resaltar para justipreciarlo. La aplicación de un criterio clínico era imprescindible. La valoración, cuantificación e indemnización de secuelas debe hacerse al amparo de criterios médicos que se utilizan habitualmente en la valoración clínica de dichas patologías. La preponderancia de la espirometría, ecografías, estudios radiológicos, pruebas hematológicas, etc. supera la mera valoración funcional y nos acerca a una valoración técnica correcta de la patología existente. Ese mismo criterio ha sido el utilizado para reordenar y sistematizar la relación de secuelas de un forma mucho más acertada que en la versión anterior. No hay que olvidar que la existencia y empleo de este sistema de valoración de secuelas está justificada por la necesidad de la existencia del informe médico y que éste debe sustentarse esencialmente en criterios clínicos.

Ello conllevará a corto, medio y largo plazo a una continua actualización del baremo al ritmo que la tecnología médica se modifique y permita nuevas formas de evaluación clínica que deberán ser incluidas en él. Sirva como ejemplo que la valoración de un traumatismo cervical no se entiende hoy en día sin un adecuado estudio radiológico donde normalmente está incluida una exploración mediante Resonancia Nuclear Magnética, una técnica que hace pocos años se encontraba en el territorio de la ciencia-ficción. Dichas modificaciones periódicas permitirán a su vez corregir las posibles faltas, eliminar

lo superfluo y ajustar esta herramienta a las verdaderas necesidades que el baremo plantea.

Son muchos los posibles ejemplos sobre la aplicación de criterios puramente clínicos en la nueva tabla:

- la luxación recidivante de la articulación temporomandibular (ATM) según los milímetros de apertura bucal.
- El déficit de funciones cerebrales superiores por medio de la Escala de Coma de Glasgow, empleándose antes vagos criterios como el déficit de coordinación psíquica, la determinación de la atención, la capacidad de respuesta disminuida y otros muy dependientes de la subjetividad del explorador.
- Las secuelas oculares anatómicas o funcionales, así como las auditivas que se valoran ahora exclusivamente por el déficit funcional subsiguiente mediante las pruebas clínicas al uso.
- Las pruebas clínicas correspondientes para los trastornos funcionales cardíacos, respiratorios, hepáticos y renales.
- La Esplenectomía mediante el trastorno de la función hematológica e inmunológica.
- La epilepsia mediante su valoración clínica por EEG y otros muchos.

Es de lamentar que a la hora de modificarlo no se haya tenido en cuenta la estructura de otros baremos donde capítulos como el daño psíquico, la patología de la piel, la especial evolución del anciano ante el trauma, la valoración del dolor crónico, etc. son esenciales, aunque se deban abordar alguno de ellos con criterios diferentes a una mera escala numérica de puntuación. Es de esperar que nuevas versiones, no ya de la Tabla VI, sino de todo el baremo, permitan incluirlos.

Insisto en la necesidad de considerar el perjuicio estético de modo diferente. De incluirlo con criterios clínicos dentro de la propia tabla y no en un capítulo que se denomina especial. Las situaciones especiales relacionadas con este perjuicio deben pasar a ser un plus a añadir como factor corrector donde el médico puede auxiliar para fijarlo, como en otros elementos (daños morales, necesidad de adaptaciones del medio, etc.) pero no decidiendo taxativamente en un campo que le es ajeno.

Finalmente, cabe destacar algunos aspectos concretos que han supuesto mejoras generales importantes de la nueva Tabla VI:

1°. La reducción de puntuaciones no es tan general como parece tras una lectura superficial. Incluso hay casos concretos de incremento de la puntuación. Lo que se ha producido realmente, en la mayoría de los casos, es un reajuste de puntuaciones acorde con el criterio clínico empleado para la nueva sistematización de secuelas, con una franca reducción de las mismas, bien por eliminación de las injustificables o, sobre todo, por reagrupamientos en entidades nosológicas claramente establecidas.

2°. El nuevo criterio de aplicación (el criterio clínico) es más acertado, transforma al baremo en más médico y, por tanto, en una herramienta mejor para la valoración médica de daños personales. También lo define aún más como exclusivo de aplicación por médicos (o profesionales afines), únicos capaces de emplear dicho criterio.

3°. Algunas secuelas nuevas o modificadas presentan un tratamiento muy diferente y más correcto. Se consideran los estados patológicos previos agravados por el traumatismo (p.ej.: agravación de estado mental previo, de artrosis previa de hombro, de pierna, de cadera). También aquellas situaciones sin posibilidad de reparación se han ampliado: deterioro de maxilar, fistula esófago-traqueal inoperables, hernias y adherencias inoperables, luxación recidivante de rótula, y otros.

Sin embargo, por muchas modificaciones a mejor que conozca este baremo, no servirán para nada si no se emplea correctamente, por parte de médicos, con criterios clínicos, objetivando adecuadamente las consecuencias permanentes del traumatismo, por médicos adecuadamente formados, que dominen el que el Dr. Gregorio Marañón calificaba como “arte de la Historia Clínica”, con una adecuada formación médico-legal, conociendo el contenido de nuestro Ordenamiento, sabiendo qué precisa el juzgador exactamente conocer de la información médi-

ca para poder aproximarse a esa compensación íntegra del daño, teniendo claro que ello va más allá de un baremo (que no deja de ser una herramienta, “un metro para medir secuelas”, que atiende a uno de los aspectos que la valoración debe contener, pero no a todos) y teniendo una formación especializada en valoración del daño, en la emisión del informe, en su interpretación a los profesionales del Derecho y en su defensa ulterior.

Si estos principios no se consiguen, se hará realidad una y otra vez la afirmación del Prof. Müller de que un mal perito con un buen baremo no necesariamente emitirá un buen informe de valoración del daño personal.

BIBLIOGRAFÍA.-

1. Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. B.O.E. núm. 265, de 5 de noviembre de 2003, pp: 39190 – 39220.
2. Hernández Cueto C (2001) Valoración Médica del Daño Corporal. Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados. 2ª edición. Masson. S.A., Barcelona.
3. Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Disposición adicional Octava de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. B.O.E. núm. 268, de 9 de noviembre de 1995, pp.: 32530 – 32547.
4. Bargagna M, Canale M, Consigliere F, Palmieri L, Umani Ronchi G (2001) Guida orientativa per la valutazione del danno biologico. 3ª edición. Giuffrè Editore, Milán.

AGRADECIMIENTO.-

A la Dra. D^a Susana Gómez-Urbe Tapia, de los Servicios Médicos de Catalana Occidente, por sus críticos y acertados comentarios en la valoración global de la Tabla.

EL SIGNIFICADO DE LA LEY BÁSICA DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE (LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE) EN EL SISTEMA JURÍDICO-SANITARIO ESPAÑOL. UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN *

José Antonio Seoane

*Doctor en Derecho (UDC) y Experto en Bioética sanitaria (UCM)
Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidade da Coruña*

Sumario: I. Una aproximación tipológica a los modelos de fundamentación. 1. Paternalismo. 1.1. Noción de paternalismo. 1.2. Notas distintivas del paternalismo. 2. Autonomismo. 2.1. Noción de autonomismo. 2.2. Notas distintivas del autonomismo. 3. Un modelo de fundamentación alternativo. 3.1. Noción. 3.2. Notas distintivas. 3.3. Justificación. Las razones de un modelo alternativo. 3.3.1. *¿Volenti non fit iniuria?* La reconsideración de la autonomía. 3.3.2. *¿Existe algún paternalismo justificado?* La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica. 3.3.3. La rehabilitación de la confianza. II. La proyección de los modelos de fundamentación en la Ley básica de autonomía del paciente. 1. Una propuesta de interpretación y desarrollo de la Ley básica. 2. *¿Representa la Ley básica un nuevo paradigma en las relaciones sanitarias?* III. Anexos. IV. Bibliografía.

Acompañada por el Convenio de derechos humanos y biomedicina y por multitud de leyes autonómicas semejantes, 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 (en adelante, Ley básica), ha renovado y actualizado recientemente el sistema jurídico-sanitario español, profundizando en lo que puede calificarse como giro autonomista e iusfundamental. Mi propósito no es ahora ocuparme de algunas de sus novedades y mejoras, visibles sobre todo en comparación con la regulación análoga de su inmediata antecesora en la materia, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ni tampoco cuestionar algunas de sus propuestas legislativas (en todo caso, para un panorama de ello cfr. *infra* II; cfr. también, por todos, DE LORENZO; DOMÍNGUEZ LUELMO; ROMEO MALANDA; SÁNCHEZ-CARO Y ABELLÁN), sino reflexionar de forma global sobre el modelo de fundamentación que la impulsa

y sobre el significado de su aparición en nuestro sistema jurídico.

La Exposición de Motivos de la Ley básica brinda diversas orientaciones acerca de sus antecedentes y objetivos. Con todo, ha de buscarse más allá de las disposiciones jurídicas y de los documentos allí enunciados para conocer en profundidad y contextualizadamente el auténtico alcance del mencionado giro iusfundamental y autonomista. Una revisión del modelo de fundamentación ético-jurídica que sirve de sustento a la Ley servirá, a mi juicio, para una mejor comprensión de dicha cuestión.

Existen variados modelos de fundamentación de la Ética, y en particular, de la Bioética. Existen también diferentes perspectivas para analizar tales modelos de fundamentación, esto es, las teorías (éticas) que les sirven de base. En ocasiones éstas se mezclan con los modelos epistemológicos y metodológicos que los auxilian. (Cfr. por todos FERRER Y ÁLVAREZ; GRACIA 1989, en cuanto a

* Una versión de este trabajo fue presentada como ponencia al VI Congreso Nacional de Bioética, organizado por la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, celebrado en Sevilla los días 12 a 14 de febrero de 2004. Agradezco a Natalia Álvarez Lata y Pedro Rivas sus equilibradas sugerencias.

la fundamentación ética, y GRACIA 1989, 1991 y 2000, en cuanto a la metodología; KUHSE Y SINGER, partes II y III; también SIMÓN 2000, en particular capítulos 1 y 2). En cualquier caso, tanto aquéllos como éstos serán conducidos inicialmente a dos: el paternalismo y el autonomismo.

El paternalismo y el autonomismo ejemplifican las respuestas primordiales, si bien ni el uno ni el otro son, en rigor, modelos de fundamentación sino actitudes típicas o actitudes-tipo en la relación clínica, sustentadas en fundamentaciones diversas. Ambos presentan, además, aspectos cuestionables o mejorables que aconsejan ensayar un tercer modelo alternativo, derivado de la revisión y corrección de algunas de las deficiencias de aquéllos. En consecuencia, en primer lugar (I) expondré las notas distintivas de las tres actitudes típicas o modelos de fundamentación, deteniéndome de forma particular en las razones que justifican y fundamentan el modelo alternativo. En segundo lugar (II), aplicaré los modelos de fundamentación a la Ley básica, sugiriendo una propuesta de interpretación y desarrollo de su estructura y contenidos. Tras ello trataré de responder al último de los interrogantes: el significado de su aparición en el contexto jurídico-sanitario español y su influencia en las relaciones sanitarias.

I. UNA APROXIMACIÓN TIPOLOGICA A LOS MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN

El objetivo de este apartado es ofrecer una imagen del significado del paternalismo, del autonomismo y de un tercer modelo alternativo que pretende superar algunas de las deficiencias apreciadas en ambos. Para ello sugiero una aproximación tipológica, que subraye sus notas distintivas.

En lugar del concepto, más definido y definitivo, susceptible de ser delimitado mediante un número determinado de características y, en consecuencia, de carácter cerrado y rígido, opto metodológicamente por el tipo. La flexibilidad y apertura del tipo permite reflejar mejor la realidad de los fenómenos, acentuando uno o varios de sus rasgos; por tanto, exige un modo de pensamiento problemático en detrimento del pensamiento lógico-formal. No asumo, en cambio, la noción de tipo (ideal) de Max Weber, de carácter empírico pero carente de referencias axiológicas (cfr. WEBER). Prefiero, tanto desde la perspectiva (bio)ética como jurídica, una no-

ción de tipo que contenga elementos de carácter empírico, como la weberiana, y además elementos normativos o valorativos. (Difiero, por tanto, de EMANUEL Y EMANUEL, 109, quienes asumen, sin más, la noción weberiana de tipo ideal. Sobre la noción de tipo sugerida, cfr., más en detalle, SEOANE 2002 d).

Adoptaré la perspectiva de la relación clínica por antonomasia, esto es, entre el paciente o usuario y el profesional sanitario. En aras de la claridad expositiva no tomaré en consideración la presencia en dichas relaciones de una pluralidad de profesionales, sanitarios y no sanitarios; de las instituciones y los centros sanitarios; de otras personas y grupos –familiares, allegados, agrupaciones o asociaciones, etc.–; en fin, de la sociedad en su conjunto. Examinaré preferentemente los modelos de fundamentación desde la perspectiva del paciente o usuario, pues es desde ésta desde donde mejor se articula y comprende el tránsito del paternalismo al autonomismo. (Cfr., en general, BRODY, quien distingue entre la relación clínica paternalista, propia de la ética médica antigua, y la relación clínica contractualista, propia de la nueva ética médica, apuntando finalmente una revisión del modelo contractualista con el apoyo de la ética de las virtudes; EMANUEL Y EMMANUEL, quienes distinguen cuatro modelos de relación médico-paciente: paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo; GRACIA 1992, sobre todo 97-101, quien distingue entre relación clínica paternalista, oligárquica y democrática, y también GRACIA 1998 a, 53-84. Para un detallado panorama histórico, hoy incompleto, cfr. LAÍN ENTRALGO. Seguiré en ocasiones las aportaciones de estos autores, enmarcándolas en mi propuesta clasificatoria).

Comenzaré ofreciendo una definición o noción general de cada uno de los tres modelos, junto con una breve explicación de su significado, para luego enumerar sus características o notas distintivas. He procurado estructurar la exposición y tipificación de los modelos o actitudes de forma simétrica, en orden a facilitar su comparación y evaluación.

1. El paternalismo

1.1. Noción de paternalismo

El paternalismo, o actitud paternalista, consiste en decidir por y sobre el otro sin el otro (sin tomar en consideración al otro).

En general, se ha señalado que el paternalismo implica la limitación intencionada de la autonomía o la

libertad de decisión y acción de una persona sin tomar en cuenta su parecer, con la finalidad de evitarle un daño (paternalismo proteccionista o no maleficente) o de proporcionarle un bien (paternalismo beneficente o perfeccionista). (Cfr. BEAUCHAMP 1995, 1914. Cfr. también BEAUCHAMP Y CHILDRESS, 257 ss., en concreto 260; BEAUCHAMP Y MCCULLOGH, 93 ss., en particular 98; BEAUCHAMP 1978, 1197, donde aparece la distinción entre *harm paternalism* y *benefit paternalism*. Para facilitar su adaptación al canon principialista bioético he adjetivado el primer tipo de paternalismo, que se hace eco del principio de daño de J. S. Mill (cfr. MILL, 65-66), como “no maleficente”).

En su proyección al ámbito sanitario, el paternalismo, que se apoya en la analogía entre la relación padre-hijo y la relación médico-paciente, alude a dos rasgos del papel paterno: la beneficencia, esto es, la actuación del padre en defensa del mayor interés de su hijo, y la legítima autoridad, esto es, su posición en la relación, que le permite tomar ciertas decisiones en nombre de sus hijos, por encima de los deseos o decisiones de éstos. Así, se supone que el profesional sanitario es superior en conocimientos, experiencia y pericia, y que ha sido requerido para favorecer los intereses del paciente o usuario tal y como son entendidos por el profesional a la luz de dichos conocimientos, experiencia y pericia. En suma, la esencia del paternalismo “es dejar de lado el principio de respeto a la autonomía apoyándose en el principio de beneficencia” (BEAUCHAMP Y MCCULLOGH, 98).

1.2. Notas distintivas del paternalismo

1. La decisión clínica es una *decisión individual*, adoptada de forma aislada, en este caso por el profesional sanitario.

2. Para el paciente o usuario el paternalismo es un modelo *heterónimo*, pues las decisiones provienen de otros, de fuera, sin contar con su concurso.

3. Existe una *relación de dependencia* del paciente respecto del profesional sanitario.

4. La relación clínica propia de este modelo es una *relación clínica vertical*, donde el profesional sanitario ocupa el lugar superior y el paciente el lugar inferior.

5. En consecuencia, existe *desigualdad* en la relación clínica, con una posición de superioridad por parte del profesional sanitario.

6. El usuario presenta una *actitud pasiva o paciente*, frente al *papel activo* del profesional sanitario.

7. El *monólogo* (del profesional sanitario) es la fisonomía lingüística del paternalismo.

8. El lenguaje del paternalismo es un lenguaje de *privilegios*, o incluso de *deberes*, pero en ningún caso de derechos.

9. Existe una subordinación o, propiamente, *reducción de los principios de la Bioética* a uno: beneficencia, o dos: *beneficencia y no maleficencia*.

10. Desde la perspectiva de las razones para la acción, el paternalismo adopta como modelo una *razón para la acción excluyente*, en el sentido de que impide la deliberación sobre qué decisión o curso de acción ha de adoptarse. No es posible acudir a razones, normas o criterios distintos de la decisión del profesional sanitario en orden a adoptar la decisión. El juicio y la autoridad del profesional sanitario constituyen una razón para la acción excluyente, en rigor la única razón para la acción que ha de seguir –u obedecer– el paciente.

11. Finalmente, se aprecia la *irrelevancia de la confianza*. Aunque el paciente o usuario confíe en el profesional sanitario y en su capacidad para la toma de decisiones (dicha confianza justifica seguir sus razones o decisiones), en la situación concreta da igual o resulta indiferente. La razón fundamental es que la confianza existente en este modelo es una confianza genérica, en el estatus, con independencia de la actividad, persona y circunstancias específicas. Con mayor precisión podría afirmarse, desde el punto de vista del paciente, la irrelevancia de la confianza, y desde el punto de vista del profesional sanitario, la irrelevancia de (y la indiferencia ante) la confianza.

2. El autonomismo

2.1. Noción de autonomismo

El autonomismo, o actitud autonomista, consiste en decidir por y sobre uno mismo sin los otros (sin considerar a los otros).

El autonomismo es la reacción, pendular, frente al paternalismo. El paternalismo, que implica comportarse como un padre con sus hijos, equivale en la relación clínica a que el paciente, al igual que un niño menor de edad, es incapaz de distinguir lo verdaderamente beneficioso o perjudicial para él, y se ve obligado a comportarse de manera meramente pasiva, aguardando del juicio del profesional sanitario cómo debe ser feliz. Frente a ello, la vindicación ilustrada de la autonomía significa la salida del paciente o usuario de la tutela paterna y de su culpable minoría de edad, y la conciencia de que es capaz

de darse a sí mismo sus propias normas y de decidir sobre su propio bien en el contexto sanitario (cfr. KANT, *Tópico*, Ak. VIII, 290-291; KANT, *Ilustración*, Ak. VIII, 35, de cuyos textos hago una paráfrasis sanitaria). De ahí la afirmación kantiana de la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad y de la heteronomía como fuente de todos los principios espurios de la moralidad (cfr. KANT, *Fundamentación*, Ak. IV, 440 y 441), que refleja, más allá de las precisiones exigibles, el rechazo del modelo paternalista y la institución de un nuevo modelo o paradigma para las relaciones sanitarias en torno a la autonomía de la persona.

Con todo, el epítome de este modelo se halla, probablemente, en la introducción del célebre ensayo *On Liberty* de John Stuart Mill. Allí, con la finalidad de delinear el objetivo de la obra, y tras señalar el principio de daño como único argumento para la limitación de la autonomía individual por parte del poder, afirma rotunda y compendiosamente: “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano” (MILL, 66).

2.2. Notas distintivas del autonomismo

1. La decisión clínica o sanitaria se concibe como una *decisión* puramente *individual*, adoptada aisladamente, en este caso del paciente o usuario.

2. Para el paciente o usuario el modelo tiene carácter *autónomo*, en la medida en que los criterios de decisión y actuación provienen, exclusivamente, de él mismo; nadie más interviene en la toma de decisiones. El paciente o usuario se da a sí mismo sus normas de actuación, con arreglo a las cuales orienta y elabora sus decisiones.

3. El paciente o usuario se encuentra, en cuanto a las decisiones clínicas o sanitarias, en una situación de *independencia* respecto del profesional sanitario.

4. La relación clínica del modelo autonomista es, también, una *relación clínica vertical*, siendo ahora el usuario o paciente quien ocupa el lugar superior y el profesional sanitario el que ocupa el plano inferior.

5. Ello da lugar, asimismo, a una situación de *desigualdad* en la relación clínica, en la que el paciente o usuario ostenta una posición de superioridad.

6. El paciente o usuario presenta una *actitud activa*, en tanto que el profesional sanitario tiene una actitud más bien *pasiva*.

7. El *monólogo* (del paciente o usuario) es la fisonomía lingüística de la relación clínica del modelo autonomista.

8. Dificilmente cabe apreciar en este modelo autonomista el empleo de un auténtico lenguaje de derechos, sobre todo por la ausencia de igualdad. En cualquier caso, son precisamente los derechos las armas y los argumentos que esgrime el paciente o usuario para actuar como tal, por más que parezcan privilegios. (Cuestión distinta es si se trata propiamente de derechos –subjetivos- o de meras pretensiones con apariencia de derechos).

9. Los principios de la Bioética se reducen, en rigor, a uno: *el principio de autonomía*.

10. Desde la perspectiva de las razones para la acción el modelo autonomista se sirve, también, de una *razón para la acción excluyente*: la decisión del paciente, que es quien tiene el poder de decisión, constituye una razón para la acción excluyente para el profesional sanitario, resultando irrelevantes cualesquiera otras razones o criterios en orden a la adopción de la decisión.

11. Por último, cabe afirmar, al igual que en el modelo paternalista, la irrelevancia de la confianza; o propiamente *el olvido o la separación de la confianza* en el seno de la relación clínica, pues en cierto modo la confianza era necesaria o estaba presente en el modelo paternalista, precedente histórico del modelo autonomista. El individuo plenamente autónomo no necesita confiar en los demás, de modo que el paciente o usuario considera superflua la confianza –salvo la confianza en sí mismo o (auto)suficiencia-. Entre otras razones porque la confianza implica relación, y porque confiar significa depender de otro: es decir, reconocer la incapacidad del paciente o usuario para decidir individualmente, bien por falta de conocimiento bien por falta de capacidad o de poder. Reconocer, en suma, su dependencia.

3. Un modelo de fundamentación alternativo

La tipificación del paternalismo y del autonomismo no agota, ni pretende agotar, su significado, pero sirve para delimitar el campo de análisis y para presentar la perspectiva desde la que argumentaré a favor de un modelo de fundamentación alternativo. A mi juicio, tanto paternalismo como autonomismo aparecen como modelos extremos, incluso extremistas, y como modelos fallidos. Por ello, el modelo alternativo ha de eludir la polaridad paternalismo-autonomismo y reinterpretar sus notas distintivas para dar razón de la realidad clínica y proporcionar un modelo de fundamentación más verosímil y razonable. Algo así sugieren Beauchamp y McCulloch: “los modelos de autonomía y beneficencia, juntos, justi-

fican las responsabilidades morales de los médicos. No debe tratarse a los pacientes basándose en los extremos: ni sencillamente como instrumentos de la sabiduría profesional y el poder para tranquilizar al médico (exclusivamente el modelo de beneficencia), ni sencillamente como portadores de derechos inalienables a todos los diagnósticos, archivos y posibles tratamientos (exclusivamente el modelo de autonomía)” (BEAUCHAMP Y MCCULLOGH, 119-120).

3.1. Noción

El modelo propuesto –la actitud propuesta- consiste en decidir por y sobre uno mismo con los otros (tomando en consideración a los otros).

3.2. Notas distintivas

1. Se trata de una *decisión intersubjetiva*, no individual o aislada, sino compartida. El paternalismo y el autonomismo propugnan una decisión individual, referida en cada caso a uno de los individuos que polarizan la relación: el profesional sanitario y el paciente o usuario, respectivamente. Ahora se trata de integrar a ambos en el proceso de toma de decisiones.

2. Características del modelo son tanto la *autonomía* como la *heteronomía*. El paciente o usuario goza de un espacio o margen de autodeterminación donde es señor de su decisión y su acción. Dicho espacio autónomo es necesario, pero insuficiente, para la toma de decisiones: precisa de elementos externos o ajenos a él para alcanzar una decisión correcta, provenientes, precisamente, del profesional sanitario. (Otro tanto cabría argüir desde la perspectiva del profesional sanitario).

3. No cabe hablar de independencia, y tampoco de dependencia, al menos en el sentido absoluto de los modelos expuestos. Estamos en una *situación de interdependencia* o, si se prefiere, de *(in)dependencia relativa*: de independencia y dependencia simultáneas, y relativas o referidas al otro sujeto de la relación.

4. La imagen de la relación clínica es, por tanto, la de una *relación clínica horizontal*, donde ambas partes se encuentran en idéntico plano.

5. Existe, por tanto, *igualdad*, equilibrio entre el profesional sanitario y el paciente o usuario, al menos en el plano teórico o de reconocimiento de derechos.

6. Ambas partes de la relación clínica, el paciente o usuario y el profesional sanitario, presentan una *actitud activa* y una *actitud pasiva* o *paciente*.

7. Por ello la fisonomía lingüística o el modelo de lenguaje es el *diálogo*, esto es, un intercambio de parece-

res entre personas libres y en condiciones (básicas) de igualdad, con un interés común en un determinado asunto –la enfermedad y la salud, en términos generales- que explica, vertebra y justifica la relación clínica.

8. Su lenguaje es el *lenguaje de los derechos*, no el de los privilegios. La intersubjetividad, la igualdad y el diálogo conducen, además, a una auténtica relación.

9. El modelo aboca a una *consideración global de todos los principios bioéticos: no maleficencia y beneficencia* –presentes en el modelo paternalista-, *autonomía* –eje del modelo autonomista-, y, además, *justicia*, ausente de algún modo en los dos modelos examinados. La necesidad de considerar todos los principios de forma conjunta conduce, necesariamente, al diálogo, a la deliberación, a la ponderación; esto es, a un determinado tipo de racionalidad práctica, alejada de métodos lógico-deductivos. Tiene como consecuencia el aumento de perspectivas aportadas y analizadas, con el subsiguiente enriquecimiento de la respuesta o solución y la superación de la simplificación del significado de la relación clínica a que aboca el carácter reduccionista de los modelos paternalista y autonomista.

10. Desde la perspectiva de las razones para la acción, este modelo rechaza la modalidad de la razón excluyente y propone en su lugar concebir el resultado del proceso de toma de decisiones como una *razón para la acción compensatoria*. La razón compensatoria es síntoma de la autonomía del paciente en dicho proceso de toma de decisiones, y ejemplifica el alcance de la facultad de autodeterminación. El ser humano es menesteroso, y necesita y depende de los demás. En la relación clínica, la carencia o insuficiencia de conocimiento del paciente se compensa con la información, los conocimientos y la experiencia del profesional sanitario. Esto no significa que el paciente o usuario carezca de capacidad para la toma de decisiones o que delegue en el profesional sanitario su facultad decisoria. Tampoco que carezca de ciertos conocimientos, entre otras razones porque dispone de un saber indispensable para una adecuada toma de decisiones: su código moral; él es quien mejor conoce sus propios valores, necesidades, deseos, planes, objetivos, saber éste que no está –o está de distinto modo- en manos del profesional sanitario.

Por ello no puede admitirse, en clave paternalista, que la decisión del profesional sanitario sea una razón para la acción (del paciente o usuario) excluyente. La información, sugerencias y orientaciones del profesional sanitario compensan o completan la falta de conocimiento del paciente sobre ciertos aspectos de su situación

clínica y actúan como una razón compensatoria, que no le impone un concreto curso de acción decidido por el profesional sanitario ni le impide deliberar, sino que, propiamente, le *exige* deliberar sobre los diversos cursos de acción, y sobre cuál de ellos se ajusta a su particular proyecto vital, para tomar una decisión correcta *hic et nunc*. Además, la decisión unilateral del profesional sanitario que se presenta como razón para la acción excluyente en dicho modelo difícilmente puede ser una decisión correcta, pues ha ignorado toda la información acerca de los valores, preferencias, objetivos y planes de vida del paciente o usuario, en la medida en que ha sido adoptada individual y unilateralmente, e impuesta desde la atalaya axiológica del propio profesional. En sentido análogo, no cabe identificar, en clave autonomista, la decisión unilateral del paciente con una razón para la acción (del profesional sanitario) excluyente, en la que el profesional sanitario haga caso omiso de su juicio acerca de la concreta situación clínica, y se guíe únicamente por la autonomía del paciente o usuario, ignorando sus deberes de no maleficencia, beneficencia y justicia. Significa, en suma, que sólo la conjunción armónica de ambas partes de la relación conduce a un auténtico consentimiento *informado*, *válido* y, presumiblemente, *eficaz*, resultado de un proceso de deliberación conjunta y no de la mera ejecución irreflexiva de las decisiones -¿órdenes o mandatos?- de una de las partes de la relación. (Sobre la superación del modelo de las razones para la acción como razones excluyentes (cfr. en tal sentido RAZ) mediante la noción de razón compensatoria cfr. SEOANE 2004 c, capítulo III).

11. Finalmente, el modelo significa *la rehabilitación y la recuperación de la influencia de la confianza* en el seno de la relación clínica (cfr. una demanda semejante, recientemente, en O' NEILL 2002 a y 2002 b; antes, de otro modo, en PELLEGRINO-THOMASMA). La confianza significa una reducción y descarga de complejidad e incertidumbre en el proceso de toma de decisiones (cfr. LUHMANN, sobre todo capítulo IV), que se acomoda mejor al modelo de las razones compensatorias que al modelo de las razones excluyentes para explicar el funcionamiento de la relación clínica. Entre otros factores, esto explica un cambio en el alcance y la naturaleza de la confianza. No tiene ya carácter absoluto ni carácter global; no reside solamente en el estatus, en la posición de poder o en el hecho de ostentar la facultad de decisión, sino, sobre todo, en elementos materiales o de contenido: la calidad del tratamiento sanitario, la razonabilidad del curso de acción propuesto, su ajustamiento a la situación

concreta, la consideración del paciente o usuario como un interlocutor libre e igual y el respeto de sus derechos, etc. Ya no se trata tanto de una confianza personal, en el médico, cuanto de una confianza funcional y personalmente difusa, en una determinada práctica, la medicina, o en la profesión médica. Ya no se trata, en fin, de una (pre)condición categórica sino de un elemento central de la relación clínica que hay que garantizar y alcanzar, y cuyo logro discurre por varios estadios. En otras palabras, se ha pasado de la confianza fundada en la autoridad a una autoridad basada en la confianza (sobre algunos de estos aspectos cfr. más en detalle *infra* II.3.3).

3.3. Justificación. Las razones de un modelo alternativo

Hay que revisar el modelo antropológico y político que subyace al paternalismo y al autonomismo. A mi entender, algunas orientaciones para superar sus deficiencias son, de una parte, la reconsideración de la autonomía en las relaciones clínicas. Se trata de descartar la noción de autonomía propia del autonomismo, de carácter absoluto, monológico e individualista, proponiendo, en su lugar, una autonomía situada, consciente de su carácter limitado y de la necesidad del diálogo, lo cual exige, en consecuencia, el reconocimiento de nuestra vulnerabilidad y dependencia. Ello conduce, además, a replantearse el significado del paternalismo, e interpretarlo en combinación con la autonomía, en orden a señalar variantes justificadas del mismo que, en rigor, no son medidas paternalistas. De otra, en estrecha relación con lo anterior, el reconocimiento y la necesidad de (rehabilitar) la confianza en el seno de la relación clínica.

3.3.1. ¿*Volenti non fit iniuria*? La reconsideración de la autonomía

El autonomismo equivale a *atomismo*, esto es, a la afirmación de la autosuficiencia del individuo, del ser humano aislado (cfr. TAYLOR 1979, 109). El autonomismo/atomismo considera que la autonomía personal es un valor absoluto, y asume como premisa –una suerte de presunción *iuris et de iure*– que todos los sujetos disponen de capacidad para adoptar elecciones correctas en una determinada situación. Admite, además, que la corrección de la decisión equivale *simpliciter* a autonomía: una decisión autónoma es siempre, *qua* autónoma, una decisión correcta, con independencia de si lo elegido es bueno o malo y de las consecuencias que pueda originar. La bondad o corrección de una decisión radica en su carácter libre y autónomo.

Ciertamente la noción de autonomía, como capacidad para elegir nuestro propio plan de vida y ejecutar o llevar a la práctica nuestras propias decisiones, que en el ámbito sanitario se sintetiza en el (derecho al) consentimiento informado, es un ingrediente esencial de la vida buena; pero no el único. La autonomía, por sí sola, no basta para calificar como correcta una decisión o una actuación. No cabe, tampoco, concebir la autonomía como independencia o, en el sentido aquí explorado, como capacidad para decidir y actuar de forma independiente de los otros. La independencia no es suficiente para caracterizar como correcta o adecuada una conducta: además de la independencia, las decisiones y acciones tienen otras notas características: buenas, malas, útiles, inútiles, que sirven para explicar por qué son éticamente –y jurídicamente– importantes y para justificarlas. También carece de sentido concebir la autonomía como un asunto meramente individual, pues la autonomía sólo cobra sentido y puede ser garantizada en el seno de una determinada sociedad y con el apoyo de otras personas y de determinadas instituciones.

El ser humano es un ser vulnerable, menesteroso, frágil. Es un ser de carencias, pero también, sobre todo, un ser de finalidades, que intenta compensar sus limitaciones y solucionar sus necesidades mediante la acción, transformando tales carencias en oportunidades o posibilidades de vida mediante el ejercicio de sus diversas capacidades. En este desarrollo no son importantes únicamente las capacidades o aptitudes personales, sino también las condiciones externas, materiales e institucionales, y un conjunto de ligaduras o afiliaciones significativas. La actuación humana y el ejercicio de la autonomía no son independientes del contexto ni de nuestras relaciones o vínculos, que determinan las posibilidades de elección, la libertad y el funcionamiento individual, y contribuyen a la definición de nuestros rasgos y nuestra personalidad. (Cfr., entre otros, ARENDT; ARISTÓTELES, *Ética y Política*; MACINTYRE; NUSSBAUM 1986, 1990 a, 1990 b, 1992, 1993, 1994 y 2000; TAYLOR, 1979, 1989, 1992 a, 1992 b).

Nuestro tránsito a la madurez y el logro de la autonomía significa convertirse en razonadores prácticos independientes, en la feliz locución de MacIntyre (cfr. MACINTYRE, 71 ss.). Pero no independencia en el sentido de autarquía, sino una independencia consciente de nuestra vulnerabilidad, fragilidad y dependencia. En otras palabras, una (in)dependencia reflexiva. Si el reconocimiento de la dependencia es la clave de la independencia (cfr. MACINTYRE, 103) se trata de hacerse cargo de que la condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente anta-

gónicos: la autonomía y la dependencia. De una parte, el ejercicio libre de nuestras capacidades, que más que facultad o derecho aparece como necesidad de trascender nuestras limitaciones y ampliar nuestro horizonte de posibilidades. De otra, nuestra vulnerabilidad y dependencia, y la subsiguiente búsqueda de apoyos para compensar o superar tal situación. Si la primera se hace eco del carácter individual de nuestras decisiones y acciones, la segunda ejemplifica cómo nuestras respuestas ante la realidad no son ni pueden ser meramente individuales, sino que se sustentan en un haz de afiliaciones o vínculos significativos que nos definen. Nuestra personalidad y nuestra identidad se constituyen, al menos parcialmente, mediante nuestras relaciones, dentro de un contexto de comunidad y diálogo.

Lo afirmado conduce, asimismo, a las propuestas de superación dialógica de los modelos indicados, en particular del modelo autonomista. En rigor, el paternalismo y el autonomismo incluyen a dos personas, paciente o usuario y profesional sanitario, pero no cabe hablar de auténtica relación clínica. Ha de buscarse, por consiguiente, un modelo alternativo que proponga una auténtica relación clínica, en la que el diálogo sea el vehículo de comunicación entre las partes.

3.3.2. ¿Existe algún paternalismo justificado? La no maleficencia y cierta beneficencia como obligación moral y jurídica

La Bioética (anglosajona) de los años setenta y ochenta del siglo XX mostró una acusada tendencia de rechazo del paternalismo, considerándolo una injerencia injustificada en la autonomía. Sin embargo, desde mediados de los ochenta han surgido posiciones menos hostiles con ciertas posturas paternalistas (BEAUCHAMP 1995, 1920). Así ocurre con el denominado paternalismo débil, que implica tomar decisiones y actuar para proteger a una persona cuando no está en condiciones de tomar decisiones autónomas, y que se considera un curso de acción razonable y moderado entre dos extremos radicales y excesivos: el paternalismo fuerte –que admite intervenciones para beneficiar a una persona capaz de realizar elecciones informadas y autónomas– y el antipaternalismo –que podríamos identificar ahora con el autonomismo–. (Sobre la distinción entre el paternalismo débil y el paternalismo fuerte cfr. BEAUCHAMP Y MCCULLOUGH, 105 ss; BEAUCHAMP 1995, 1915 y 1916).

Más aún, es un error concebir el llamado paternalismo débil como un tipo de paternalismo, pues no es propiamente “paternalista”; el paternalismo débil equivaldría al antipaternalismo débil (FEINBERG, 12-15 *apud* BEAUCHAMP 1995, 1917; cfr. también BEAUCHAMP Y

MCCULLOGH, 108 y 118; BEAUCHAMP Y CHILDRESS, 262 y 263). Tanto el paternalismo débil como el antipaternalismo coinciden en considerar justificada una injerencia para proteger a una persona de un daño derivado de sus propias decisiones no autónomas; y en que no está justificado ni es justificable interferir para proteger a una persona de un daño derivado de sus propias decisiones autónomas (cfr. BEAUCHAMP Y MCCULLOGH, 108).

Con todo, ha de darse un paso más, y afirmar que en determinadas circunstancias no está únicamente justificado o permitido adoptar medidas paternalistas (en rigor, medidas protectoras) sino que incluso está moralmente (cfr. también en este sentido GARZÓN VALDÉS, 376) y jurídicamente ordenado (cfr. SEOANE 2004 a y 2004 b). Procede, por tanto, intentar señalar las condiciones que justifican la adopción de medidas “paternalistas” (*rectius* medidas propias de la paternidad, del ejercicio de una paternidad responsable). Un intento ha sido el de Garzón Valdés, para quien el razonamiento justificante de una medida paternalista tiene dos premisas: una premisa empírica, que consiste en la verificación de la incapacidad básica, y una premisa normativa, consistente en la superación de la deficiencia causada por la incapacidad básica, en aras de la defensa de la autonomía y la superación de la desigualdad. (Cfr. GARZÓN VALDÉS, 374. El autor emplea el sustantivo incompetencia, que yo sustituyo por incapacidad).

A continuación intentaré completar y corregir su propuesta en orden a señalar las condiciones que convierten una medida protectora en justificada. Además de los supuestos de “paternalismo justificado”, y con la finalidad de aclarar la senda del modelo alternativo de fundamentación propuesto y los defectos del paternalismo y del autonomismo, señalaré también los supuestos de paternalismo injustificado, de ejercicio justificado de la autonomía y de autonomismo injustificado.

El marco ético-jurídico de intervención ante situaciones de incapacidad o discapacidad lo he desarrollado en detalle en otros lugares (por todos, cfr. SEOANE 2004 a y 2004 b). Las razones que justifican dicha intervención se reconducen a un catálogo de cinco principios: dignidad, libertad, igualdad, protección y proporcionalidad o razonabilidad, y se apoyan en un determinado paradigma antropológico coincidente con el denominado enfoque de las capacidades, desarrollado principalmente por Amartya Sen y Martha C. Nussbaum (cfr., por todos, NUSSBAUM 2000).

El “*paternalismo*” justificado consiste en tomar decisiones por y sobre otro cuando éste no puede tomarlas por sí mismo de forma autónoma, y únicamente en aquellas situaciones o esferas de actuación en que no puede tomar dichas decisiones, con la finalidad de ayudarlo evitando un daño o proporcionando –indirectamente– un bien. En concreto, seis son las condiciones para que la adopción de una medida protectora (“paternalista”) resulte justificada. Todas ellas han de cumplirse para que la medida se considere justificada; el incumplimiento de alguna(s) o de todas las condiciones convierte la medida protectora en injustificada.

1. Ausencia de capacidad, o de la facultad de autodeterminación libre y responsable en relación con la situación sobre la que ha de decidirse. Esta premisa o condición no es meramente empírica (cfr., *a contrario*, GARZÓN VALDÉS, 372-374), pues la determinación de la capacidad y la incapacidad de una persona se apoya decisivamente en elementos evaluativos o valorativos, incorporados a la propia decisión acerca de la existencia o no de capacidad. A mi juicio, además, ha de extenderse no sólo a los casos de incapacidad básica sino también a los casos de incapacidad relativa, para situaciones específicas (en sentido contrario cfr. GARZÓN VALDÉS, 372-373).

2. El ejercicio de la representación (o sustitución) de la autonomía, esto es, la adopción de una medida protectora, sólo es posible en el ámbito o esfera donde no existe capacidad. Esta precisión de la condición anterior, señalando el ámbito material de la medida protectora, tiene como finalidad delimitar el alcance de la medida. Se hace eco del carácter relativo y parcial, no necesariamente absoluto de la incapacidad o discapacidad de la persona, justificando así la inclusión de las incapacidades relativas junto con las incapacidades básicas en la condición anterior. Además, refleja el carácter subsidiario de las medidas de protección y la primacía de la facultad de autodeterminación de la persona, de acuerdo con el marco ético-jurídico de referencia (cfr. SEOANE 2004 a y 2004 b).

3. Finalidad inmediata protectora o indirectamente beneficente. A mi juicio hay que diferenciar entre el paternalismo no maleficente o proteccionista, que previene un daño; el paternalismo indirectamente beneficente o perfeccionista, que proporciona indirecta o mediatamente un beneficio; y el paternalismo directamente beneficente o perfeccionista, que proporciona directa o inmediatamente un beneficio.

El paternalismo directamente beneficente, en la medida en que elimina la capacidad de elección del sujeto,

lesionando, y aun anulando, su autonomía, no parece admisible con carácter general. (Una posible excepción justificada serían los supuestos de ausencia absoluta e irreversible de capacidad). En cambio, sí parece admisible y justificable el segundo tipo, que proporciona un beneficio indirecto -como pueda ser una medida destinada a conservar la facultad de elección- y resulta más respetuoso con su autonomía, pues pretende no tanto un resultado cuanto proporcionar oportunidades para el funcionamiento y el desarrollo de la persona, dejando al sujeto la posibilidad de elegir como llevar a la práctica dicha capacidad u oportunidad en ejercicio de su facultad de autodeterminación libre y responsable. En este sentido, va más allá de mera prevención de las lesiones de la libertad, entendida en sentido negativo, y pretende promocionar la libertad positiva y garantizar las condiciones básicas para el ejercicio de la capacidad de adoptar decisiones autónomas. Pretende, en suma, respetar la facultad de elección del individuo respecto de sus propios planes de vida. (GARZÓN VALDÉS, 373 se refiere a esta tercera condición como la existencia de un interés benevolente, y lo concreta en procurar que el individuo no se dañe a sí mismo, equiparando, erróneamente, el paternalismo proteccionista o no maleficente y el paternalismo beneficiante o perfeccionista).

4. Finalidad mediata o última de superación de la desigualdad, logro de la igualdad de oportunidades, y rehabilitación y garantía de la autonomía de la persona. (En sentido semejante, GARZÓN VALDÉS, 377 alude a promover o defender la autonomía y aspirar a la superación de un déficit de igualdad, si bien no considera que se trate de una condición o premisa del razonamiento para justificar la medida paternalista). Las condiciones tercera y cuarta, de carácter teleológico, pueden ser consideradas, en cierto modo, una especificación del criterio del mayor interés del incapaz.

5. La decisión acerca de la adopción de la medida protectora debe adoptarla la(s) persona(s) legitimada(s) para ello. Se trata de un requisito subjetivo, generalmente identificable, aunque no siempre de fácil concreción. Suele recaer en la(s) persona(s) que ejercen la representación legal de la persona incapaz para adoptar la decisión por sí misma. En los casos en los que no existe representante legal suele acudir a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho a la persona incapaz.

6. La decisión acerca de la adopción de la medida protectora debe respetar, en caso de existir, los requisitos y procedimientos fijados para su adopción. Este requisito procedimental tiene como finalidad aumentar las garantías de cumplimiento de las restantes condiciones y, en

última instancia, reforzar la protección de los derechos de la persona incapaz y el cumplimiento de las finalidades expuestas en las condiciones tercera y cuarta.

Como indiqué con anterioridad, estas condiciones sirven también para clarificar los aciertos y defectos de los modelos de fundamentación examinados. Así, el *paternalismo injustificado*, coincidente con el modelo de fundamentación paternalista expuesto en el apartado anterior, consiste en tomar decisiones por otro sin el otro cuando éste puede tomarlas por sí mismo en esferas o situaciones en las que el profesional sanitario pretende tomar dichas decisiones. Existe paternalismo injustificado cuando no se respetan todas o alguna de las seis condiciones básicas enunciadas para la justificación de la adopción de medidas paternalistas o protectoras: 1) cuando existe capacidad; 2) cuando se actúa en casos de personas incapaces en áreas o esferas en las que aquélla es capaz; 3) cuando no se persigue evitar un daño o proporcionar un beneficio -indirecto-; 4) cuando el objetivo último no sea la garantía de la autonomía, la eliminación de desigualdades o el logro de la igualdad de oportunidades; 5) cuando la decisión acerca de la medida protectora la ha adoptado una persona distinta de la legitimada para hacerlo, en caso de que ésta exista; 6) cuando no se han respetado los requisitos de procedimiento existentes para la adopción de la medida protectora.

Por su parte, un *ejercicio justificado de la autonomía* implica tomar decisiones en áreas o esferas de actuación donde existe capacidad para hacerlo. Una vez más, la primacía de la libertad, esto es, de la facultad de autodeterminación libre y responsable de las personas, frente a la protección -o las medidas "paternalistas"- conduce a reconocer el valor de las decisiones individuales respecto de uno mismo (cfr. SEOANE 2004 a y 2004 b). Finalmente el *ejercicio injustificado de la autonomía* consiste en tomar decisiones en esferas o áreas donde no se es capaz, sin ayuda de un tercero capaz para decidir en tales circunstancias.

3.3.3. La rehabilitación de la confianza

La revisión de la noción de autonomía de los apartados anteriores en orden a sugerir vías de superación de los modelos paternalista y autonomista enlaza ahora con la necesidad de rehabilitar la confianza en el seno de la relación clínica (en este sentido cfr. O'NEILL 2002 a, sobre todo prefacio y capítulo 1, y 2002 b; PELLEGRINO-THOMASMA, 65-78). Ahora bien ¿qué es o en qué consiste la confianza que se pretende rehabilitar?

La confianza es una necesidad humana y un ingrediente esencial de las relaciones sociales, cuya importan-

cia y problemática se acentúan en situaciones de especial dependencia y vulnerabilidad como la relación clínica (cfr. esto último en PELLEGRINO-THOMASMA, 65). Hoy ha de ser redefinida para ajustarse al contexto contemporáneo de dicha relación, con el advenimiento de la autonomía y los derechos, el pluralismo axiológico, la mayor complejidad y lejanía del depositario de la confianza y otras notas distintivas de un modelo de relación clínica distinto de los extremos paternalista y autonomista. En líneas generales puede indicarse que en el ámbito sanitario ya no cabe, como en épocas pasadas, una confianza absoluta e incondicionada ni tampoco una confianza global (cfr. PELLEGRINO-THOMASMA, 75-77).

Hoy es más complicado hablar de confianza. La confianza del paciente en el profesional sanitario no es un *datum* o un prerequisite asegurado en la relación clínica, sino que ha de ser conquistada y merecida con la propia actuación de dicho profesional. Antes la confianza se basaba en el estatus o la posición social (cfr. O'NEILL 2002 a, 132), y la mera condición de profesional sanitario era suficiente. Esto es, los aspectos formales o la apariencia de profesionalidad bastaban para el surgimiento de la confianza, que, además, tenía carácter categórico o incontestable y excluyente en orden a la toma de decisiones clínicas.

En el sentido indicado la confianza era fuente de privilegios para el profesional sanitario. Hoy no es admisible: la confianza ha de entenderse como fuente de obligaciones (cfr. PELLEGRINO-THOMASMA, 77). Se ha pasado de la confianza en la autoridad a la autoridad basada en la confianza. La confianza en el estatus o posición social no basta. En rigor no es o no alcanza propiamente el grado de confianza; a lo sumo la condición profesional sirve para considerar digno o merecedor de confianza (*trustworthy*) al profesional sanitario o para proporcionar fiabilidad (*reliability*), pero no para garantizar la confianza (*trust*) (cfr. O'NEILL 2002 a y 2002 b; PELLEGRINO-THOMASMA, quienes se han hecho eco, a su modo, de esta distinción). Por tanto, la confianza contemporánea como rasgo de la relación clínica exige ir más allá de los aspectos formales y prestar atención al contenido y desarrollo concreto de la relación clínica. No basta la apariencia de profesionalidad, sino que es preciso determinar quién es un auténtico profesional sanitario; quién o qué se hace acreedor de confianza. El problema ahora es, precisamente, cómo elegir en quién confiar.

La confianza en la relación clínica pasa por distintos estadios o momentos (esta articulación temporal ha sido

también señalada por LAÍN ENTRALGO, 368 ss., si bien modifíco su planteamiento): 1) la confianza en la medicina; 2) la confianza en la profesión médica, esto es, en el cuerpo de profesionales consagrados al ejercicio de la medicina en su conjunto; 3) la confianza en el profesional médico, en un concreto profesional de la medicina; y, finalmente, 4) la confianza en la persona del médico, o en el médico como persona. Los dos primeros estadios o momentos no proporcionan propiamente confianza, sino fiabilidad. La medicina y la profesión médica –o las profesiones sanitarias– son merecedores de confianza para el paciente o usuario, entre otras razones por haber contribuido secularmente a la solución de los problemas relacionados con la salud y la enfermedad de las personas. Pero es en el tercer estadio, tras la concreción del destinatario o depositario de la confianza y en el proceso de relación clínica, cuando se hace posible el surgimiento de una confianza auténtica entre el paciente o usuario y el profesional sanitario.

A mi entender hay que ir más allá de la confianza en el sistema o la profesión y alcanzar el tercer estadio, la confianza en el profesional, donde propiamente aparece la confianza en el contexto de una relación intersubjetiva y dialéctica. Cada profesional sanitario es heredero y representante de una tradición y cuerpo profesionales, lo que le convierte en digno de confianza. Pero únicamente tras el escrutinio de su actuación profesional se conocerá si satisface las expectativas y logra la confianza del paciente o usuario o si, por el contrario, no se hace acreedor de dicha confianza y contribuye a minar la credibilidad y fiabilidad de la profesión médica, erosionando, así, lo alcanzado en el segundo estadio. Es decir, es en el tercer estadio donde se fragua la excelencia en el ejercicio profesional y la excelencia de la profesión (sobre las profesiones como ámbito de excelencia cfr. CORTINA 1997 y, en particular acerca de la profesión médica, GRACIA 1998 b, 11 ss.). Asimismo estimo que no es preciso extender el alcance de la confianza al cuarto estadio, a la relación personal entre el paciente o usuario y otra persona que ejerce como su médico –por más que en ocasiones la confianza personal aparezca como corolario de la confianza profesional propia del tercer estadio–. La confianza derivada de dicha relación de amistad trasciende el marco clínico y trasciende, asimismo, lo exigible como nota distintiva de la relación clínica. (LAÍN ENTRALGO, 368-369 ha señalado que el modo específico de la amistad del enfermo con el médico es la confianza, cuya estructura pasa por tres momentos, el último de los cuales se refiere a la “confianza en la persona de ese médico, en lo que

éste es como ‘persona’”. Por su parte, PELLEGRINO-THOMASMA, 68 han apuntado la insuficiencia de la confianza sistémica para la relación clínica y la necesidad de la confianza en “la persona del médico”. En este sentido incurren, a mi entender, en el error de no distinguir suficientemente la confianza en el médico como profesional de la confianza en el médico como persona –distinción que sí advierte Laín Entralgo-, ni el diferente alcance de ambas).

Si se acepta lo anterior carece de sentido una confianza de carácter global en el seno de la relación clínica. La confianza del paciente en el profesional sanitario encuentra su sentido si se reduce al ámbito profesional, y propiamente a la parcela en la que este concreto profesional dispone de conocimiento o experiencia superiores a los del paciente y está en condiciones de compensar sus limitaciones y ayudarle.

Creo que hay que optar por la confianza. Pese a los eventuales riesgos, es difícil sustraerse a la necesidad de la confianza en las relaciones clínicas. La alternativa de la desconfianza no resuelve la situación del paciente o usuario; propiamente conduce a un estancamiento de la situación y, en rigor, al no establecimiento de la relación clínica. En cambio, la confianza fortalece el carácter dialéctico de la relación clínica, constituyendo, además, uno de los ejes de la relación. Más aún, sin cierto grado de confianza no es posible un ejercicio de auténtica libertad o autonomía en el contexto de la relación clínica; eso sí, a partir de una autonomía que se hace cargo de la vulnerabilidad y dependencia y se aleja de la ilusión de la autonomía plena. En cualquier caso, no se puede pedir a la confianza más de lo que puede dar. La confianza implica una reducción y descarga de la complejidad e incertidumbre (cfr. sobre todo LUHMANN) en el proceso de toma de decisiones, aumentando las posibilidades de responder adecuadamente a la concreta situación clínica. Pero no garantiza seguridad ni certeza totales, lo que, por otra parte, resulta incompatible con la falibilidad del razonamiento propio de los asuntos humanos y los asuntos clínicos.

La necesidad de rehabilitar la confianza revalida la importancia de los profesionales sanitarios, y en particular de los buenos profesionales. El buen ejercicio profesional sirve de amparo para la fragilidad y vulnerabilidad del paciente o usuario, conjura el riesgo de tratamientos perjudiciales o discriminatorios y, asimismo, consolida la propia confianza. La relevancia de la confianza en la relación clínica se hace evidente, sobre todo, en relación con la confidencialidad: la cultura de la confidencialidad ha de articularse tanto sobre la autonomía como sobre la

confianza. Pero la conjunción de ambas se pone de relieve también en relación con el ejercicio de la autonomía decisoria del paciente o usuario.

En la relación clínica el paciente o usuario ve aumentada su vulnerabilidad y dependencia frente al depositario de su confianza, el profesional sanitario, quien, proporcionalmente, ve aumentado su poder. Más allá de la situación de enfermedad, el paciente desnuda sus sentimientos y emociones y transmite diversas informaciones de naturaleza íntima o privada, sensibles y relevantes para él, lo que parece improbable en ausencia de un mínimo grado de confianza. La necesidad de ésta se hace más evidente al constatar que en la relación clínica la desnudez emocional y la transmisión de confidencias no fluye de forma bilateral sino unilateral o unidireccional: del paciente al profesional sanitario (cfr., con carácter general, BOK, 80 ss.). (En este sentido, la unilateralidad de la confidencia confirma el diferente alcance de la confianza en la relación clínica (confianza profesional) y en las relaciones de amistad (confianza personal), y explica, asimismo, el carácter cualificado o reforzado del deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios).

De otra parte, el paciente desconoce el significado de su situación y las alternativas para superarla, conocimiento que puede obtener de los profesionales sanitarios. La información sobre su situación, por sí sola, no basta. La información en bruto apenas tiene significado y utilidad para el paciente o usuario; es preciso seleccionarla, interpretarla y transmitirla –saber transmitirla-, para lo que ha de disponer de alguien que satisfaga dichas condiciones. Una información de calidad, útil para una toma de decisiones correcta, puede obtenerse sobre la base de la confianza. Ésta evita, de un lado, que el paciente o usuario oculte y no transmita información relevante por desconfianza o recelo frente al profesional sanitario; de otro, el acarreo incesante de información por parte del profesional sanitario, ininteligible para el paciente o usuario tanto por su volumen como por su desconocimiento.

II. LA PROYECCIÓN DE LOS MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN EN LA LEY BÁSICA DE AUTONOMÍA DEL PACIENTE

1. Una propuesta de interpretación y desarrollo de la Ley básica

Entre los modelos paternalista y autonomista, la Ley básica apunta nítidamente al segundo. En esto navega según el rumbo de la época, al igual que la pleamar le-

gislativa autonómica del naciente siglo XXI en el contexto jurídico-sanitario. Sin embargo, no ha de incurrirse en el simplismo de calificar la fundamentación de la Ley básica como autonomista, en el sentido expuesto en el primer apartado, pues presenta unos matices más ricos y complejos. Dos parecen ser los ejes de la Ley: la autonomía del paciente o usuario y los derechos –y obligaciones- de los pacientes, así como de los profesionales, instituciones y centros sanitarios. El suyo es, en suma, un lenguaje autonomista y un lenguaje iusfundamental.

La denominación de la Ley básica refleja lo recién señalado: “Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. De inmediato, la Exposición de Motivos lo corrobora, en el inciso primero de su párrafo primero: “La importancia que tienen los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales...”, y en el último de sus párrafos, cuando concluye que el objetivo de la Ley es “aclarar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias”. El artículo 1, referido a los objetivos o finalidad de la Ley –si bien su rótulo reza “Ámbito de aplicación”-, precisa las afirmaciones anteriores: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica”. Así lo hace también al referirse a la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad como principios básicos de la Ley en el artículo 2.1. O, seguidamente, mencionando el consentimiento previo e informado del paciente o usuario (artículo 2.2); esto es, la facultad de decisión libre e informada (cfr. artículo 2.3).

Las expresiones más acertadas para definir la Ley básica son, a mi entender, el último párrafo de la Exposición de Motivos y su artículo 1. Además de enunciar con nitidez el propósito del legislador, ponen de relieve dos aspectos de capital importancia para la interpretación y aplicación de la Ley. En primer lugar, que no regula únicamente derechos sino también obligaciones. En segundo lugar, que tales derechos y obligaciones no se refieren únicamente al paciente o usuario, sino a todos –o

casi todos- los actores y participantes en las relaciones clínicas o sanitarias: pacientes o usuarios; profesionales sanitarios; otros profesionales; centros sanitarios; Administraciones sanitarias; otros terceros, vinculados o no con el paciente.

La denominación de la Ley básica explica, aunque no totalmente, su contenido. La Ley se ocupa de dos grandes áreas o ámbitos temáticos, referidos al final de la denominación: la información y la documentación clínica, respectivamente. No se trata de partes separadas sino de un *continuum* cuyo gozne viene dado, precisamente, por la autonomía y los derechos y obligaciones a los que hace referencia el comienzo de la denominación. Tales elementos están presentes a lo largo del texto articulado, y no sólo los referidos al paciente –pese al enunciado del título de la Ley- sino los relativos a todas las partes implicadas en las relaciones sanitarias.

A mi entender, la estructura de la Ley básica es algo confusa. Con todo, una comprensión sistemática de sus cuatro elementos axiales: autonomía, derechos y obligaciones, información y documentación clínica, a la luz de las finalidades que persigue, hace posible brindar una imagen sintética de su contenido. (Cfr. Anexo I).

Dicha comprensión sistemática permite, asimismo, ensayar una propuesta de interpretación y desarrollo de la misma, que se hace cargo del carácter nuclear de la autonomía, a partir del cual hay que situar los restantes elementos. La autonomía actúa en los dos ámbitos regulados por la Ley: la información sanitaria y la documentación clínica. En el primer caso la autonomía se manifiesta como autodeterminación decisoria, mediante el ejercicio del (derecho al) consentimiento informado, y también del derecho a la intimidad –que en la Ley se proyecta esencialmente a los aspectos documentales-. En el segundo supuesto, lo hace como autodeterminación informativa, mediante el ejercicio del derecho a la protección de datos personales –ausente en la Ley- y, asimismo, del derecho a la intimidad.

El valor y la función de la intimidad. La intimidad no desempeña un papel importante sólo en el ámbito documental, en orden al ejercicio de la autodeterminación informativa, sino también en el ámbito decisorio. La garantía de un ámbito de reserva, aislado y protegido frente a injerencias de los demás, es condición indispensable para un adecuado proceso de toma de decisiones y para el ejercicio de la denominada autodeterminación decisoria; esto es, del con-

sentimiento informado. La garantía de una esfera íntima y privada hace posible, de una parte, el desahogo y la liberación emocionales indispensables para una adecuada toma de decisiones. Las situaciones y relaciones referidas a nuestra salud generan tensiones, angustias, presiones psicológicas que entorpecen o nublan nuestro juicio sobre diversos aspectos; en este sentido el recogimiento en la intimidad hace posible serenarse, y contemplar y evaluar con mayor detenimiento y perspectiva dichas situaciones. De otra, disponer de un ámbito reservado del conocimiento de los demás nos permite meditar y reflexionar sobre los acontecimientos y experiencias, enjuiciarlos y ponerlos en relación con nuestro sistema de valores y nuestro plan de vida, en orden a decidir el curso de acción a seguir; en el sentido ahora indicado la intimidad ofrece tranquilidad y tiempo para planificar nuestras decisiones, ponderando alternativas, consecuencias y efectos. Nos proporciona, asimismo, un entorno protegido para comunicarnos y compartir con los más allegados o con quien decidamos, y sólo con ellos, nuestras dudas, inquietudes, temores, planes y decisiones. También, cómo no, para recibir en adecuadas condiciones de confidencialidad la información por parte de los profesionales sanitarios, elemento esencial del proceso de toma de decisiones indicado. (Cfr. en un sentido semejante, si bien con carácter general y distinta finalidad, WESTIN, 34 ss.).

La Ley básica, acertadamente, se aleja de nociones extremas e ilusorias de la autonomía, en favor de una noción más equilibrada (cfr. *supra* I.3.3). El respeto de la autonomía del paciente o usuario –y de las otras partes de la relación clínica– no consiste en el reconocimiento de un *agere licere* ilimitado, sino que la Ley incorpora y exige una mayor dosis de *responsabilidad* en todos los implicados, presente, entre otros extremos, en un catálogo de obligaciones, muchas de ellas inéditas, para los distintos participantes en la relación. En cuanto a los pacientes o usuarios el ejemplo más notable es la imposición de un deber de lealtad, veracidad y colaboración en la prestación de sus propios datos de salud (art. 2.5); en cuanto a los profesionales sanitarios, tal vez el más novedoso sea el llamado deber de calidad en relación con la historia y la documentación clínica, consistente en garantizar la adecuación, veracidad, pertinencia, actualidad, etc. de las informaciones o datos de salud (arts. 2.6 y, sobre todo, 15 y 17), deber impuesto, asimismo, a los

centros sanitarios (arts. 14-17), junto con el más genérico de garantía de respeto y ejercicio de los derechos (arts. 7, 11, 12 y 14 ss.).

En suma, sugiero que el *eje de la relación clínica ha de ser triple: autonomía, responsabilidad y confianza*, en el caso de esta última por su trascendencia en dicha relación, subrayada por los deberes de confidencialidad y de calidad derivados del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de datos personales y por su influencia en el proceso de toma de decisiones (cfr. *supra* I.3.3.3). (Hasta cierto punto podría considerarse que el eje de la relación clínica es doble: autonomía y confianza, en la medida en que la responsabilidad puede ser incluida en una autonomía que se desdobra en autodeterminación libre y autodeterminación responsable. Con todo, la dimensión de obligación que subraya la responsabilidad aconseja su consideración expresa). (Cfr. Anexos I y II).

2. ¿Representa la Ley básica un nuevo paradigma en las relaciones sanitarias?

Tras proponer esta reconsideración de la estructura de la Ley básica estoy en mejores condiciones de responder al interrogante que encabeza este apartado. A mi entender la Ley básica no da lugar a un nuevo paradigma. Ha de admitirse un avance o desarrollo, más relevante en algunos aspectos que en otros, pero dentro de un paradigma ya existente, cuyo alcance rebasa el ámbito sanitario: el Estado constitucional y democrático de Derecho, resultado del proceso de constitucionalización del Derecho y, en general, de la vida política y social en nuestro país a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En suma, estimo que la Ley básica no representa tanto un cambio de paradigma cuanto la consolidación o profundización de un paradigma ya existente. Me explicaré.

El sistema jurídico-sanitario está condicionado por los cambios más amplios que acontecen en el sistema jurídico *in toto*, y más allá de éste, por los cambios en el sistema político y aun en el sistema social, de los que depende. En lo que ahora nos interesa, existe un factor que sí ha determinado la aparición de un nuevo paradigma jurídico, o mejor aún, ético-jurídico y político-jurídico: la constitucionalización.

El modelo jurídico-político de referencia en los últimos siglos era el Estado de Derecho legislativo, vertebrado y culminado por la ley. Sin embargo, dicho modelo está agotado. Hoy estamos instalados en el Estado constitucional de Derecho, cuya comprensión demanda un nuevo

tipo de respuesta, capaz de articular un modelo de comprensión del Derecho ajustado a la fisonomía de los sistemas políticos y jurídicos contemporáneos. La comparación del modelo precedente de Estado legislativo con los rasgos propios del actual modelo de Estado constitucional de Derecho puede resumirse en cuatro breves fórmulas: “(1) norma en vez de valor; (2) subsunción en vez de ponderación; (3) independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la Constitución; (4) autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución en lugar de la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución, sobre todo del Tribunal Constitucional [Federal]” (ALEXY 1987, 160).

El nuevo paradigma afirma el carácter normativo de la Constitución y su aplicabilidad inmediata, en particular de un catálogo de derechos fundamentales considerados elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales. Además de esta dimensión institucional u objetiva, los derechos fundamentales presentan asimismo una dimensión individual, en tanto que derechos subjetivos que garantizan un ámbito de libertad individual a su titular. Por otra parte, la superioridad normativa de la Constitución y la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con ella implica a su vez la sujeción de los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial- y de los ciudadanos a los dictados constitucionales (cfr. art. 9.º 1 y art. 53 CE).

La ruptura con el modelo legalista-positivista, que reduce el Derecho a ley formal, se desplegó a lo largo del pasado siglo en diversas tendencias teórico-jurídicas, que coinciden en constatar la presencia de valores en el proceso de determinación del Derecho. Así, el intento positivista de separar artificialmente dos planos comunicables del Derecho, uno político, donde tienen lugar las valoraciones, y otro puramente mecánico, limitado a la simple subsunción, queda definitivamente roto.

Por tanto, la praxis jurídica y el proceso aplicativo o de determinación del Derecho dejan

de entenderse como una operación mecánica y se convierten en algo necesariamente axiológico. La propia normativa constitucional presenta un notable contenido valorativo, y sus disposiciones suelen adoptar la forma de cláusulas generales o principios, esto es, normas de carácter abierto, genérico, que son objeto de ponderación y que apuntan al logro de ciertos fines o estados de cosas estimados como valiosos, más que a un cumplimiento taxativo y delimitado o a la realización de una concreta acción, que es lo propio de las reglas. Todo ello pone de relieve la necesidad de abandonar la racionalidad lógico-formal y la reducción de la aplicación a un proceso de mera subsunción, en favor de un tipo de razonamiento jurídico-práctico que haga posible incluir valores y fines en los razonamientos y que se acomode a la estructura principialista de las normas de derecho fundamental y, en general, de las normas constitucionales.

La Constitución española de 1978 sienta las bases éticas, jurídicas y políticas del nuevo paradigma. Todo cambio de paradigma implica un nuevo significado para las instituciones y conceptos anteriores, cuyo significado tradicional no sirve para dar cuenta de la nueva realidad. Además, todo nuevo paradigma incorpora un cambio global de lenguaje y nuevos modelos o metáforas: el lenguaje del paradigma constitucional es el lenguaje de los derechos y el lenguaje de los principios, y su metáfora o modelo es el diálogo. El lenguaje de los derechos se ocupa de determinar los contenidos básicos o mínimos que una sociedad justa debe garantizar, y el lenguaje de los principios enuncia la fisonomía propia de las disposiciones jurídicas referidas a los derechos, y nos remite a un determinado modelo, prudencial, de razonamiento práctico; esto es, a la metáfora o modelo dialógico. En el contexto jurídico-sanitario la Constitución, junto con el Convenio de derechos humanos y Biomedicina (1997-2000), una suerte de Constitución bioética, configuran el marco de referencia. La primera y principal traducción jurídico-sanitaria del texto constitucional fue la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril), antecedente expreso de la actual Ley básica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) y de las análogas Leyes autonómicas (2000-2003). Éstas, tanto la Ley básica estatal como las leyes autonómicas, constituyen la actualización, la profundización y el desarrollo contemporáneos del marco constitucional de referencia, al que se ha incorporado en

la última década el Convenio de derechos humanos y Biomedicina.

Por consiguiente, la Ley básica representa de momento el último hito de la evolución jurídico-sanitaria iniciada a partir de la Constitución. La comparación entre la regulación precedente, ejemplificada por la Ley General de Sanidad, y el texto articulado de la Ley básica refleja legislativamente el alcance de dicha evolución. En este sentido, y en orden a conocer el desarrollo del nuevo paradigma y sus diversas etapas, pueden señalarse dos velocidades o niveles de profundización en atención al ámbito material regulado.

La autodeterminación decisoria. El reconocimiento de la autonomía y los derechos en el plano de la autodeterminación decisoria, a través del consentimiento informado, comienza a desarrollarse legislativamente, con carácter general, a través del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, y su mejora y ampliación han continuado hasta la fecha, singularmente mediante el Convenio de derechos humanos y Biomedicina (arts. 5 ss.). En este sentido ha de mencionarse también, en el plano jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de enero de 2001, donde el derecho al consentimiento informado es calificado como “derecho humano fundamental”.

También en la Ley básica resulta apreciable una profundización en el nuevo paradigma en el ámbito de la autodeterminación decisoria, patente, entre otros, en los siguientes aspectos: 1) una regulación más equilibrada de la información clínica o sanitaria (cfr., por ejemplo, arts. 2, 3, 4, 5, 6, 10, 12 y 13); 2) la consolidación del derecho al consentimiento informado (arts. 2, 3 y 8 ss.); 3) la proyección del consentimiento informado y la facultad de autodeterminación decisoria *ad futurum*, como autonomía prospectiva, bajo la forma de instrucciones previas (art. 11) –recientemente ampliada y reforzada con la institución de la autotutela, introducida por obra de la modificación del artículo 223 del Código civil *ex* artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad-; 4) la regulación de la situación singular del menor maduro, reconociendo una suerte de mayoría de edad sanitaria (art. 9); 5) cierto reconocimiento de distintos niveles en las relaciones clínicas y sanitarias, ocupándose no sólo del nivel microético, sujeto a la relación clínica tradicional, sino también, aunque no sea su objetivo, del nivel mesoético, propio de las instituciones y organizaciones sanitarias (cfr., por ejemplo, arts. 1, 2, 6, 7, 11, 12, 13, 14-19 y 20;

completados, entre otras, con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Sobre el significado de este nuevo estadio en la evolución de la Bioética cfr. SIMÓN 2002; cfr. también el ejemplo de la ABFYC).

Por otra parte, existen también aspectos cuestionables, que más que retroceso implican un estancamiento, desvío o, quizás, temor a desarrollar en todos sus puntos las líneas maestras de la Ley básica. El más destacable de ellos es el confuso régimen del consentimiento por representación, en particular el referido a las personas menores de edad (arts. 5, 9.3 y 9.4).

La autodeterminación informativa. La Ley básica incorpora también novedades en relación con la regulación anterior respecto de la denominada autodeterminación informativa, lo que no impide señalar que se encuentra en un estadio menos desarrollado que la autodeterminación decisoria. La Ley garantiza el respeto de la intimidad (arts. 2.1, 7, 17) y la confidencialidad de la información y documentación clínica (arts. 2.7 y 14 ss.), también presentes en la Ley General de Sanidad (cfr., por todos, arts. 10 y 61). Más interesante, en la medida en que representa un avance en el fortalecimiento de la autonomía, es la regulación del derecho de acceso a la información contenida en la historia clínica, tanto de los paciente o usuarios (art. 18) como de los profesionales sanitarios o de otros terceros (art. 16); junto a este derecho, la Ley impone específicos deberes de custodia, conservación y seguridad, y el no menos importante deber de calidad en relación con la historia y documentación clínica (arts. 2.6, 14-17), acordes con el nuevo régimen jurídico de la protección de los datos de carácter personal referidos a la salud, que tiene como referencia la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Así lo advierte el legislador en el séptimo, y penúltimo, párrafo de la Exposición de Motivos, aludiendo a “la necesidad de una reforma y actualización de la normativa contenida en la Ley General de Sanidad”.

No obstante, la garantía de la autodeterminación informativa en la Ley básica es apocada e insuficiente, fundamentalmente por la ausencia de reconocimiento del derecho a la protección de datos personales, resultado de las Sentencias del Tribunal Constitucional 290/2000 y 292/2000, ambas de 30 de noviembre, y responsable del giro autonomista en la tutela de los datos de carácter personal y, en lo que ahora nos concierne, de los datos de salud y la documentación clínica. A través de la regulación del derecho de acceso y de los deberes de calidad, la Ley básica amplía indirectamente la autonomía del pa-

ciente o usuario, y de los profesionales sanitarios, al garantizar facultades e imponer obligaciones propias del régimen del mencionado derecho a la protección de datos personales (por más que tales facultades y obligaciones existiesen ya antes, si bien con distinto alcance: cfr., por ejemplo, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: Anexo I. 5. 6.º). Sin embargo, la justificación del derecho de acceso –y de otros derechos- y del deber de calidad no puede derivarse del derecho a la intimidad, único derecho fundamental presente en la Ley básica al respecto, pese a la paulatina ampliación de su ámbito y contenido por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. un panorama en SEOANE 2002 a, 87-89, y SEOANE 2002 c, 238-239), sino del nuevo derecho fundamental a la protección de datos personales.

El derecho a la protección de datos personales rebasa los límites del derecho a la intimidad. Su protección se proyecta no sólo sobre el ámbito íntimo y el ámbito privado sino también sobre el ámbito público. Su alcance se articula en torno a dos grandes facultades positivas o de control: el derecho a consentir y el derecho a saber, que requieren para su efectividad, respectivamente, el derecho a ser informado y el derecho de oposición (cfr. en este sentido la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 6 y 7); en suma, un derecho al consentimiento informado aplicado a la protección de los datos personales de salud. Asimismo, da lugar a deberes y obligaciones de dos órdenes: un deber universal de confidencialidad o secreto y –he aquí la novedad- deberes positivos específicos para determinados terceros, referidos a la calidad de los datos y a la diligencia en su tratamiento, que pueden sintetizarse en el mencionado deber de calidad. (Cfr. un tratamiento panorámico de éstas y otras cuestiones referidas a la tutela de la autodeterminación informativa en el ámbito sanitario en SEOANE Y ARTETXE, 355-366; un tratamiento más detallado en SEOANE 2002 c, 233-245 y, sobre todo, en SEOANE 2002 a, 73-105. En SEOANE 2002 b, 156-171 me he ocupado de estas cuestiones al hilo de la información y los datos genéticos, si bien la argumentación es perfectamente aplicable a los datos de salud en general).

Por consiguiente, puede afirmarse que la Ley básica nace, en cierto modo, caduca en lo que atañe a la autodeterminación informativa: la implantación y desarrollo en el ámbito sanitario del giro autonomista e iusfundamental derivado de la aparición del derecho a la protección de datos personales (1999-2000) está apenas –si realmente está- en sus albores. En cambio, dicho giro autonomista e iusfundamental en relación con la autodeterminación decisoria ha consumido una primera etapa de desarrollo con la Ley General de Sanidad (1986) y recorre una segunda etapa de profundización a partir de la Ley básica (2002). En suma, por más que la Ley básica se haya fijado como objetivo situar “los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales” (párrafo primero de la exposición de Motivos) y reforzar y dar “un trato especial al derecho a la autonomía del paciente” (párrafo quinto de la Exposición de Motivos), su tratamiento en el texto articulado ejemplifica el hiato existente entre las dos dimensiones de dicha autonomía, incipiente y discutida la una (autodeterminación informativa), consolidada la otra (autodeterminación decisoria).

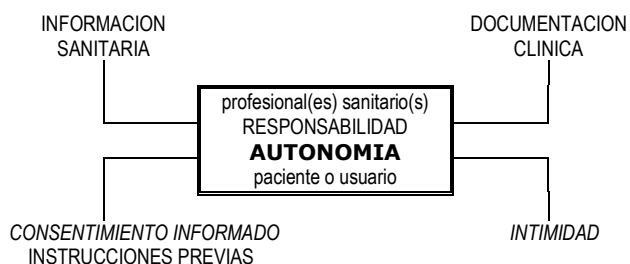
A pesar de las críticas apuntadas, el juicio global sobre la aparición de la Ley básica en nuestro sistema jurídico es positivo, tanto por sus acertadas aportaciones como por su influencia en la praxis jurídica y clínica: la Ley básica es el instrumento legal más importante para ordenar las relaciones clínicas. Su importancia deriva, entre otros aspectos, del ejercicio de una función esencial: comenzar a concretar el significado de los principios, valores y derechos constitucionales, cuya estructura abierta y genérica demanda una regulación más específica. Esta labor legislativa sirve, además, para confirmar la relevancia de dichos valores y derechos para el ámbito sanitario y, simultáneamente, para reforzar la vigencia y contribuir al desarrollo del nuevo paradigma jurídico-sanitario.

Además, la constitucionalización característica del nuevo paradigma se refleja también en la Bioética. De modo análogo al (neo)constitucionalismo, en cuanto respuesta teórica que pretende dar cuenta de la realidad jurídico-política derivada de los modernos Estados constitucionales de Derecho, la Bioética sanitaria aparece como el intento de reflexionar, explicar, fundamentar y guiar satisfactoriamente nuestro comportamiento ante una nueva realidad clínica que ha experimentado su propio proceso de *constitucionalización*, patente también en la incorporación de los derechos fundamentales y en la constatación de la ineludible presencia de valores en la

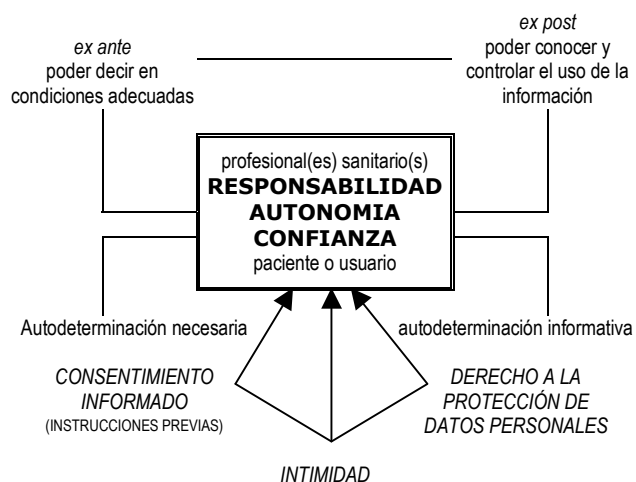
práctica clínica. En otras palabras, la Bioética abraza un lenguaje iusfundamental y un lenguaje principialista para hacerse cargo de una realidad clínica que no puede explicarse ni reducirse únicamente a hechos, y para superar el ilusorio reduccionismo positivista que postula la separación entre ser y deber ser en aras de un ideal de pureza que la mencionada realidad y la práctica clínicas, teñidas de valores, se encargan de desmentir.

III. ANEXOS

Anexo I. Ley 41/2002, de 14 de noviembre (estructura)



Anexo II. Ley 41/2002, de 14 de noviembre (propuesta de interpretación)



IV. BIBLIOGRAFÍA

ABFYC: Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, *La ética de las organizaciones sanitarias en los modelos de calidad. Propuestas de mejora para su desarrollo en España*, Pablo Simón (coordinador), Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 1 de diciembre de 2003.

ALEXY: Robert Alexy, "Sistema jurídico y razón práctica" (1987), en *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994, 159-177.

ARENDT: Hannah Arendt, *La condición humana*, traducción de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós 1993.

ARISTÓTELES *Ética*: Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe y traducción de María Araújo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, séptima edición, 1999.

ARISTÓTELES *Política*: Aristóteles, *Política*, edición bilingüe y traducción de Julián Marías y María Araújo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, reimpresión de la segunda edición, 1997.

BEAUCHAMP 1978: Tom L. Beauchamp, "Paternalism", en Warren T. Reich (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, volume 3, New York, The Free Press, 1978, 1194-1201.

BEAUCHAMP 1995: Tom L. Beauchamp, "Paternalism", en Warren Thomas Reich (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, revised edition, volume 4, New York, Simon & Schuster, 1995, 1914-1920.

BEAUCHAMP Y CHILDRESS: Tom L. Beauchamp y James F. Childress, *Principios de ética biomédica* (1994), traducción de la cuarta edición de Teresa Gracia García-Miguel, F. Javier Júdez Gutiérrez, Lydia Feito Grande; revisión científica de Diego Gracia Guillén y F. Javier Júdez Gutiérrez, Barcelona, Masson, 1998.

BEAUCHAMP Y MCCULLOGH: Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCulloch, *Ética médica. Las responsabilidades morales de los médicos*, traducción de Enrique Pareja Rodríguez, Barcelona, Labor, 1987.

BOK: Sissela Bok, *Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation*, New York, Vintage Books, 1989.

BRODY: Howard Brody, "The Physician/Patient Relationship", en Robert M. Veatch (ed.), *Medical Ethics*, Boston, Jones & Bartlett, 1989, 65-91.

CORTINA 1997: Adela Cortina, "Universalizar la aristocracia. Por una ética de las profesiones", *Claves de razón práctica* 75 (1997), 46-52.

DE LORENZO: Ricardo de Lorenzo y Montero, *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Madrid, Colex, 2003.

DOMÍNGUEZ LUELMO: Andrés Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2003.

EMMANUEL Y EMMANUEL: Ezekiel J. Emmanuel y Linda L. Emmanuel, "Cuatro modelos de la relación médico-paciente" (1992), traducción de Jesús González Sánchez; revisión de Azucena Couceiro, en Azucena Couceiro (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela, 1999, 109-126.

FEINBERG: Joel Feinberg, *Harm to Self*, New York, Oxford University Press, 1986.

FERRER Y ÁLVAREZ: Jorge José Ferrer y Juan Carlos Álvarez, *Para fundamentar la bioética. Teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporánea*, Bilbao, Desclée de Brouwer. Universidad Pontificia Comillas, 2003.

GARZÓN VALDÉS: Ernesto Garzón Valdés, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?" (1987), en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 361-378.

GRACIA 1989: Diego Gracia, *Fundamentos de Bioética*, Madrid, Eudema, 1989.

GRACIA 1991: Diego Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Eudema, 1991.

GRACIA 1992: Diego Gracia, "La práctica de la medicina", en Azucena Couceiro (ed.), *Bioética para clínicos*, Madrid, Triacastela, 1999, 95-108.

GRACIA 1998 a: Diego Gracia, *Bioética clínica*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998.

GRACIA 1998 b: Diego Gracia, *Profesión médica, investigación y justicia sanitaria*, Santa Fe de Bogotá, El Búho, 1998.

GRACIA 2000: Diego Gracia, "La deliberación moral. El papel de las metodologías en la ética clínica", en José

- Sarabia y Álvarezde, Manuel de los Reyes López (eds.), *Comités asistenciales de ética*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2000, 21-41.
- KANT *Ilustración*: Immanuel Kant, *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?* (1784), traducción de Agapito Maestre y José Romagosa, en AA. VV. *¿Qué es la Ilustración?*, Madrid, Tecnos, 2.^a edición corregida y aumentada, 1989, 17-29.
- KANT *Tópico*: Immanuel Kant, *En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”* (1793), versión castellana de Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, en *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986, 3-60.
- KANT *Fundamentación*: Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1797), edición bilingüe y traducción de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.
- KUHSE Y SINGER: *A Companion to Bioethics*, Helga Kuhse, Peter Singer (eds.), Oxford, Blackwell, 1998.
- LAÍN ENTRALGO: Pedro Laín Entralgo, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría* (1964), Madrid, Alianza, 1983.
- LUHMANN: Niklas Luhmann, *Confianza* (1973), traducción de Amada Flores, de la edición inglesa, corregida y cotejada con el original alemán por Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona. México. Santiago de Chile, Anthropos. Universidad Iberoamericana. Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica, 1996.
- MACINTYRE: Alasdair MacIntyre, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes* (1999), traducción de Beatriz Martínez de Murguía; revisión técnica de Fernando Escalante Gonzalbo, Barcelona, Paidós, 2001.
- MILL: John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (1859), traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza, 1970.
- NUSSBAUM 1986: Martha C. Nussbaum, *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia y filosofía griega*, traducción de Antonio Ballesteros, Madrid, Visor, 1995.
- NUSSBAUM 1990 a: Martha C. Nussbaum, “The Discernment of Perception: An Aristotelian Conception of Private and Public Rationality”, en *Love’s Knowledge. Essays on Philosophy and Literature*, New York, Oxford University Press, 1990, 54-105.
- NUSSBAUM 1990 b: Martha C. Nussbaum, “Transcending Humanity”, en *Love’s Knowledge. Essays on Philosophy and Literature*, New York, Oxford University Press, 1990, 365-391.
- NUSSBAUM 1992: Martha C. Nussbaum, “Capacidades humanas y justicia social. En defensa del esencialismo aristotélico”, traducción de Antonio Gómez Ramos, en Jorge Riechmann (coord.), *Necesitar, desear, vivir. Sobre necesidades, desarrollo humano, crecimiento económico y sustentabilidad*, Madrid, Libros de la Catarata, 1998, 43-104.
- NUSSBAUM 1993: Martha C. Nussbaum, “Virtudes no relativas: un enfoque aristotélico”, en Martha C. Nussbaum y Amartya Sen (compiladores), *La calidad de vida*, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 318-351.
- NUSSBAUM 1994: Martha C. Nussbaum, *La terapia del deseo. Teoría y práctica en la ética helenística* (1994), traducción de Miguel Candel, Barcelona, Paidós, 2003.
- NUSSBAUM 2000: Martha C. Nussbaum, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, traducción de Roberto Vernet, Barcelona, Herder, 2002.
- O’NEILL 2002 a: Onora O’Neill, *Autonomy and Trust in Bioethics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- O’NEILL 2002 b: Onora O’Neill, *A Question of Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- PELLEGRINO-THOMASMA: Edmund D. Pellegrino, David C. Thomasma, *The Virtues in Medical Practice*, New York, Oxford University Press, 1993.
- RAZ: Joseph Raz, *Razón práctica y normas*, traducción de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ROMEO MALANDA: Sergio Romeo Malanda, “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I) y (II)”, *La Ley* 5703 (2003), 1-6, y 5704 (2003), 1-7.
- SÁNCHEZ-CARO Y ABELLÁN: Javier Sánchez-Caro y Fernando Abellán, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Granada, Comares, 2003.
- SEOANE 2002 a: José Antonio Seoane, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano* 16 (2002), 71-105.

SEOANE 2002 b: José Antonio Seoane, "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 17 (2002), 135-175.

SEOANE 2002 c: José Antonio Seoane, "¿A quién pertenece la historia clínica? Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos", *Derecho y Salud* 10/2 (2002), 231-254.

SEOANE 2002 d: José Antonio Seoane, "En torno a la noción de tipo", *Persona y Derecho* 47 (2002), 325-360.

SEOANE 2004 a: José Antonio Seoane, "Un modelo para la adopción de decisiones de representación: el mayor interés del incapaz", en Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, *V Congreso Nacional de Bioética de la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica*, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2004.

SEOANE 2004 b: José Antonio Seoane, "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", *Siglo Cero* 210 (2004).

SEOANE 2004 c: José Antonio Seoane, *El Derecho como compensación. El sistema jurídico en la Teoría analítica del Derecho contemporánea. Una aproximación desde el pensamiento de Joseph Raz* (en prensa).

SEOANE Y ARTETXE: José Antonio Seoane y Alejandro Artetxe, "De la intimidad como privilegio a la intimidad como secreto: el derecho a la protección de datos personales en materia de salud", en Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, *La Bioética, diálogo verdadero. IV Congreso Nacional. Bilbao, 2-4 de noviembre de*

2000

, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2002, 355-370.

SIMÓN 2000: Pablo Simón, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Madrid, Triacastela, 2000.

SIMÓN 2002: Pablo Simón, "La ética de las organizaciones sanitarias: el segundo estadio de desarrollo de la bioética", *Revista de Calidad Asistencial* 17/4 (2002), 247-259.

TAYLOR 1979: Charles Taylor, "Atomismo", traducción de Silvia Mendlewicz y Albert Calsamiglia, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dir. y coord.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, 1990, 107-124.

TAYLOR 1989: Charles Taylor, *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, traducción de Ana Lizón; revisión técnica de Ramón Alfonso Díez, Barcelona, Paidós, 1996.

TAYLOR 1992 a: Charles Taylor, *La ética de la autenticidad*, traducción de Pablo Carbajosa Pérez, Barcelona, Paidós. I.C.E./U.A.B., 1994.

TAYLOR 1992 b: Charles Taylor, *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, traducción de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

WEBER: Max Weber, "La objetividad del conocimiento en las ciencias y la política sociales" (1904), traducción de Michael Faber-Kaiser, revisada por Salvador Giner, en *La acción social: ensayos metodológicos*, Barcelona, Península, 1984, 112-190.

WESTIN: Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, 1967.

ELECCIÓN DE LA PROPIA MUERTE Y DERECHO: HACIA EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO A MORIR.

María Moreno Antón
Prof. Titular U. Autónoma de Madrid

SUMARIO.- 1. Introducción. - 2. Por qué el derecho a morir. - 3. Quid del derecho a morir. - 4. Su posible configuración legal. - 4.1. Concepto y contenido. - 4.2. Naturaleza jurídica. - 4.3. Titularidad. - 4.4. condiciones de ejercicio. - 4.4.1. Objetivas: enfermedad terminal o situación vital insoportable. - 4.4.2. Subjetivas: Autonomía de la voluntad y libertad de decisión. - 4.5. Procedimiento. *Reseña Bibliográfica.*

1- INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas pretenden hacer partícipes a los lectores de las reflexiones que nos han suscitado varios acontecimientos jurídicos muy cercanos en el tiempo y ligados sustancialmente entre sí: la decisión del Comité de Derechos Humanos de la ONU en Febrero de 2002 de analizar el fondo de la demanda sobre el derecho a morir dignamente presentada por los herederos de José Luis Sampedro, fallecido hace 7 años¹; la sentencia del TEDH de 29 de Abril de 2002 que deniega la petición de la ciudadana inglesa Diane Pretty de obtener impunidad para su marido por asistirle activamente en la muerte; la entrada en vigor el 4 de Abril de 2002 de la ley holandesa sobre la eutanasia; la ley belga de 28 de mayo de 2002 que también despenaliza la eutanasia y reconoce el derecho a elegir la muerte en supuestos de sufrimiento intolerable; la ley española 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente; o la noticia recientemente aparecida en los medios de comunicación del ciudadano británico Reginald Crew que ha realizado su último viaje a Zurich (Suiza) para hacer lo que no está permitido en su país: ingerir un coctel de medicinas que

le permitan morir en el menor tiempo y con el menor dolor posibles².

Son muchos los que opinan que ayudar a morir en algunos casos es una acción humanitaria fruto de la sensatez; y también son muchos otros los que piensan lo contrario: que dicha ayuda es un homicidio que el Derecho debe castigar. Entre estos dos ejes se mueve toda la polémica en torno a una vieja cuestión, la eutanasia, que está latente en la sociedad occidental desde hace muchos años³, y que resurge con fuerza en algunos momentos como consecuencia de factores variados.

Sin embargo, no es nuestra intención abordar de manera exhaustiva esta compleja cuestión que, por lo demás, ha sido objeto de tan profusa literatura en los planos jurídico, ético y filosófico, que hace prácticamente imposible manejarla toda⁴.

¹ En Junio de 1993, José Luis Sampedro, aquejado desde hacía 25 años de una tetraplejía que provocaba una inmovilización absoluta y permanente de todo su cuerpo excepto de la cabeza, solicitó a los tribunales españoles autorización para que su médico de cabecera le ayudara a morir dignamente. El caso llegó ante el TC que inadmitió el recurso de amparo mediante Auto de 18 de Julio de 1994. Las diferentes resoluciones judiciales sobre este caso pueden consultarse en MARCOS DEL CANO, A. M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico, Madrid 1999, Apéndice X, pp. 295 y ss.

² Crónica del Diario El Mundo de 26 de enero de 2003.

³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Libertad de amar y derecho a morir, 6^o ed., Buenos Aires 1946, pp. 415 y ss.

⁴ En 1993 la citada demanda de J.L. Sampedro de ser ayudado a morir ocasionó un amplio debate en la opinión pública española. En abril de 2002 la inglesa Diane Pretty, aquejada de una enfermedad incurable, degenerativa y muy dolorosa, a la que el TEDH no permitió la asistencia activa de su marido para ayudarle morir, reabrió otra vez el debate en torno a la eutanasia y el derecho a una muerte digna.

⁵ Son ejemplos de las distintas vertientes en que la eutanasia ha sido abordada: AA.VV. Morir con dignidad: dilemas éticos en el final de la vida, Madrid 1996; ANSUÁTEGUI ROIG F.J. (Coord), Problemas de la eutanasia, Madrid 1999; CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos, Madrid 1994; DWORKIN, R., El dominio de la vida, Una discusión a cerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona 1994; GAFO,

Lo que pretendemos es cambiar la perspectiva, porque la eutanasia, entendida como la ayuda a morir o la buena muerte que un tercero produce a un enfermo incurable o agonizante⁶, y todo el pensamiento filosófico-jurídico que se ha originado en torno a ella han dejado al enfermo, al agonizante o al que sufre como sujeto pasivo de todo el problema y ha puesto el acento en la posición del médico, o en los familiares del enfermo, o en el Estado paternalista, defensor a ultranza de la vida.

Creemos que debe invertirse la situación para convertir al enfermo o doliente en el centro y eje de todo lo relacionado con su muerte. Y ello supone dejar de hablar de la eutanasia para empezar⁷ a plantear la posibilidad legal del derecho a la muerte⁸. Nuestro punto de partida va a ser pues la posible admisión jurídica del derecho de la persona a elegir su muerte y bajo qué circunstancias debe admitirse, lo que va más allá de la simple admisión o no de la eutanasia, o de la legítima o ilegítima despenalización de algunos supuestos eutanásicos.

Desde esta perspectiva, nos proponemos demostrar que el Ordenamiento jurídico español puede y debe reconocer y regular el derecho a morir como un derecho

subjetivo y de configuración legal, es decir sometido a condiciones de ejercicio y a límites, y comportando, como tal derecho, las correspondientes obligaciones o deberes jurídicos por parte de los demás.

2- POR QUÉ EL DERECHO A MORIR

En la mayor parte de los estudios que abordan el alivio del sufrimiento y la ayuda a morir se emplea el término **eutanasia**, pero estamos ante un concepto polisémico, que se utiliza con significados muy diversos, y en el que están interesadas disciplinas dispares como la Ética, el Derecho, la Filosofía o la Medicina, lo que dificulta la comprensión y el tratamiento del instituto y acaba generando confusión.

En principio puede decirse que la eutanasia es la intervención voluntaria encaminada a inducir la muerte de un sujeto que está próximo a morir para poner fin a sus sufrimientos. Lo característico de la eutanasia es, por una parte la proximidad de la muerte⁹, y por otra su finalidad altruista, de tal manera que el acto se llama eutanásico cuando el móvil que lo anima es el beneficio de la persona que sufre¹⁰. Cuando hoy se habla de eutanasia se piensa sobre todo en la muerte como un bien, como liberación de un sufrimiento intolerable o de una

J., La eutanasia. El derecho a una muerte humana, Madrid 1989; JAKOBS, G., Suicidio, eutanasia y Derecho Penal, Trad. F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999; JIMÉNEZ DE ASÚA, J., Libertad de amar y derecho a morir, 6ª ed. Buenos Aires 1946; KÜNG, H. y JENS, W., Morir con dignidad, Trad. J.L. Barbero, Madrid 1997; MARCOS DEL CANO A. Mª, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico, Madrid 1999; MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, Madrid 2002; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho, Sevilla 1999; TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Barcelona 1999; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., -La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal, Madrid 1999; -La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (Art. 143), Valencia 2000.

⁶ la palabra eutanasia significa etimológicamente "buena muerte" y deriva de los vocablos griegos eu =bueno/bien y thanatos =muerte. G. HIGUERA la define como ayudar a morir a una persona completamente desahuciada o víctima de una enfermedad irreversible (Muerte y sociología, La eutanasia y el derecho a morir con dignidad, Madrid 1984, p. 113).

⁷ Nuestro planteamiento es inverso al de autores como MARCOS DEL CANO quien considera preferible hablar de eutanasia y prescindir de la expresión "derecho a morir" porque la misma presupone la legitimidad jurídica de la eutanasia, lo que no está aún resuelto (Cfr. La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico,..... p. 42).

⁸ El 17 de Diciembre de 2002 el Pleno del Congreso de los Diputados rechazaba la Proposición de LO de los Grupos parlamentarios de Izquierda Unida y Mixto sobre despenalización de la eutanasia, que proponían la modificación del art. 143 4º del CP en el sentido de no considerar punible la producción o cooperación activa de la muerte de otro por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, cuando se dieran determinadas circunstancias (BOCG de 27 de Diciembre de 2002).

⁹ El vocablo eutanasia se puede aplicar a realidades, no sólo diferentes, sino opuestas entre sí, como dar muerte al recién nacido deficiente que se presume va a tener una vida disminuida; o ayudar al suicidio de una persona; o eliminar al anciano que se cree que no va a tener una vida digna; o abstenerse de persistir en tratamientos dolorosos o inútiles.... (Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho....., p. 25).

¹⁰ Dice CASADO GONZÁLEZ que muchos de los debates de índole moral y jurídica que existen hoy sobre el derecho a morir están motivados por la propia comprensión del término eutanasia y que en este terreno es esencial la precisión terminológica porque, dependiendo de qué se considere como eutanasia, se estará en disposición de aceptarla o no (Cfr. La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos....., p.14).

¹¹ CABELLO MOHEDANO, A./GARCÍA GIL, J.M./VIQUEIRA TURNEZ, A., Entre los límites personales y penales de la eutanasia, Cadiz 1990, p.41.). Algunos autores restringen el concepto en función del sujeto que provoca la muerte y hablan de eutanasia sólo si el que interviene es el médico (Vid. GAFO, J., La eutanasia. El derecho a una muerte....., p.54).

¹² Según CALSAMIGLIA, el problema no es el dolor, sino la enfermedad terminal porque la eutanasia sin la proximidad de la muerte, no es eutanasia. El dolor es un aspecto, pero no constituye el problema principal (Sobre la eutanasia, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 14, 1993, p. 356).

¹³ Cfr. GASCÓN ABELLAN, M., Problemas de la eutanasia, Sistema nº 106, Enero 1992, pp. 84-85. Vid. también RUÍZ MIGUEL, A., La eutanasia: algunas complicaciones, Boletín de la Institución Libre de Enseñanza, nº 17, Agosto 1993, pp. 46-47.

vida que ya no es digna de ser vivida dadas las condiciones del doliente.

Pero, aun centrando la eutanasia en supuestos de enfermedades incurables y sufrimientos insoportables, pueden darse diversas situaciones que generan otras tantas clasificaciones, algunas de las cuales ni siquiera encajan en el concepto de eutanasia del que se ha partido.

Así, atendiendo a la finalidad perseguida por el acto eutanásico, se habla de eutanasia **eugenésica** (muerte dada a los deformes o tarados con el fin de mejorar la raza), **económica** (muerte a individuos no útiles a la sociedad con el fin de disminuir costes económicos sanitarios y asistenciales), **criminal** (muerte sin dolor a sujetos socialmente peligrosos), o **experimental** (muerte sin dolor a determinados sujetos con fines experimentales que contribuyan al progreso científico)¹⁴. Todos estos supuestos persiguen un fin distinto al del alivio del sufrimiento del que lo padece, que es consustancial a la eutanasia por lo que deben extraerse del contexto eutanásico y reconducirse al ámbito penal común. Como señala TOLEDANO, resulta una ironía que en determinados momentos se haya pretendido integrar dentro del ámbito de la eutanasia estas modalidades que no dejan de ser simples homicidios o asesinatos, que estaban al servicio de intereses ajenos a la vida y dignidad personales¹⁵.

Atendiendo a la intención que persigue el tercero, se habla de eutanasia **directa o indirecta**. La primera se da cuando la intención que preside la acción es anticipar la muerte del enfermo. La segunda se produce cuando la intención que guía la acción es aliviar su dolor¹⁶, pero la consecuencia de ello es que se acorta su vida¹⁷. En la eutanasia directa existe el propósito de causar la muerte del paciente, administrándole por ejemplo, una sobredosis de morfina; en cambio, en la indirecta, la intención principal es el alivio del dolor, aun sabiendo que la consecuencia secundaria de ello es la anticipación de la muerte

Si se pone el acento en la relevancia del consentimiento del enfermo en el acto eutanásico, es decir en su

¹⁴ Cfr. MARCOS DEL CANO, A M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico..., pp. 48-51. En el mismo sentido, VALLE MUÑIZ, J.M. La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia, Cuadernos Jurídicos, n^o 25, Diciembre 1994, p.12.

¹⁵ Cfr. Límites penales a la disponibilidad de la propia vida..., p. 100

¹⁶ Cfr. PORRAS DEL CORRAL, M., Eutanasia: un debate abierto, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, p. 164.

¹⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 12, 1987 (publicado en 1989), p. 108.

autonomía y libertad de decisión a cerca de su muerte, se habla de eutanasia **voluntaria y no voluntaria**¹⁸. La eutanasia es voluntaria cuando el paciente consiente en su realización; y es no voluntaria cuando se realiza sin contar con la voluntad del enfermo (involuntaria) o en contra de su voluntad (no querida o indeseada). Algunos subdividen la eutanasia voluntaria en pedida o simplemente aceptada según la rotundidad con la que se manifieste el consentimiento del doliente¹⁹.

Según la modalidad de intervención del sujeto que provoca la muerte, se habla de eutanasia **activa o pasiva**. En la eutanasia activa se provoca la muerte por medio de una acción adecuada a tal fin. En la pasiva hay una omisión de una actuación necesaria para alargar la vida del enfermo. Puede consistir en la no iniciación de un tratamiento o en suspender un tratamiento ya iniciado²⁰. Algunos identifican la eutanasia pasiva con la **ortotanasia**²¹, termino que designa la muerte justa, a su tiempo, en su momento²², sin prolongaciones de la vida ni retrasos de la muerte²³, y que, a su vez, se distingue de la **distanasia**, que sería lo contrario de la eutanasia, es decir, la prolongación inútil de la vida que agoniza, la pretensión de alejar todo lo posible el momento de la muerte, utilizando todos los medios técnicos al alcance aunque no exista esperanza de curación²³.

¹⁸ Vid. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia..., p.83. También SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho..., p. 32.

¹⁹ Cfr. RUÍZ MIGUEL, A., La eutanasia: algunas complicaciones..., p. 47

²⁰ Vid. ROMEO CASABONA, C. M^o, El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987 (publicado en 1989), p. 193.

²¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987, p. 283.

²² Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., La eutanasia ante la moral y el Derecho..., p. 45 Según este autor, el término ortotanasia (del griego orthos= recto y thanatos= muerte) es acuñado por la ética católica para indicar precisamente la buena muerte, frente a la eutanasia que ha pasado a ser una forma de homicidio consentido, y su fundamento está en la idea de que cada hombre tiene su hora de morir que no debe ser acortada ni con violencia eutanásica ni tampoco debe ser prolongada artificialmente con medios extraordinarios o desproporcionados que conduzcan a la distanasia (Ibidem).

²³ Así concebida, la distanasia equivale a **encarnizamiento o ensañamiento terapéutico**, es decir a la reiteración de tratamientos que son inútiles desde el punto de vista terapéutico y que prolongan artificialmente la vida de un enfermo terminal (Vid. MARCOS DEL CANO, A. M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico..., p. 42-43).

Los tipos de eutanasia que acabamos de describir se entrecruzan, dando lugar a una multiplicación de situaciones que originan a su vez subtipos de eutanasia. Así, puede hablarse de eutanasia activa directa voluntaria y eutanasia activa indirecta voluntaria; o de eutanasia no voluntaria activa directa y eutanasia no voluntaria activa indirecta; y lo mismo si se parte de la eutanasia pasiva²⁴. En el fondo de todas estas distinciones está la intención de justificar o condenar, tanto jurídica como éticamente, los diferentes supuestos que pueden darse en la realidad de las cosas. Desde una perspectiva jurídico-penal, se entiende que no puede ser merecedora del mismo trato la eutanasia activa que la pasiva²⁵; o la eutanasia activa directa que la indirecta; y tampoco deben ser tratadas de la misma manera la eutanasia voluntaria que la no voluntaria²⁶. En el ámbito jurídico-positivo, la interpretación del art. 143 4º del CP²⁷ conduce a afirmar que son típicas las modalidades eutanásicas directas y activas, y en cambio son impunes²⁸ los comportamientos eutanásicos indirectos y omisivos. La eutanasia activa indirecta, es decir la administración de medicamentos para aliviar el dolor aunque acorten la vida, es una conducta respetuosa con la *lex artis* médica²⁹. La eutanasia pasiva voluntaria se considera una manifestación del ejercicio del derecho a elegir el tratamiento médico³⁰ o se encuadra en el ámbito del derecho a la integridad física y moral del art. 15

de la CE³¹ y por tanto al margen del ámbito penal. Se defiende también la atipicidad de la eutanasia pasiva involuntaria, bien por reconducirse al ámbito de la *lex artis* médica³², o por entenderse que el comportamiento distanásico es contrario al art. 15 de la CE cuando prohíbe los tratos inhumanos o degradantes³³, o bien por dar prevalencia al derecho a morir con dignidad, aunque no haya una voluntad expresa en tal sentido³⁴.

Por otra parte, en los comportamientos activos y directos, se considera absolutamente relevante el consentimiento del enfermo, de tal modo que si la eutanasia no es consentida, se reconduce al comportamiento homicida³⁵, aunque la presencia de móviles humanitarios, piadosos o altruistas en la ejecución del hecho podría dar lugar a una disminución de la culpabilidad³⁶; mientras que las discrepancias doctrinales se producen respecto de la eutanasia consentida, propugnándose desde su punibilidad en todo caso³⁷ hasta su atipicidad de *lege ferenda* por formar parte del derecho a morir dignamente o del derecho a disponer de la vida o del derecho a la libertad personal y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes³⁸. En esta

²⁴ Vid. JUANATEY DORADO, C., Derecho, suicidio y eutanasia....., pp. 378-379

²⁵ Incluso dentro de la eutanasia pasiva, la doctrina penal diferencia la realizada mediante una acción (desconectar el respirador artificial) y la producida mediante una omisión (no dar la medicina, no iniciar el tratamiento). Sobre esta cuestión puede consultarse: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., pp.110-124.

²⁶ Un resumen de las diferentes posiciones penales puede verse en TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad de la propia vida....., pp. 105-116 y 215 y ss.

²⁷ El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

²⁸ Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 107

²⁹ Además, el art. 143 4º exige en el tipo objetivo que la cooperación en la muerte sea a través de actos necesarios y directos (Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., Art. 143, Comentarios al Nuevo Código Penal (director G. Quintero Olivares), Madrid 1996, p. 705).

³⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., La libertad ideológica en el Derecho Penal, Barcelona 1989, pp. 428-429.

³¹ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 36 y ss.

³² La eutanasia pasiva es también un acto médico, previamente a ser una cuestión jurídico-penal....El profesional está obligado a proceder conforme a la *lex artis*. Es ésta la que determina hasta dónde se prolonga el deber de actuar o proseguir el tratamiento (TORIO LÓPEZ, A., ¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?. Indicaciones provisionales, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prf. J.A. Sainz Cantero), 13, 1987, publicado en 1989, p. 232).

³³ Señala VALLE MUÑIZ que los avances de la medicina y la técnica permiten la prolongación artificial de la vida hasta límites inverosímiles y por el hecho de que el enfermo no pueda manifestar su voluntad no significa que sea legítimo el uso de prácticas distanásicas o de encarnizamiento terapéutico que serían contrarias a la prohibición constitucional de someter a un individuo a tratos inhumanos o degradantes (Cfr. , Art. 143....p. 707).

³⁴ Vid. TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad....., pp. 214-215.

³⁵ Vid. VALLE MUÑIZ, J.M., La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia....., p. 13. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición....., p.289

³⁶ Cfr. TOLEDANO TOLEDANO, J.R., Límites penales a la disponibilidad....., p. 212.

³⁷ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español... p. 203

³⁸ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Valencia 1996, p. 63 y ss. GIMBERNAT ORDEIG E., Eutanasia y Derecho penal....., p. 109. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, "Manifiesto en favor de la disponibilidad de la propia vida" y "Propuesta alternativa al trata-

línea van las recientes iniciativas parlamentarias del Grupo Mixto e Izquierda Unida (rechazadas por el pleno del Congreso en Diciembre de 2002) que propugnan dar nueva redacción al art. 143 4º del CP, excluyendo la tipicidad de la eutanasia activa directa voluntaria en caso de enfermedad terminal y de enfermedad crónica dolorosa y difícilmente soportable³⁹.

Si en el plano jurídico las distintas clases de eutanasia determinan un trato jurídico distinto, en el plano ético-filosófico se duda de la validez de tales distinciones. En primer lugar, se dice que si la vida es el bien deseable, entonces no debería permitirse ningún tipo de eutanasia por lo que sobran las distinciones⁴⁰. En segundo lugar, se cuestiona la distinción entre eutanasia activa y pasiva, bien porque no se considera la más conveniente para abordar la problemática de la eutanasia, al dar la impresión de que la eutanasia pasiva se admite siempre⁴¹; o bien porque se entiende que moralmente no hay diferencia relevante entre matar por acción o por omisión, entre matar y dejar morir, de modo que tal distinción procede de prejuicios infundados que deben revisarse⁴². En consecuencia, se califica de auténtica hipocresía la admisión jurídica de la eutanasia pasiva y la prohibición de la activa cuando la intención y el resultado son los mismos:

Puede ser que la retirada de un aparato deba equipararse moral o jurídicamente a la suspensión de un tratamiento de administración de fármacos, pero no por eso la eventual producción de la muerte deja de ser resultado de una acción en el primer caso y de una omisión en el segundo. Claro que reconocer esa diferencia compromete a justificar convincentemente por qué es distinta la acción de retirar el aparato de la acción de su-

miento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Valencia 1996, pp. 599 y ss.

³⁹ *Proposición de LO de modificación del Código Penal presentada por el Grupo Mixto* (BOCG nº 146-1 de 25 de Mayo de 2002) y *Proposición de LO de despenalización de la eutanasia del Grupo parlamentario de Izquierda Unida* (BOCG nº 254-1 de 14 de Junio de 2002). Con posterioridad, el Grupo Mixto ha vuelto a plantear la despenalización de la eutanasia por medio de una *Proposición de LO sobre disponibilidad de la propia vida que también ha sido rechazada por el pleno del Congreso de los Diputados* (BOCG nº 276-1 de 4 de Octubre de 2002).

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*..., p. 40. Vid. también, citando a P. Singer, FERNÁNDEZ GARCIA E., *Dignidad humana y eutanasia*, Problemas de la eutanasia, Barcelona 1999, p. 35.

⁴¹ Vid. GAFO, J., *Eutanasia y derecho a morir en paz*, La eutanasia y el derecho a morir con dignidad, Madrid 1984, pp. 126-127.

⁴² Cfr. RUÍZ MIGUEL, A., *La eutanasia: algunas complicaciones*..., p. 51. En el mismo sentido, CALSAMIGLIA, A., *Sobre la eutanasia*...p. 338.

*ministrar una droga letal de efecto lento si en ambos casos se sabe y se acepta que con ello se producirá inevitablemente (o probablemente) la muerte.*⁴³

En este camino, insignes penalistas han puesto de relieve que el tema de la eutanasia está impregnado de valoraciones jurídico-penales que conducen a una excesiva criminalización, debido a que *el análisis de la eutanasia está condicionado por las características que resultan relevantes para decidir sobre la responsabilidad jurídico-penal de la persona que incide sobre la situación conflictiva intentando, correcta o incorrectamente, resolverla*⁴⁴.

En realidad, la mayor parte de los tipos de eutanasia que aquí se han manejado se centran en el sujeto que realiza el acto eutanásico, de tal manera que la distinción eutanasia activa/pasiva describe a la vertiente objetiva de la conducta del tercero, y la clasificación directa/indirecta alude a la vertiente subjetiva de la conducta del interviniente⁴⁵. Por otra parte, el consentimiento del sujeto pasivo del supuesto eutanásico, del enfermo o moribundo, sólo se tiene en cuenta para agravar o atenuar penalmente la actuación del tercero.

Creemos que este punto de partida es equivocado y que debe cambiar de dirección para centrarse en la persona que sufre o que está enferma, que no debe ser el sujeto pasivo o el objeto del tema de la eutanasia, sino que debe ser el eje y el centro del debate. El protagonismo debe pasar a ser del doliente, de su situación, de su libertad, de su autonomía para decidir todo lo relacionado con su entorno y con lo que en ese momento atañe a su vida que,

⁴³ RUÍZ MIGUEL, A., *La eutanasia: algunas complicaciones*..., p. 53. El autor concluye que si los supuestos son sustantivamente equivalentes, no tiene justificación ética distinguir en el plano jurídico la ilicitud de la eutanasia en general y la licitud de algunas modalidades como la pasiva o la indirecta (Cfr. p. 55).

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Eutanasia y Derecho*, El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada (Valencia 1996), p. 514. El mismo trabajo puede consultarse en el Anuario de Filosofía del Derecho (nueva época), XII, 1995, pp. 83-114. El autor propone primero sacar del Derecho Penal la definición de eutanasia en aras de la claridad y neutralidad conceptuales; y después una nueva clasificación de los supuestos eutanásicos en función de la situación clínica del enfermo y de la secuencia temporal por medio de la cual se produce la muerte. En base a ello distingue: la eutanasia terminal, la eutanasia paliativa y la eutanasia cualitativa: en la primera se engloban los casos en los que la medicina sólo puede limitarse a retrasar el momento de la muerte (enfermo terminal, estado vegetativo persistente); en la eutanasia paliativa, el empleo de analgésicos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos anticipa el momento de la muerte (supuestos anteriores y personas incapacitadas de forma generalizada por afección incurable y permanente); en la eutanasia cualitativa los sufrimientos se eliminan provocando directamente la muerte (engloba todos los supuestos clínicos precedentes) (Cfr. pp. 517-518).

⁴⁵ Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Eutanasia y Derecho*...pp. 513-514.

precisamente, es su muerte. Porque *quizás sería conveniente empezar a olvidar el “termino “eutanasia” para decidirse a abordar los problemas que la muerte plantea en la actualidad dirigiéndose directamente a la propia cuestión de la muerte, sin dejar que ésta se esconda detrás de una complicada discusión acerca de la eutanasia*⁴⁶.

Por eso, un sistema jurídico moderno y avanzado que tiene detrás un entramado social en el que priman los avances tecnológicos debe afrontar con valentía el tema de la muerte y empezar a plantearse la posibilidad de reconocer, en el plano jurídico-positivo, el derecho del moribundo o del que sufre a decidir sobre su muerte, es decir **el derecho a morir**, en lugar de utilizar la técnica del parcheo consistente en ir dando soluciones parciales a casos puntuales que son cada vez más numerosos y prolijos. El reconocimiento de este derecho conllevaría el establecimiento de su régimen jurídico, es decir, una ley en la que se plasmaran sus contornos, las condiciones para ejercerlo, sus límites y las garantías y cautelas necesarias para que la disposición del mismo correspondiera a su titular y no a terceros. Ahora bien, ¿puede el Ordenamiento Jurídico dar carta de naturaleza a tal derecho?. Veamos su posible fundamentación.

3. QUID DEL DERECHO A MORIR

Los avances científicos en medicina y la transformación de los modelos sociales han influido en el “contexto y el entorno de la muerte”. Ya no morimos en casa, sino en los hospitales; ya no estamos rodeados de familia y amigos, sino de tubos y máquinas; es lo que se ha llamado el *modo tecnológico de morir*, frente a la manera tradicional en la que uno moría en su casa y en su cama, siendo el centro de todo el proceso. Consecuencia de ello es la injerencia de terceros en el proceso de morir y la sustracción de nuestro protagonismo en dicho proceso, con todo lo que ésto supone; y también la multiplicación de los problemas en torno al hecho de la muerte: en el acontecimiento no interviene sólo el directamente afectado sino el médico, el centro hospitalario, la Administración....., lo que, unido a los avances tecnológicos, pueden hacer de la muerte un proceso largo y complejo en el que

⁴⁶ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones, Barcelona 2002, p. 22.

deben tomarse decisiones que deben calificarse de personalísimas⁴⁷.

En este marco debe insertarse el derecho a morir, como un instrumento del propio paciente para controlar y determinar las circunstancias de su muerte. Desde un punto de vista general, sería el derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su vida⁴⁸; o más precisamente el derecho del individuo a intervenir en el proceso de su muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho. *El objetivo del derecho, en consecuencia, es el de evitar que la participación de la persona en su propia muerte sea la de un objeto pasivo en manos de la familia, de la técnica o de los especialistas, logrando por el contrario que esa participación sea la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y sus valores básicos durante ese proceso de morir*⁴⁹.

Sin perjuicio de volver más adelante sobre ello, creemos necesario realizar ahora las siguientes precisiones conceptuales:

Primera.- el concepto de derecho a morir del que nosotros partimos se inserta un en contexto muy concreto que es el sanitario-asistencial, y entra en juego cuando ya se ha iniciado el proceso de morir, cuando la vida está llegando a su fin porque se padece una enfermedad irreversible, sin esperanzas de recuperación, que conduce a una muerte segura; ello acota la titularidad del derecho que correspondería sólo a los enfermos terminales⁵⁰.

Segunda.- en consonancia con lo anterior, el derecho no puede aplicarse a cualquier persona que quiera poner fin a su vida, sino solo a aquellas que están en la situación descrita *supra*, lo que nos permitirá extraer de esta problemática los comportamientos suicidas; pero, a nuestro juicio, el derecho debe extenderse también a los supuestos en que las condiciones de vida son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no

⁴⁷ Cfr. MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias....., pp. 25 y ss.

⁴⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, E., Dignidad humana y eutanasia....., p. 44.

⁴⁹ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias....., p. 51-52.

⁵⁰ Siguiendo al Grupo de Estudios de Política Criminal, por **enfermo terminal** se entiende la persona que padece una afección incurable que, según los actuales conocimientos médicos, le ha hecho entrar de forma irreversible en el proceso que le conducirá inevitablemente en un plazo breve a la muerte (Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida, Alicante, 12 de Febrero de 1993)

es digna de ser vivida según la consideración social mayoritaria al generar sufrimientos físicos intolerables o sufrimientos psíquicos cuantificables porque traen su causa de una situación física poco soportable, aunque el riesgo de muerte en estos casos no sea inminente (ej. caso Sampedro).

Tercera.- Como estamos hablando de un derecho subjetivo, es esencial la voluntad y libertad de su titular a la hora de ejercerlo, es decir la muerte o el deseo de morir debe ser objeto de una petición seria, consciente e indubitada por parte del doliente, siendo irrelevantes las motivaciones subjetivas de los terceros que ejecutan la acción, los móviles de piedad o compasión, lo que la sociedad o los familiares creen que es mejor..., pues lo verdaderamente importante es la voluntad indubitada de morir expresada por el titular del derecho.

Así concebido, la posible existencia jurídica del derecho a morir choca con un serio obstáculo: social y jurídicamente **la vida es el primero de los bienes**, el presupuesto óntico de la existencia y tiene como contrapeso y contrapunto **el disvalor de la muerte**. La vida humana es la fuente de todos los bienes y derechos, es la esencia de la condición humana y el presupuesto necesario para la actividad del hombre y la convivencia social; en la otra cara de la moneda, en el polo opuesto, la muerte es el no ser, la inexistencia, la muerte es lo negativo, lo que debe evitarse y en ningún caso protegerse.

Desde posiciones religiosas, se habla de la *sacralidad* de la vida, que pertenece al Ser Supremo que nos la ha dado y que es indisponible para el hombre,⁵¹ el cual debe dejarla siempre en manos de su Creador. Este argumento no resulta trasladable al ámbito jurídico-estatal, porque un Estado aconfesional como el Español, debe estar desligado de planteamientos ético-religiosos.

Desde planteamientos filosóficos, se parte de la vida como un prius, sin el cual no se es, y se alude a la *santidad de la vida humana*, en el sentido de que tiene un valor intrínseco y absoluto que obliga a su titular a conservarla, a los demás a no dañarla y al Estado a protegerla. En consecuencia, es de imposible disposición por su

⁵¹ Vid. GAFO, J., *Eutanasia y derecho a morir en paz*. La eutanasia..., p. 137. Es significativa en tal sentido la Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la doctrina de la fe de 5 de Mayo de 1985 que expresa el sentir oficial de la Iglesia Católica sobre la cuestión: La muerte voluntaria, o sea, el suicidio es, por consiguiente, tan inaceptable como el homicidio; semejante acción constituye en efecto, por parte del hombre, el rechazo de la soberanía de Dios.

titular y prevalece sobre cualquier otro valor que colisione con ella⁵².

Desde la perspectiva jurídica y en el plano puramente doctrinal, algunos conceden a la vida un valor absoluto o cuasiabsoluto, indisponible por parte del hombre y con un rango superior a la libertad personal, de manera que en su defensa⁵³ se puede actuar incluso contra la voluntad de su titular.

En el ámbito jurídico-positivo, la vida está configurada como un derecho fundamental en el art. 15 de la CE y tanto legislativa como jurisprudencialmente es considerada el primero de los derechos. El sistema español es paternalista en lo que a la vida se refiere⁵⁴, puesto que existen numerosos ejemplos normativos de la protección máxima que se la dispensa, por encima de otros valores y principios como la libertad o autonomía individuales: desde el art. 143 del CP donde se castiga la inducción y cooperación al suicidio o la eutanasia consentida, hasta las limitaciones legales a la publicidad del tabaco y el alcohol, o la obligatoriedad del casco en las motos y del cinturón de seguridad en los coches⁵⁵. Y esta es también la tendencia general del Derecho Comparado, en el que la vida goza de una protección superior a la de otros derechos, y tiene una naturaleza indisponible para su titular⁵⁶.

⁵² Una síntesis sobre la defensa de estas posturas puede verse en DWORKIN, R., El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. (Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres), Barcelona 1994, pp. 254-255.

⁵³ Cfr. ROMEO CASABONA, C.M^º, *El marco jurídico-penal de la eutanasia...* p. 203. También TORÍO LÓPEZ, A., *¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?.....*, pp. 233 y ss. Una síntesis de los autores que defienden el carácter absoluto del bien vida puede verse en JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia.....*, pp. 342-346.

⁵⁴ Sobre el paternalismo, véase: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....pp. 15 y ss. La autora, siguiendo a G. Dworkin, lo define como la interferencia con la libertad de acción de una persona, justificada por razones referidas al bienestar, la felicidad, las necesidades, intereses o valores de la persona a la que se coacciona (ibidem, p. 16).

⁵⁵ Estos y otros ejemplos son citados por RUÍZ MIGUEL, A., *Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico)*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n^º 14, Enero-Abril 1993, p. 136-137.

⁵⁶ Vid. Díez Ripollés, J.L., y Muñoz Sánchez, J., (coords.) *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia 1996. La situación jurídica en Francia puede consultarse en ROBERT, J./ DUFFAR, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris 1996, 6^ª ed. pp. 208 y ss. También, BASDEVANT-GAUDEMET, B., *L'euthanasie et la renonciation aux traitements médicaux en droit français*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado (ADEE) VIII, 1992, 289 y ss. Para una visión del Derecho italiano, FERRARI, S., *L'eutanasia e il rifiuto di trattamenti sanitari nel diritto italiano*, ADEE VIII, 1992, pp. 279 y ss.

Por su parte, la jurisprudencia española califica la vida como un derecho esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible⁵⁷. La vida es más que un derecho, es un estado de la persona inmanente a la misma, por eso el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques⁵⁸ de terceros sin contar con la voluntad de sus titulares⁵⁹, y por ello numerosas resoluciones judiciales la califican de valor indisponible y la sustraen del ámbito de libertad y autonomía de su titular⁵⁹.

En el binomio vida/muerte el TC español es claro: el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte.... En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte⁶⁰.

La supremacía de la vida se refleja también en el ámbito internacional, donde todos los Textos Internacionales sobre derechos humanos lo proclaman como derecho inherente a la persona y dejan un estrecho margen a la libre disposición de la misma por su titular⁶¹. Como ejemplo baste citar la Recomendación del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos de 25 de junio de 1999 que defiende el derecho a la vida de los enfermos incurables y los moribundos aunque hayan manifestado una voluntad contraria en tal sentido y declara que el deseo de morir expresado por un enfermo incurable o un moribundo no puede en sí servir de justifi-

cación legal a la ejecución de acciones dirigidas a ocasionar su muerte.

También es este el sentir del TEDH que ha tenido ocasión de manifestarse recientemente sobre la disponibilidad del derecho a la vida en el caso de Dyane Pretty contra el Reino Unido⁶². Para el Alto Tribunal, el art. 2 del Convenio de Roma obliga a los Estados a proteger la vida y prohíbe recurrir a la fuerza o a cualquier otro comportamiento susceptible de provocar la muerte de un ser humano, y en ningún caso confiere al individuo un derecho a morir que permita recabar la ayuda de terceros o de las autoridades públicas para facilitar su muerte⁶³.

¿Es posible que sin alterar la primacía que la vida tiene en las sociedades occidentales, se pueda reconocer el derecho a morir?. A nuestro juicio, existen también sólidos argumentos que permiten compatibilizar vida y muerte como realidades jurídicas y situar junto al derecho a la vida, el derecho a morir, ejercitable en determinadas circunstancias, es decir cuando la persona está viviendo ya su muerte, o cuando existe una enfermedad física incurable y permanente que genera graves sufrimientos.

Desde planteamientos religiosos y frente al carácter sacro de la vida, se coloca la dignidad de la persona, su autonomía, que no tiene por qué acabar donde empieza el morir, y su libre decisión en conciencia; partiendo de aquí, se estima que el derecho a la vida no es imposición de la vida; que las personas, por el hecho de serlo, tienen derecho a una despedida digna de seres humanos y que Dios ha confiado a la persona moribunda la responsabilidad y la decisión en conciencia sobre el momento y modo de su muerte⁶⁴.

Desde planteamientos filosóficos, se pone de relieve que la vida no tiene un valor absoluto, sino relativo y que lo importante no es la vida como fenómeno biológico,

⁵⁷ STC 53/1985 de 11 de Abril, F.J. 2º; STC 154/2002 de 18 de julio, F.J. 12º.

⁵⁸ STC 120/1990 de 27 de Junio, F.J.6º. Esta sentencia resuelve los recursos de amparo planteados por presos de los GRAPO en huelga de hambre contra las decisiones judiciales que obligaban a su alimentación forzada.

⁵⁹ A título de ejemplo, Auto del TS de 22 de diciembre de 1983, STS de 27 de Marzo de 1990, F.J. 2º, St. de la AP de Bilbao de 28 de Febrero de 1990, Auto de la AP de Madrid de 15 de Febrero de 1990, Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de Febrero de 1990.... El TS, en los casos de la negativa de los testigos de Jehová a transfusiones de sangre, ha optado siempre por el carácter preeminente del bien vida, al que ha dado prevalencia sobre la autonomía de decisión del Testigo de Jehová.

⁶⁰ STC 120/1990 de 27 de Junio, F.J. 6º. También en STC 154/2002 de 18 de Julio, F.J. 12º.

⁶¹ Art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 2 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶² Sentencia de 29 de Abril de 2002, caso Pretty c. Reino Unido. El origen de esta sentencia es la negativa de las autoridades británicas a conceder al marido de la Sra. Pretty inmunidad para ayudarla a morir, dado que sus condiciones físicas no la permiten actuar por sí misma: es una enferma terminal con una enfermedad degenerativa incurable, en fase avanzada, que la tiene paralizada y que previsiblemente le producirá una muerte muy dolorosa.

⁶³ *Ibidem*, párrafos 40 y 54

⁶⁴ Estas son las ideas del teólogo suizo **Hans Kung**, expresadas en KUNG, H., y JENS, W., *Morir con dignidad. Un alegato a favor de la responsabilidad* (trad. de J.L. Barbero), Madrid 1997 y resumidas por PORRAS DEL CORRAL, M., *Eutanasia: un debate abierto.....*, pp. 168-171.

sino la *calidad de vida*⁶⁵, porque el derecho a la vida no puede centrarse en la mera subsistencia o en la supervivencia, sino en un modo humano de vivir. El valor relativo de la vida viene avalado por conductas sociales tales como la guerra o la pena de muerte, legitimada en muchos países⁶⁶ y lleva aparejado el deber de respetar la vida ajena, pero no el deber de vivir la propia en condiciones inhumanas, de tal manera que es lícito disponer de la propia vida en determinadas circunstancias.

Desde una perspectiva teórico-jurídica, se considera que el derecho a la vida no goza de una protección absoluta porque los propios Ordenamientos contienen excepciones al derecho tales como la legítima defensa frente a agresiones de otro, la pena de muerte en tiempo de guerra...etc⁶⁷. Y, además, se pone de relieve que el derecho a la vida no puede ser considerado en abstracto, sino que debe conectarse con otros bienes y valores, especialmente la dignidad humana⁶⁸ y la libertad personal. La dignidad añadida a la vida exige la dignidad en la muerte, es decir *el derecho a morir como personas o a atravesar el proceso de morir siendo acreedor de la misma exigencia de respeto con la que se atraviesan otros procesos de la vida*⁶⁹; la dignidad exige que se proteja especialmente, no cualquier forma de vida por dolorosa e irreparable que sea, sino sólo la vida *humana*, por lo que la dignidad es el fundamento de un nuevo derecho de los enfermos terminales que es el derecho a una muerte digna⁷⁰. Unir vida y libertad personal implica que la persona tiene derecho a autodeterminarse en los distintos ámbitos de su existencia y por lo tanto también en el de su muerte. Dado que el derecho a la vida es estrictamente individual⁷¹, su titular debe gozar, en aras de su libertad, de autonomía para

decidir si desea o no seguir viviendo y el Estado no tiene potestad ni competencia para interferir en esa decisión individual porque ello sería la manifestación de un paternalismo injustificado encaminado a proteger al propio sujeto de sí mismo, sin tener en cuenta su voluntad⁷², lo que conduce a defender que la vida es un bien jurídico disponible por su titular:

Que la vida es un bien jurídico del que libremente puede disponer su titular (determinando el **cuando** y, en cierta medida, el **cómo** de su muerte) es algo que parece estar hoy fuera de toda discusión. A nadie se le obliga a vivir contra su voluntad: el respeto a la autodeterminación del hombre y el reconocimiento de la disponibilidad de la vida por su titular son, a este nivel, dos cuestiones resueltas legislativamente en aquellos sistemas, como el español, que consideran atípico (lícito)⁷³ el suicidio, no sancionando su tentativa o frustración.

En el ámbito jurídico-positivo, se hace notar que de nuestra Norma suprema no se desprende que la vida tenga mayor valor que el resto de los derechos fundamentales⁷⁴. Se insiste en que el contenido del art. 15 es garantista en el sentido de que el Estado debe respetar la vida humana (suprimiendo la pena de muerte, evitando la tortura, respetando la integridad física...),⁷⁵ y debe proteger la vida frente a los ataques de terceros⁷⁶, pero la norma tiene también una vertiente discrecional porque no impide la libre disposición de la vida por su titular, derecho de libre disposición que no debe identificarse con la libre transmisión del derecho como si la vida fuera una propiedad (no se puede vender el derecho a la vida), sino que consiste en que se tiene derecho a vivir o a morir⁷⁶. Partiendo de que la libertad es uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico (art. 1 1º CE), y de que la dignidad humana, sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político (art. 10 1º CE), se concluye que el art. 15 debe interpretarse siempre desde la libertad y la dignidad que le son inherentes al hombre, lo que lleva a algunos a defender que sólo debe ser objeto de protección la vida libremente

⁶⁵ Vid. DWORKIN, R., El dominio de la vida....., p. 279-284. Vid. también JAKOBS, G., Suicidio, eutanasia y Derecho Penal, trad. de F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999, pp. 57-58.

⁶⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia....., pp.341-342.

⁶⁷ Cfr. CABELLO MOHEDANO, A., GARCÍA GIL, J.M., y VIQUEIRA TURNEZ, D.A., Entre los límites personas y penales....., p.99.

⁶⁸ Una síntesis sobre los distintos significados del término dignidad humana puede verse en MARCOS DEL CANO, A. M^o, La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico....., pp. 113-118

⁶⁹ MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir....., p. 52.

⁷⁰ Cfr. PECES- BARBA, G., La eutanasia desde la Filosofía del Derecho, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, pp. 20 y 23.

⁷¹ Como dice CARBONELL MATEU, no existe un deber jurídico de vivir al servicio de la comunidad ni de la ética, es decir no se puede hablar de una función social de la vida, lo que significa que, aunque tenga un indudable valor positivo, no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona y por lo tanto hay que afirmar la disponibilidad de la propia vida (Cfr. Constitución, suicidio y eutanasia....., pp. 30-31).

⁷² Cfr. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia....., pp.95-97.

⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición....., p. 294.

⁷⁴ Así lo señalaba el prof. TOMÁS Y VALIENTE en su voto particular a la STC 53/1985 de 11 de Abril.

⁷⁵ Cfr. GASCÓN ABELLAN, M., Problemas de la eutanasia....., p. 99.

⁷⁶ Cfr. ATIENZA, M., Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona 1993, pp.133-134.

deseada por su titular⁷⁷; y a otros, yendo más allá, a afirmar que la libre disposición de la vida por parte de su titular es un derecho constitucionalmente amparado⁷⁸.

Si, como acabamos de exponer, el bien jurídico vida no tiene un grado de protección absoluto, sino que debe ser cohonestado con otros bienes y valores que también gozan de especial protección en nuestro Ordenamiento como la libertad y la dignidad, están sentadas las premisas básicas para empezar a hablar del derecho a la muerte. Nuestra intención ahora no es justificar la naturaleza fundamental de tal derecho, que por lo demás ha sido negada por el TC⁷⁹, ni siquiera pretendemos elevarlo a la categoría de derecho constitucional; queremos justificar que su posible regulación por el Derecho positivo, no sólo no se opone al art. 15 de la CE, sino que tiene apoyo en nuestra Norma suprema.

El primer argumento en pro de la posible existencia jurídica del derecho a la muerte es **subrayar el error** que supone configurar la vida como un bien en todo caso y la muerte como un mal en todo caso. Hay supuestos en los que se invierten los términos: bajo determinadas condiciones, la vida se transforma en un mal, en un disvalor porque resulta insoportable vivirla, dado el sufrimiento intolerable que genera y entonces la muerte es una liberación y por lo tanto un bien, no sólo desde el punto de vista subjetivo del que sufre, sino también objetivamente, para la conciencia social que considera racional la elección de la muerte en tales casos como único medio para librarse de un sufrimiento permanente e inútil. Creemos que para el sentir social mayoritario no hay mayor disvalor que **vivir la muerte de forma dolorosa y cruel**, por eso no se debe rechazar sin más la posibilidad de un derecho a morir sobre la base de que se legitima el mal o un disvalor.

Desde esta óptica, el posible reconocimiento de tal derecho no es incompatible con el valor positivo que la vida tiene en el plano jurídico. Lo que ocurre es que cuando el valor positivo de la vida se torna negativo en la

percepción de su titular y de la propia conciencia social, el Derecho debe levantar la protección que otorga a la vida si así lo demanda el afectado por hallarse en una situación en la que la petición de morir, no sólo obedece a razones subjetivas, sino que es objetivamente razonable⁸⁰. Y así ocurre, a nuestro entender, en los casos de enfermedad terminal que puede provocar graves sufrimientos físicos y en los casos de situaciones vitales insoportables en los que hay enfermedad o lesiones irreversibles que generan una existencia cruel, aunque no exista riesgo de muerte.

El segundo argumento que nos permite hablar del derecho a la muerte es el carácter relativo que tiene el derecho a la vida en nuestro Ordenamiento, en el sentido de que no es un bien absolutamente indisponible. El art. 15 de la CE, al consagrar el derecho a la vida, genera el deber estatal de protegerla frente a ataques de terceros, pero no impone el deber de vivir y prueba de ello es que el ciudadano tiene la facultad de arriesgar su vida (determinadas actividades que suponen un evidente riesgo para la vida como el toreo o el trapecio circense, no sólo no están prohibidas, sino que son fomentadas por el Estado) y el suicidio no es un acto penado por la ley. Muy al contrario, para el TC la decisión de arrostrar la propia muerte es una manifestación del principio general de libertad que informa la Constitución⁸¹, y la disposición fáctica de la vida forma parte del círculo de la libertad personal, porque *esa disposición constituye una manifestación del **agere licere** en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe*⁸².

Abundando en esta idea, la propia CE recoge al menos un principio de disponibilidad mínima de la vida, al consagrar en el art. 15 CE junto al derecho a la vida, el derecho fundamental a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. El derecho a la integridad física se concibe como *el derecho de la persona a controlar las invasiones sobre su cuerpo*

⁷⁷ Cfr. CARBONELL MATEU, J.C., *Constitución, suicidio y eutanasia*..., p.28. Son también partidarios de proteger jurídicamente a quien desea morir y a quien le auxilia: QUERALT, J.J., *La eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo 41, Enero- Abril 1988, p 124. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Eutanasia y Derecho Penal*..., p.109.

⁷⁸ Cfr. VALLE MUÑIZ, J.M., *Art. 143*..., p. 700

⁷⁹ La decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional (STC 154/2002, F.J. n° 12).

⁸⁰ *La aceptación de la muerte y la no prolongación de la vida tienen un fundamento objetivo y razonable cuando obedecen a un estándar, es decir a una regla aplicada usualmente en masa porque ese es el sentir general, el modo en el que actuarían la generalidad de las personas. Por ejemplo, hay una regla usualmente aplicada en masa según la cual es razonable aceptar un acortamiento de la vida para combatir los dolores más graves.*(Cfr. JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*..., pp. 59-62).

⁸¹ STC 154/2002, F.J. 12°.

⁸² STC 120/1990, F.J. 6°.

que provengan del exterior⁸³. Según doctrina del TC este derecho protege a la persona frente a cualquier tipo de intervención en su cuerpo o espíritu que carezca del consentimiento de su titular y por eso *se lesiona si se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir*⁸⁴. De tal afirmación se desprende que el rechazo a tratamientos médicos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física, lo que tiene como consecuencia que la CE, al menos indirectamente, permite disponer de la vida porque, a través del derecho a la integridad física y moral se protege la libre decisión de la persona que rechaza un tratamiento médico salvador, obedezca ello a razones morales, religiosas o a la voluntad firme de querer morir de la propia persona⁸⁵.

El TEDH confirma que la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente adulto y capaz es un atentado a su integridad física y añade que una persona *puede reivindicar el derecho a ejercer su elección de morir, negándose a consentir un tratamiento que podría tener por efecto prolongar su vida*⁸⁶.

Junto a la integridad física, nuestra Constitución reconoce el derecho a la integridad moral, entendido como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetadas su personalidad y voluntad y a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la de persona⁸⁷. La integridad moral proscribela tortura, las lesiones y los tratos inhumanos o degradantes, es decir genera un ámbito de protección frente a situaciones crueles, humillantes o vejatorias. Tales situaciones pueden estar provocadas por enfermedades o lesiones irreversibles e irreparables tan dolorosas y crueles que lleven al afectado a la decisión de adelantar el fin de la vida como solución más razonable para no caer en la indignidad, para morir como persona, como ser humano; en tales casos, es necesario plantearse si no es un trato inhumano o degradante, prohibido por el art. 15 de la CE, desatender la petición

del doliente y prolongar inútilmente su vida en el dolor y el sufrimiento⁸⁸. La integridad moral exige una muerte digna frente a una vida indigna e inhumana no aceptada, por eso se ha defendido que *los enfermos terminales tienen derecho a pedir a la sociedad y a quienes les asisten a que les ayuden a bien morir porque tienen derecho a elegir entre una vida degradante, que supone un ataque a su integridad moral, y una muerte digna voluntaria y responsablemente querida*⁸⁹.

El tercer argumento que permite plantearse la posibilidad jurídica del derecho a morir es el principio personalista que impregna todo el sistema europeo y también el español. El Preámbulo de La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 18 de Diciembre de 2000⁹⁰ convierte a la persona en el centro de actuación de toda la Unión, que está fundada sobre los valores de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Su art.1 sitúa la dignidad humana como la base de todos los derechos y reclama su inviolabilidad, respeto y protección. En palabras del TC, la dignidad humana es *un valor espiritual y moral inherente la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*⁹¹.

En el Ordenamiento español la persona es también el eje y el centro de todo el sistema, pues la libertad es uno de los valores superiores del Ordenamiento Español (art. 1 1º CE), y la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 1º). Nuestra Norma Suprema concibe al hombre como ser dotado de dignidad y por ello libre para tomar sus propias decisiones, con autonomía para determinarse en las diferentes situaciones que afecten a su existencia, y con unos derechos inviolables cuyo ejercicio hace posible el libre desarrollo de su personalidad. La Constitución consagra pues un **principio general de libertad** al que se pueden reconducir muchas conductas que no están protegidas como derechos fundamentales y que puede ser interpre-

⁸³ TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., p. 340.

⁸⁴ STC 120/1990, F.J. 8º.

⁸⁵ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal.....pp. 330, 340 y 385.

⁸⁶ Parágrafo 63, st. de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra el Reino Unido.

⁸⁷ Vid. CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el art. 15 de la Constitución española: su tutela penal*, La ley, 30 de Diciembre de 1996, p. 2.

⁸⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante*, Cuadernos de Política Criminal nº 51, 1993, pp. 709 y ss.

⁸⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia*, vol. II, Madrid 1999, p. 331.

⁹⁰ *Este Texto carece, hoy por hoy, de valor jurídico vinculante para los Estados miembros, pero doctrinalmente es considerado el precedente de la futura Constitución europea. Vid. al respecto, RUBIO LLORENTE, F., La Carta Europea de los Derechos, Claves de Razón Práctica, nº 122, Mayo de 2002, pp. 4-11.*

⁹¹ STC 53/1985 de 11 de Abril, F.J. 8º.

tado como una prohibición al poder público de imponer a la libertad restricciones no razonables, arbitrarias o desproporcionadas⁹².

El valor prevalente de la libertad de decisión y de la autonomía personal frente a la salvaguarda a toda costa de la vida tiene reflejos en el ámbito sanitario en el que los comportamientos paternalistas que dejaban en manos de los médicos todas las decisiones relacionadas con la salud de los pacientes, han dejado paso a la dignidad y al respeto a la autonomía de la voluntad como principios inspiradores de cualquier actuación clínica⁹³. Prueba de ello es que la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea proclama el respeto al consentimiento libre e informado del paciente en el ámbito de la medicina como derecho fundamental (art. 3). Y en la misma línea, la ley española 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente exige el consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación médica (art. 8) y se precisa contar con su autorización aún en el caso de que exista riesgo inmediato grave para su integridad física (art. 9)⁹⁴. La importancia de la dignidad y autonomía personales se va abriendo camino entre los órganos judiciales, algunos de los cuales reconocen el valor de la libertad individual y por ello consideran erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, sin ningún tipo de limitaciones⁹⁵.

Si el derecho a la vida se interpreta desde la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, aunque no comprenda el derecho a morir, sí implica el

⁹² Cfr. TOMÁS- VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 38. Dice la autora que la proclamación de la libertad como valor superior informador de todo el ordenamiento...obliga, a mi entender, a realizar en todo caso una tarea de ponderación entre los intereses públicos que abogan en favor de una determinada intromisión en la libertad y los intereses individuales en mantener ese ámbito de libre intervención estatal (La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., pp. 327-328).

⁹³ Vid. Art. 2 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente. Asimismo, el Preámbulo de la ley 1/2003 de 28 de Enero de la Comunidad Valenciana sobre derechos e información del paciente parte del respeto a la dignidad de la persona y la autonomía individual en el ámbito de la atención sanitaria.

⁹⁴ El Precepto dice textualmente: Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento: b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

⁹⁵ Auto de 23 de Diciembre de 1992 del TSJ de Madrid, Actualidad Jurídica Aranzadi, n° 86, 1993, pp. 9-10. También, Auto de 5 de Enero de 1990 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria n° 2 de Madrid.

derecho a que nadie que no sea uno mismo decida lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte, pues son decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás⁹⁶. En otras palabras, el principio de libertad y autonomía personales que se derivan de la dignidad humana deben presidir también la situación más crucial de la existencia que es el momento de la muerte. Por eso, como dice MÉNDEZ BAIGES, podrá discutirse si el derecho a morir debe englobar unas u otras facultades o si debe ejercerse en uno u otro supuesto, pero en principio, *un derecho que garantiza la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, la libertad ideológica y religiosa, la dignidad, la intimidad personal o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el proceso de morir, no puede considerarse contrario a los principios de la justicia ni ajeno a los preceptos constitucionales que dan forma a la tradición occidental*⁹⁷.

El carácter relativo que tiene el derecho a la vida y su posible disponibilidad fáctica junto con el valor que la libertad y autonomía personales tienen en nuestro Derecho, resultantes de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad permiten afirmar que la CE ofrece un cauce adecuado para la posible regulación del derecho a morir. Podrá discutirse si tal derecho es una exigencia constitucional, pero, a nuestro juicio, es incontestable que la CE no contiene ni una sola previsión contraria al posible reconocimiento por el legislador de tal derecho. Es más, el TC, máximo intérprete de la Constitución, en ningún momento ha señalado que nuestra Constitución proscriba el posible reconocimiento del derecho a morir, limitándose a señalar que tal derecho no puede incardinarse en el art. 15 CE; en cambio, sí ha dicho que la voluntad de morir es una manifestación de la libertad⁹⁸ individual y forma parte del *agere licere* del sujeto.

⁹⁶ Cfr. Voto particular del Magistrado Don Jesús Leguina Villa a la sentencia del TC 120/1990.

⁹⁷ Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones....., p. 53.

⁹⁸ También el TEDH estima que la elección de una persona de evitar un fin de la vida indigno y penoso puede quedar amparado por el art. 8 1º del Convenio de Roma que reconoce el derecho al respeto a la vida privada; si bien, a continuación, el Tribunal estima que la punición del suicidio asistido por el Estado británico es un límite justificado a tal derecho porque constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para evitar abusos y proteger los derechos de personas

Siguiendo a TOLEDANO, creemos que la Constitución deja la **puerta abierta** para aquellas personas que irreversiblemente se ven abocadas a una vida sin calidad de ningún tipo, y deciden no continuar con su papel de **víctimas** de las circunstancias adversas a las que se ven sometidos⁹⁹.

Lo dicho hasta ahora nos lleva a afirmar que, aunque el reconocimiento del derecho a morir como derecho subjetivo no es una obligación impuesta constitucionalmente a los poderes públicos, la plena efectividad de los valores y principios constitucionales determinan la conveniencia de su reglamentación.

Abogamos pues por una ley que regule el derecho subjetivo a la muerte en las condiciones, con los límites y las garantías que esa propia ley establezca porque, además, pensamos que sólo mediante una legislación meditada y extremadamente cuidadosa se pueden obviar los argumentos de *la pendiente resbaladiza o el efecto palanca*, ésto es, que la legalización de comportamientos eutanásicos activos puede originar abusos para personas desprotegidas¹⁰⁰ o poner en manos de individuos sin escrúpulos o del propio Estado un arma que podría desembocar en asesinatos en masa¹⁰¹. Argumentos de tal calibre se evitan precisamente reconociendo el derecho a morir y estableciendo su régimen jurídico.

A **cómo debe regularse** dedicamos las siguientes páginas

4. SU POSIBLE CONFIGURACIÓN LEGAL

4.1. Concepto y contenido

El derecho a morir es el derecho subjetivo del enfermo terminal o incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho. O, en palabras de E. FERNANDEZ, es *el derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su*

vulnerables (St. de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra el Reino Unido, párrafos 67-78).

⁹⁹ Límites penales a la disponibilidad de la propia vida....., p. 167.

¹⁰⁰ Vid. St. del TEDH de 29 de Abril de 2002, caso Pretty contra Reino Unido, párrafos 70 a 78.

¹⁰¹ Cfr. CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos..., p. 53. Sobre la "pendiente resbaladiza" véase: TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal....., pp. 134 y ss. La estructura lógica del argumento de la pendiente resbaladiza es que si dar un primer paso en una dirección puede dar lugar a consecuencias no deseables, es mejor abstenerse de darlo (Ibidem, p. 135).

*vida*¹⁰². La finalidad de este derecho es hacer de los enfermos incurables y de los moribundos los auténticos protagonistas de su muerte, para que sean ellos y no los terceros (familiares, médicos o poderes públicos), quienes adopten libre y seriamente todas las decisiones que afecten a su proceso de morir y con todas las garantías que les ofrezca el Ordenamiento jurídico al regular el derecho. Por lo tanto, es un derecho de naturaleza estrictamente individual y sólo puede ser entendido en el marco de la libre voluntad personal de forma que sólo la libre decisión del titular determina el ejercicio del derecho.

El derecho a morir está integrado por un conjunto de facultades algunas de las cuales son propias o específicas de este derecho y otras provienen de la titularidad de otros derechos, pero integran el contenido del derecho a morir cuando el sujeto se halla en las circunstancias que permiten hablar de tal derecho: ser pacientes terminales o en situación vital insoportable. Siguiendo en parte a MÉNDEZ BAIGES, dichas facultades son¹⁰³:

A) **Derecho a recibir una información veraz y completa sobre el estado de salud** que permita tomar las decisiones atinentes a la misma de acuerdo con la propia y libre voluntad. Este derecho corresponde a todo paciente, no sólo a enfermos incurables y terminales, y está regulado en los arts. 4 a 6 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre reguladora de la autonomía del paciente. Es un derecho que garantiza el consentimiento informado que todo paciente debe dar para cualquier actuación clínica en el ámbito de su salud, y comprende también la vertiente negativa o facultad de no ser informado.

B) Derecho a no ser tratado como mero objeto en manos de la técnica y a recibir la atención y el cuidado proporcionados a la condición de ser humano. La obligación de respetar y proteger la dignidad de un enfermo incurable o de un moribundo es la consecuencia natural de la dignidad inviolable inherente al ser humano en todos los estados de la vida y se traduce en **el derecho a recibir cuidados paliativos** que le permitan morir dignamente. Para ello es necesario que los Estados fomenten la creación de unidades de cuidados paliativos, integradas por profesionales médicos, asistentes sociales, psicólogos y toda una red de profesionales que dispensen a enfermos

¹⁰² Dignidad humana y eutanasia....., p. 44

¹⁰³ Vid. Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones....., pp.53-59.

terminales y moribundos un tratamiento integral, adecuado a la dignidad humana¹⁰⁴.

C) **Derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico**, es decir a rechazar todos aquellos tratamientos médicos que son inútiles porque no hay esperanza de curación y cuya única finalidad es prolongar la agonía del enfermo. Este derecho está admitido internacionalmente¹⁰⁵ y es tachado de moralmente lícito desde determinadas instancias religiosas, como la Iglesia Católica quien, ante la inminencia de una muerte inevitable, estima *lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que curarían únicamente la prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir, sin embargo, las curas normales debidas al enfermo en casos similares*¹⁰⁶.

D) **Derecho a recibir un tratamiento antidolor**, que palíe el sufrimiento, aunque dicho tratamiento tenga como efecto secundario acortar la vida. En la percepción social actual el dolor es algo inútil y nefasto y puede constituir un atentado a la dignidad humana. Este derecho es también tolerado por la Iglesia Católica, siempre que el fin primario del tratamiento sea mitigar el dolor, y la muerte no se quiera o busque de ningún modo¹⁰⁷.

E) **Derecho a rechazar cualquier tratamiento médico y a que se interrumpa el ya iniciado** aunque la negativa o suspensión comporten la muerte. Para algunos, el poder de manipulación que tiene la medicina sobre el momento de la muerte, exige protección frente a una prolongación impuesta de la vida, por lo que poder morir con tranquilidad mediante la negativa al tratamiento debe considerarse una manifestación del derecho de autodeterminación del enfermo¹⁰⁸. En este sentido, algunas leyes autonómicas reconocen expresamente a los enfermos terminales la facultad de rechazar tratamientos

de soporte vital que alarguen innecesariamente el sufrimiento¹⁰⁹.

En realidad, la negativa al tratamiento o el derecho a su suspensión no son facultades específicas y propias del derecho a la muerte, sino que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 de la CE que protege la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervención que carezca del consentimiento de su titular y que puede quedar afectado, según el TC, *cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad*¹¹⁰.

El consentimiento libre e informado del afectado para cualquier intervención sanitaria viene exigido expresamente por el art. 3 del *Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina*¹¹¹, como consecuencia de su dignidad y del respeto a su integridad, y ha sido consagrado también por la ley española 41/2002 de autonomía del paciente que proclama como principios básicos de la actuación sanitaria, la necesidad del consentimiento previo del paciente para cualquier intervención médica en el ámbito de su salud, y su derecho a negarse al tratamiento salvo que haya riesgo para la salud pública o que sea imposible obtener su autorización, existiendo riesgo inmediato grave para su integridad física (art. 2.2º y 2.4º en relación con el art. 9.2º).

El consentimiento se puede otorgar por representación en tres supuestos: a.- incapacidad del paciente para tomar decisiones por su estado físico o psíquico (a falta de representante legal, deben prestarlo los familiares) b.- incapacitación legal del paciente. c.- cuando el paciente sea menor de edad y no sea capaz de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención, aunque debe ser oído si tiene 12 años cumplidos (art. 9 3º).

F) **Derecho a manifestar anticipadamente su voluntad** respecto a los cuidados y el tratamiento de su salud para que se cumplan cuando no esté en condiciones de manifestarse. Este derecho está previsto para cualquier paciente en el art. 9 del Convenio sobre los derechos del

¹⁰⁴ Así se dice en la Recomendación del Consejo de Europa nº 1418 de 25 de Junio de 1999 relativa a la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundos.

¹⁰⁵ Vid. La Recomendación del Consejo de Europa citada supra y la Propuesta del Parlamento Europeo sobre asistencia a los enfermos terminales de 25 de Abril de 1991, apartado D.

¹⁰⁶ Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 5 de Mayo de 1980. La doctrina de la Iglesia Católica sobre la eutanasia puede consultarse en FLECHA ANDRÉS, J.R., *Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos*, Revista Española de Derecho Canónico, vol. 45, nº 124, 1988, pp. 183 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. Declaración sobre la eutanasia de la Sagrada Congregación.....

¹⁰⁸ Cfr. LÓPEZ ORTEGA, J.J., *Consentimiento informado y límites de la intervención médica*, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, p.68.

¹⁰⁹ Vid. el art. 8 de la Ley de la CA de Castilla y León 8/2003 de 8 de Abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud.

¹¹⁰ STC 120/1990 F.J. 8º.

¹¹¹ Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina de 4 de abril de 1997. Entró en vigor en España el 1 de diciembre de 1999 (BOE de 20 de Octubre de 1999).

hombre y la biomedicina¹¹², y plantea el problema de la validez de los testamentos vitales o directivas anticipadas que son documentos en los que el interesado, cuando está en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, de forma madura, consciente y responsable, indica los tratamientos médicos y medidas terapéuticas que pueden o no utilizarse cuando su salud esté tan deteriorada que no sea ya capaz de expresar su voluntad.

En el Ordenamiento español, se ha dado carta de naturaleza al **documento de instrucciones previas**, que puede ser emitido por una persona mayor de edad, capaz y libre, en el que se hace constar su voluntad anticipada sobre los cuidados y el tratamiento de su salud para cuando no sea capaz de expresarse o sobre el destino de su cuerpo y órganos, una vez que haya fallecido¹¹³. En dicho documento se puede nombrar un representante para que sirva como interlocutor suyo con el equipo sanitario a efectos de procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, las cuales no serán aplicadas si son contrarias al Ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o si no se corresponden con el supuesto de hecho que el interesado ha previsto en el momento de manifestarlas¹¹⁴.

Las voluntades anticipadas son pues la garantía del respeto a la libertad de la persona para decidir los límites de la injerencia de terceros en su integridad física y moral cuando se sitúa en el ámbito sanitario, que ya no se rige por criterios paternalistas, sino por la libertad y autonomía de la voluntad del paciente.

G) Derecho al auxilio médico a la muerte, que es la facultad de solicitar y obtener la ayuda del personal sanitario para que ponga fin a la vida cuando se ha manifestado la voluntad de morir. Este es el núcleo esencial y básico del derecho a morir y también el más complejo y el que ha generado las mayores discrepancias ético-

jurídicas bajo un contexto eutánico porque implica la *permisión legal* de la eutanasia activa voluntaria. Por ello, nuestro análisis a partir de este momento se va a centrar en este derecho de obtener la asistencia médica para morir, que debe ser objeto de una regulación minuciosa dirigida, primero, a obtener la constancia indubitada de la voluntad seria de terminar la vida y, especialmente, a evitar la usurpación por los terceros del ejercicio del derecho, lo cual se consigue, a nuestro juicio, restringiendo la participación ajena en la muerte a los profesionales sanitarios señalados por la ley, como únicos sujetos cualificados legalmente para ayudar a morir.

Lo fundamental es la petición expresa, seria y reiterada por parte del enfermo terminal o incurable, es decir su voluntad indubitada de querer morir, como expresión de su libertad, de su autonomía y su poder de decisión. Y precisamente para garantizar que el derecho es ejercido por su titular, para garantizar el cumplimiento de la real voluntad del enfermo, la participación activa en su muerte tiene que estar estrictamente reglamentada y debe ponerse en manos de profesionales sanitarios, supervisados a su vez por una Comisión o Comité *ad hoc*, porque es la manera de evitar que un tercero usurpe la voluntad del titular del derecho y actúe sin su voluntad o contra su voluntad, por interés propio o por móviles piadosos o compasivos ajenos a la voluntad de quien debe ejercer el derecho. Por eso entendemos que, como garantía del ejercicio del derecho sólo por su titular, debe mantenerse la actual redacción del art. 143 4º del CP, excluyendo de la misma sólo a los profesionales cualificados legalmente para ayudar a morir, respecto de los cuales, o bien se configura su intervención como una facultad u opción y no como un deber, o bien se reconoce su derecho a la objeción de conciencia, es decir a no participar en un acto de tal naturaleza.

4.2. Naturaleza jurídica

Al hablar de la naturaleza jurídica del derecho que acabamos de describir, hemos de empezar por recordar algo que ya hemos dicho: el derecho a morir no está contemplado en España como derecho fundamental, y tampoco puede decirse que su reconocimiento jurídico sea una exigencia constitucional, aunque los principios y valores constitucionales permitan su reglamentación jurídica. Pero, restringido a supuestos de enfermedad terminal y situación vital insoportable, sí puede merecer el calificativo de derecho humano, entendiendo el término en un sentido amplio, pues son razones humanitarias las que justifican ofrecer la posibilidad legal de dar fin al sufrimiento irreparable mediante el adelanto de la muerte.

¹¹² Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

¹¹³ Art. 11 de la ley 41/2002 de 14 de Noviembre sobre autonomía del paciente

¹¹⁴ Art. 11 3º de la ley 41/2002. Las instrucciones previas se pueden revocar libremente en cualquier momento, dejando constancia por escrito y serán formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas (art. 11 4º y 5º). Cuentan con normativa sobre voluntades anticipadas las C.A. de Cataluña, Aragón, Galicia, Extremadura y Valencia. A título de ejemplo, la ley valenciana 1/2003, de 28 de enero de Derechos e Información al paciente exige que la declaración de voluntades anticipadas se formalice ante notario o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no tendrán relación de parentesco hasta el segundo grado ni vinculación patrimonial con el otorgante (art. 17 3º).

La posible justificación constitucional del derecho a morir debe desligarse del art. 15 de la CE y del pretendido derecho a disponer de la vida que, según algunos reconoce dicho precepto¹¹⁵, para trasladarse a otros ámbitos. Primero porque utilizar como argumento a su favor que el art. 15 de la CE no protege la vida indigna o irreversiblemente deteriorada¹¹⁶, resulta extremadamente peligroso ya que supone dejar la puerta abierta a una protección estatal selectiva de la vida y a legitimar una posible actuación aberrante contra todos aquellos que sufran situaciones vitales incapacitantes o poco dignas de ser vividas. Y en segundo lugar, porque, aún reconociendo la estrecha relación entre la disposición de la vida y el derecho a morir, creemos que no se pueden identificar. De disposición, o incluso de renuncia a la vida, puede hablarse en los casos de comportamientos suicidas de personas sanas o capaces de valerse por sí mismas¹¹⁷, o en aquellos otros en los que un ciudadano arriesga su vida (tirarse en paracaídas, hacer *puenting*, pasear por un alambre entre edificios, torear.... etc). Del derecho a morir se habla en **situaciones límite**, cuando ya no hay nada que arriesgar porque la muerte próxima es un hecho irreversible o porque la vida no puede vivirse por padecer una enfermedad incurable, dolorosa e incapacitante y ello le aleja tanto del suicidio como de la libertad de disposición de la vida, porque de lo que se trata entonces es de proteger y satisfacer los intereses de quien vive tales situaciones, mediante la entrada en juego del principio de solidaridad, que ayude a poner fin a su dolor, su sufrimiento y su desesperanza¹¹⁸. Si en el final de la vida o en supuestos de imposibilidad de vivirla se realiza una ponderación de todos los bienes e intereses en juego, la solicitud sería y libre del interesado de adelantar su muerte

¹¹⁵ *A título de ejemplo, vid. CARBONELL MATEU, J.C., Constitución, suicidio y eutanasia...., p. 28. QUERALT, J.J., La eutanasia: perspectivas actuales y futuras.....p 124. GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal....., p.109. VALLE MUÑIZ, J., Art. 143....., p. 700. GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia....., p. 99. ATIENZA, M., Tras la justicia. Una introducción al Derecho, pp. 133-134.*

¹¹⁶ *Vid. PECES- BARBA MARTÍNEZ, G., La eutanasia desde la Filosofía del Derecho....., pp. 19-21*

¹¹⁷ *Como dice GAFO a propósito de la eutanasia, hay que contradistinguir la del suicidio porque el debate sobre ella no se centra en la legitimidad de disponer de la vida de una persona cualquiera, sino de la persona enferma sobre la que no existen esperanzas de vida en unas condiciones que puedan llamarse humanas (Cfr. Eutanasia y derecho a morir en paz. La eutanasia....., pp. 126-127).*

¹¹⁸ *El respeto a los intereses de los individuos..... es lo que explica que el Estado garantice un marco legal sobre la vida y la muerte en el seno del cual se toman las decisiones que resulten necesarias a fin de evitar un mayor sufrimiento (MÉNDEZ BAIGES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos....., p. 67).*

debe tener mayor valor que el obligarle a vivir la muerte con dolor y sufrimiento. El punto de inflexión en estos supuestos ya no es la vida o su disposición, sino la libertad y autonomía para determinar el momento en el que poner fin a una situación objetiva de sufrimiento y desde este planteamiento, el derecho a morir es perfectamente compatible con el carácter garantista del art. 15 CE y con el deber general de proteger la vida impuesto a los poderes públicos porque el derecho a morir se ejerce en situaciones en las que vida y muerte no son realidades incompatibles sino entrecruzadas y la muerte se adelanta para humanizar el fin de la vida.

Por otra parte, el principio general de libertad que nuestra Constitución consagra en el art. 1º, y en cuya virtud el individuo tiene un ámbito de autonomía personal que le faculta para tomar por sí mismo las decisiones que mejor le convengan siempre que no cause daño o menoscabo a los demás¹¹⁹, pasa a ser el principio rector en el que fundamentar constitucionalmente el derecho a morir, al que deben unirse otros valores y principios constitucionales: el libre desarrollo de la personalidad (art. 10º CE) pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige; la dignidad de la persona (art. 10º CE) pues nadie puede estar más legitimado que el propio afectado para decidir dónde está la dignidad en una situación límite como la de la muerte; la libertad ideológica y religiosa que también puede garantizar el respeto a los deseos del paciente que quiere morir (art. 16º CE); por último, el art. 15º CE cuando prohíbe los tratos inhumanos y degradantes¹²⁰.

Descendiendo ya al plano de su posible positivación, el derecho a morir debe configurarse como un derecho subjetivo, es decir debe otorgar a su titular una serie de poderes o facultades de obrar, ejercitables dentro de los límites señalados por el Ordenamiento jurídico. Pero, ¿ante qué tipo de derecho nos encontramos?. Según ATIENZA, existen cuatro tipos de derechos subjetivos¹²¹:

a) derechos en los que la conducta del titular es facultativa mientras que el sujeto obligado tiene que realizar una conducta positiva.

¹¹⁹ *Vid. RUÍZ MIGUEL, A., Autonomía individual y derecho a la propia vida....., pp. 147-149*

¹²⁰ *Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal....., p. 109.*

¹²¹ *Una clasificación de los derechos humanos, Anuario de Derechos Humanos, nº 4, 1986-87, pp. 29-43.*

b) derechos en los que la conducta del titular es obligatoria, y el sujeto pasivo debe realizar una acción positiva. Ej. el derecho a la educación del art. 27 CE.

c) derechos en los que la conducta del titular es facultativa y la conducta del obligado es negativa, consistente en un no hacer u omitir.

d) derechos en los que la conducta del titular es obligatoria y la correlativa obligación del tercero es de no hacer.

Pues bien, a nuestro juicio, el derecho a morir es del primer tipo descrito, es decir que el titular del derecho es libre de ejercerlo o no, pero si lo hace, las obligaciones de los terceros son positivas o de hacer, es decir tendentes a posibilitar el ejercicio del derecho; y, tratándose del derecho a morir, por terceros hay que entender sólo y exclusivamente, los poderes públicos, representados por la Administración sanitaria correspondiente. Desde este punto de vista, la propia muerte no debe calificarse jurídicamente como mera libertad o como una manifestación del *agere licere*¹²², es decir, como un acto lícito no prohibido por la ley¹²³, sino como un auténtico derecho subjetivo que permite movilizar el apoyo del poder público para obtener la ayuda activa a morir. En otras palabras, no estamos ante una libertad negativa que exija de los demás una mera abstención de actuar, sino ante un derecho prestacional que exige de los poderes públicos una actuación tendente a procurar la muerte del titular del derecho.

Esta configuración del derecho a morir viene exigida, a nuestro juicio, por razones de seguridad jurídica, por la necesidad de que sea el Estado quien controle la situación para garantizar que la muerte sea realmente querida y reclamada por quien puede solicitarla y se evite el riesgo de que familiares o amigos piadosos o terceros en general, sustituyan la voluntad y la libre decisión del afectado. Si se concibe el derecho a morir como una libertad pública que genera un mero deber de abstención por parte de los poderes públicos, los cuales cumplen con declarar impunes determinadas conductas de otros cuando son requeridos de modo fehaciente e indubitado para actuar por quien no puede hacerlo por sí mismo, no hay una garantía plena de que se da cumplimiento a la real voluntad personal del afectado y se corre el riesgo de que la conducta del tercero no sea leal, sino homicida. Precisamente, para garantizar la seguridad jurídica y la personal de quien toma la decisión de morir, lo mejor es concebirlo como derecho prestacional y que sean las instancias médicas señaladas por la ley y bajo la supervisión de

¹²² Así lo concibe el TC en la tan citada St. 120/1990, F.J. 7º

todas las comisiones éticas o de control que se quiera, las que ayuden a morir en los supuestos legalmente previstos. Ello permite mantener, como ya hemos dicho, el art. 143 4º del CP para aplicarlo a los casos en que interviene un tercero distinto al personal sanitario legalmente competente para actuar.

4.3. Titularidad

El derecho a morir es un derecho individual que sólo puede entenderse en el marco de la libre voluntad personal, porque la muerte es la cuestión personal por antonomasia y todo hombre es¹²³ por principio, propietario y responsable de su muerte. Además se sitúa en un marco concreto que es el sanitario, por lo que, como derecho subjetivo, la titularidad no corresponde a cualquier ciudadano, sino sólo a aquellos que tengan **la consideración de pacientes**, es decir de enfermos sometidos a tratamiento médico.

Además, el núcleo básico del derecho que es la facultad de obtener el auxilio médico para morir, sólo puede ejercerse cuando el paciente esté en dos circunstancias concretas: en la fase terminal de la enfermedad o en un caso de existencia vital insoportable e irreparable, aunque no exista muerte próxima. Ello restringe aun más la titularidad de la facultad de obtener la ayuda en la muerte porque sólo puede ser ejercida por enfermos terminales y por pacientes en la situación vital antedicha.

Por enfermo terminal debe entenderse la persona que padece una enfermedad incurable, según los actuales conocimientos médicos, que le conducirá en breve plazo a la muerte presumiblemente después de graves padecimientos físicos o psíquicos¹²⁴. Por paciente en situación vital insoportable debe entenderse el enfermo que padece una lesión o afección crónica e incurable, que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar entre los que puede hallarse¹²⁵ la incapacidad generalizada para valerse por sí mismo.

La inserción en el contexto sanitario y la referencia específica a enfermos terminales o en situación vital

¹²³ Cfr. GRACIA, D., *Prólogo a la monografía de J. GAFO, La eutanasia. El derecho a una muerte humana.....*, p.13.

¹²⁴ Vid. Art. 1 de la *Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia presentada por el Grupo parlamentario Izquierda Unida*, BOCG, nº 254-1 de 14 de Junio de 2002. Vid. también, *Grupo de Estudios de Política Criminal*, Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida.

¹²⁵ Vid. art.1de la *Proposición de L.O. sobre disponibilidad de la propia vida presentada por el Grupo Parlamentario Mixto*, BOCG nº 276-1 de 4 de Octubre de 2002.

insoportable, aleja del derecho a morir a los comportamientos suicidas en los que la muerte puede buscarse por los más variados móviles y puede ser procurada por el propio individuo. La situación terminal dolorosa y la situación vital insoportable son circunstancias objetivas que hacen razonable la petición de morir y que, entendemos, legitiman la intervención del Estado para atender dicha petición, intervención estatal que, situada en estos términos, es perfectamente compatible con la protección general a la vida y la supremacía que ésta tiene en el Ordenamiento jurídico. Por eso, reiteramos que el derecho a morir no debe identificarse con el suicidio y que los comportamientos suicidas en general, deben reconducirse al ámbito de la disponibilidad mínima de la vida y del *agere licere*, siendo jurídicamente posible que un Estado garantista de la vida castigue conductas de terceros que cooperan al suicidio de otro por no poderse controlar ni la voluntad del suicida ni la imparcialidad del auxilio y, al mismo tiempo, reconozca que las personas que se encuentran en determinados supuestos fácticos puedan solicitar y obtener ayuda para morir.

Puesto que la petición de auxilio activo a morir es una decisión trascendental que supone el final de la existencia, es preciso extremar las garantías y cautelas para un ejercicio correcto del derecho. Por ello creemos que sólo puede pedirse la ayuda a morir si se es mayor de edad y se tiene plena capacidad para comprender la trascendencia del acto y decidir en consecuencia. En caso de minoría de edad o de imposibilidad para gobernar su persona y bienes por sí mismo, aunque no esté legalmente incapacitado, no es posible el ejercicio del derecho, ni siquiera a través de familiares o representantes legales porque estamos ante un acto personalísimo, cuyo consentimiento libre y serio no permite sustitución o suplencia¹²⁶, ni siquiera extremando las cautelas mediante la intervención de la autoridad judicial como propugnan algunos¹²⁷.

¹²⁶ En sentido contrario, el art. 2.3º y 4º de la ley holandesa de 4 de abril de 2001 sobre terminación de la vida a petición propia y auxilio al suicidio permite al médico atender la petición de morir de un paciente menor de edad, que tenga una edad comprendida entre los 12 y los 16 años siempre que pueda realizar una valoración razonable de sus intereses. Si el menor está entre los 12 y los 16 años se exige la autorización de los padres; si el menor de edad es mayor de 16 años decide por sí mismo, pero los padres deben haber participado en su proceso de decisión. También el art. 3 1º de la ley belga de 28 de mayo de 2002 relativa a la eutanasia permite solicitar la muerte a menores emancipados, capaces y conscientes de su demanda.

¹²⁷ Cfr. HERNANDO GARCÍA, P.J., *Problemática jurídico-constitucional sobre la libre disposición de la vida humana: la eutanasia*, Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez, Tomo I, Santander 1993, p.263.

De la misma manera, entendemos que la pérdida de la consciencia o de las facultades autónomas como consecuencia de la enfermedad no traslada la posibilidad de solicitar la ayuda a los familiares o representantes legales, en cuyas manos en ningún caso debe ponerse una decisión de tal calibre que podría obedecer a razones espúreas y encubrir una conducta homicida por su parte, por lo que en tales supuestos, no debe procederse a la intervención activa en la muerte del enfermo¹²⁸.

4. 4. Condiciones de ejercicio

Dada la trascendencia que tiene reconocer la facultad de ser ayudado a morir, su regulación debe ir especialmente dirigida a asegurar, primero, la situación objetiva del enfermo y, después, su capacidad o competencia para tomar libremente una decisión de tal naturaleza, lo que exige conocer la voluntad real del interesado. Por lo tanto, a la hora de reglamentar este derecho hay que precisar los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para su ejercicio.

Los requisitos objetivos hacen referencia a la situación física del enfermo, y desde esta óptica, la obtención de ayuda para morir sólo puede darse en dos supuestos¹²⁹:

1- enfermedad terminal, incurable, que conduce necesariamente a una muerte próxima y que normalmente produce graves sufrimientos.

2- situación vital insoportable o vida gravemente deteriorada, es decir cuando las condiciones de vida a consecuencia de una enfermedad o lesión grave incurable son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no es digna ni merece ser vivida según la consideración social mayoritaria.

Como requisito de tipo subjetivo, se precisa la capacidad del interesado y la constancia de su voluntad real, seria e inequívoca, es decir la ausencia de condicionamientos o presiones en la formación de dicha voluntad (depresión, ser una carga para los familiares...etc). La

¹²⁸ Con un criterio distinto, la Proposición de L.O. de despenalización de la eutanasia presentada por Izquierda Unida en Junio de 2002, prevé que los familiares en primer grado o quien ejerza la representación legal puedan solicitar la causación o cooperación activa en la muerte del enfermo.

¹²⁹ Seguimos en parte la descripción de las conductas eutanásicas realizada en el art. 143 4º del CP: enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte o que produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

exigencia de este requisito tiene como finalidad que la decisión de morir de la persona se adopte libre y seriamente y por ello es garantía del ejercicio del derecho por su titular y no por otros y es una salvaguarda de su voluntad de vivir si así lo desea.

4.4.1. Condiciones objetivas

Los requisitos objetivos de ejercicio del derecho son una garantía de la seguridad jurídica y una cautela para evitar abusos, porque permiten apoyar la petición de morir del enfermo en datos objetivos que pueden hacer razonable la petición pues en la consideración social mayoritaria el dolor y el sufrimiento sin esperanza de curación son males que deben evitarse. Como dice JAKOBS, *hay situaciones determinadas en las que una muerte temprana es preferible a seguir viviendo, y ello...como modelo, como estándar, como lo que vale de modo general y, en este sentido, objetivamente, como*¹³⁰ *razonable*

Además, estas condiciones objetivas de ejercicio diferencian el derecho a morir del suicidio de personas sanas, en los que la razonabilidad de los móviles es puramente subjetiva (ej. depresión, pena de amor) y por tanto no garantiza que la intervención del tercero obedezca a motivos imparciales, ajenos a sus propios intereses, lo cual puede servir de argumento para explicar la punición de determinadas conductas de terceros como el auxilio o la cooperación necesaria al suicidio por parte de un Estado garantista de la vida.

Descendiendo a su análisis pormenorizado, la iniciación del proceso de morir¹³¹ marca uno de los momentos a partir del cual es admisible el derecho a morir en sus vertientes de auxilio activo a la muerte.

El proceso de morir se inicia cuando se diagnostica una enfermedad incurable y mortal que va a conducir necesariamente y en breve plazo a una muerte segura y que produce sufrimientos y dolores severos. La determinación del carácter incurable de la enfermedad y su irreversibilidad exigen un diagnóstico médico que, por razones de seguridad y para evitar errores, debe contratarse mediante la obtención de un segundo dictamen médico y todo ello en función de los avances médicos y científicos de cada momento. Pero, a nuestro juicio, para obtener la ayuda a morir no basta con que se haya iniciado el proceso de morir, sino que es necesario un requisito adicional

consistente en que esa enfermedad que da lugar a la iniciación del proceso esté **en fase terminal**, es decir en un momento en el que son inútiles todas las medidas terapéuticas y el único tratamiento posible es el alivio del dolor¹³². La voluntad de morir puede manifestarse, una vez diagnosticada la enfermedad, ante la posibilidad futura de graves dolores o sufrimientos, pero su puesta en práctica debe demorarse al tiempo en que ya no sea posible evitarlos, según los actuales conocimientos de la ciencia.

El segundo supuesto de ejercicio del derecho a morir es el de vida deteriorada o situación vital insoportable, es decir unas condiciones de vida tales que según la valoración social mayoritaria justifican no querer vivirla. Las causas de esta situación deben provenir de la existencia de una enfermedad, lesión o minusvalía incurable, que aunque no sea mortal, produzca graves padecimientos permanentes, difíciles de soportar e imposibles de suprimir según el estado actual de la medicina y la ciencia.. Si en el caso anterior lo decisivo era el carácter mortal y terminal de la enfermedad, ahora es fundamental el grave y permanente sufrimiento generado por la situación física en que se halla la persona.

No es necesario que exista una enfermedad en el sentido técnico del término, sino que la situación de sufrimiento y dolor puede estar generada por una disminución grave de la salud aunque no provenga de una patología, de ahí que se hable de lesión o minusvalía, que han de ser incurables, es decir persistentes durante toda la existencia de la persona.

Además, los graves padecimientos pueden ser físicos o psicológicos (ej. los derivados de la incapacidad general para valerse por uno mismo que ocasiona la enfermedad o lesión), pero, en cualquier caso, deben ser provocados por la situación física antedicha, no debiendo admitirse la ayuda a morir cuando los sufrimientos provienen exclusivamente de una mera situación psicológica en la que se pueda encontrar la persona en un momento dado, porque en tal caso desaparece el elemento objetivo que legitima el auxilio médico a la muerte y además no hay seguridad de que se cumpla el requisito subjetivo de

¹³⁰ Suicidio, eutanasia y Derecho Penal..., p. 61.

¹³¹ Utilizamos la certera terminología empleada por MÉNDEZ BAI-GES, V., Sobre morir. Eutanasias, derechos,....., pp. 44 y ss.

¹³² Como ejemplo, la Ley de la muerte con dignidad del Estado de Oregón de 1995 considera terminal la enfermedad cuando la esperanza de vida del paciente, según dictamen médico, no es superior a seis meses. Por su parte, la Ley de derechos de los enfermos terminales del Territorio Norte de Australia (promulgada en 1996, fue derogada en 1997) permitía la ayuda médica a morir a enfermos con una esperanza de vida menor de seis meses. Sobre esta última ley, vid. FERREIRO GALGUERA, J., Eutanasia, conciencia y Derecho: la ley del Territorio Norte (Australia), La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional, Granada 1998, pp. 465-486.

plena capacidad personal para tomar una decisión seria, libre y responsable ¹³³.

Aunque el derecho a morir como derecho prestacional adquiere plena efectividad en los casos de imposibilidad física para actuar por uno mismo, siempre que se den las condiciones de ejercicio que acabamos de reseñar, no consideramos como requisito necesario para ejercitar el derecho que la persona esté incapacitada para producirse a sí misma la muerte, porque está viviendo unas circunstancias tan penosas, que le puede resultar más consolador la intervención ¹³⁴ y ayuda médicas en la puesta en práctica de su decisión.

4.4.2. Condiciones subjetivas

Como requisito subjetivo se precisa la capacidad del titular para ejercer el derecho y la adopción libre, seria y meditada de su decisión, para evitar la posible manipulación de su voluntad. La trascendencia de la decisión exige la mayoría de edad y la autonomía de la persona para tomar la decisión, la cual comporta un conocimiento completo y suficiente de la situación, la ausencia de coacción interna y la falta de presiones externas ¹³⁵. A efectos de comprobar que se dan tales elementos, la ley puede prever el examen psicológico o psiquiátrico del enfermo para conocer su situación mental ¹³⁶ y la ausencia de presiones en la adopción de su decisión.

Es necesario que la voluntad de morir conste de manera indubitada por lo que la solicitud de ayuda debe ser expresa, seria y actual ¹³⁷. La petición expresa implica su formulación en términos claros, que no dejen duda a cerca de la voluntad real del sujeto y determina la irrelevancia del consentimiento presunto porque no permite conocer si la decisión de morir es realmente autónoma.

La seriedad de la petición exige que la solicitud de ayuda a morir sea madura y firme, para lo cual el paciente debe estar correctamente informado sobre el alcance y gravedad de su dolencia, y la petición de ser ayudado no debe responder a presiones externas ni ser fruto de estados anímicos momentáneos; en este sentido, la reiteración de la petición en un determinado periodo de tiempo puede ser ¹³⁸ indicativa de una decisión madurada y no impulsiva.

La actualidad de la solicitud supone que se plantee cuando ya se dan las condiciones que la ley marque para ejercer el derecho, es decir el enfermo está ya en la fase terminal o está viviendo una situación vital insoportable. Ello plantea el problema de la eficacia de la petición de morir manifestada en un documento de voluntades anticipadas. A juicio de TOMÁS-VALIENTE LANUZA, la única manera de preservar la autodeterminación personal cuando ya no se tiene autonomía es considerar que tal solicitud es expresión inequívoca de la voluntad de morir, siempre que las circunstancias de la petición reflejadas en el documento coincidan plenamente con la situación real concurrente ¹³⁹ en el momento de realizarse la conducta solicitada. Por su parte, la ley belga sobre eutanasia otorga relevancia a la declaración de voluntad anticipada que solicite la práctica de la eutanasia si consta por escrito y ha sido redactada o confirmada en los cinco años inmediatamente anteriores al momento en que no es posible manifestar la voluntad (art. 4). Desde nuestro punto de vista, debe ser preponderante la actualidad de la petición, por lo que un genérico documento de instrucciones previas como el regulado en el art. 11 de la ley 41/2002 de autonomía del paciente no es el instrumento más adecuado para dejar constancia de una decisión tan trascendental como es la ayuda activa a morir.

A nuestro juicio, la admisión de una declaración de voluntad anticipada en este supuesto debe reunir los siguientes requisitos: figurar en un **documento ad hoc**, es decir dirigido de manera exclusiva a manifestar la voluntad de morir cuando se reúnan las condiciones legales para ello y no se tenga capacidad ni autonomía para decidir; redactarse ante fedatario público y en un momento muy concreto: cuando exista al menos un primer

¹³³ Cfr. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 127-128., al analizar los requisitos que exige el tipo del art. 143 4º del CP.

¹³⁴ Sin embargo, TOMÁS-VALIENTE LANUZA propone de lege ferenda que, con el fin de asegurar la firmeza de la voluntad del enfermo, una eventual despenalización del homicidio eutanásico solicitado se limite a supuestos de personas que no pueden tragar por sí mismas una dosis letal de medicamentos (Vid. La disponibilidad de la propia vida....p. 150. También, La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p.126).

¹³⁵ Vid. SÁNCHEZ JIMÉNEZ E., La eutanasia ante la moral y el Derecho...., pp. 214 y ss.

¹³⁶ Cfr. CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia....., p.357

¹³⁷ Vid. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., La cooperación al suicidio y la eutanasia....., pp. 129-134.

¹³⁸ El art. 2 de la Proposición de L.O. de despenalización de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en Junio de 2002, exige que la voluntad de morir sea solicitada al menos dos veces en un periodo de dos meses ante el facultativo correspondiente (BOCG nº 254-1 de 14 de Junio de 2002).

¹³⁹ Cfr. La cooperación al suicidio y la eutanasia....., p. 133.

diagnóstico del carácter grave e irreversible de la enfermedad o afección aunque todavía no sea terminal o no esté generando graves padecimientos; por último debe someterse a un plazo de eficacia desde su emisión relativamente corto y por tanto muy inferior al de 5 años previsto en la ley belga.

4.5. Procedimiento

El derecho a obtener el auxilio para morir debe situarse en un contexto sanitario-asistencial en el que la intervención de los profesionales de la medicina, bajo la supervisión de Comisiones o Comités creados al efecto, debe ser esencial, tanto para comprobar la concurrencia de las condiciones objetivas y subjetivas exigidas por la ley para el ejercicio del derecho (el diagnóstico médico de la enfermedad terminal o de la situación física permanente e incurable y el estado mental del enfermo para adoptar una decisión libre y consciente), como para llevar a efecto la decisión adoptada por el titular del mismo. Sólo así se garantiza realmente que la muerte del enfermo atiende a sus propios intereses y es fruto de su voluntad real y, al poner el control de la situación en manos de poderes públicos, se evitan consecuencias indeseables y posibles abusos.

A grandes rasgos, el modo de ejercer el derecho podría discurrir por estos cauces:

La petición de auxilio para morir debe constar por escrito, estar firmada por el interesado y puede ser ratificada por testigos. Como garantía de que la decisión se ha adoptado de forma sopesada y madura, la solicitud puede someterse a un tiempo de espera, que podría ser de 10 o 15 días, al cabo de los cuales, se debe ratificar la petición, la cual podrá revocarse en cualquier momento.

Puesto que partimos de un derecho compatible con la vida y con el carácter garantista que de la misma tiene nuestro Ordenamiento, consideramos imprescindible observar las máximas cautelas posibles, por lo que nos parece preferible asumir un control a priori del cumplimiento de los requisitos legales, aunque algunos piensen que es una opción plagada de dificultades prácticas insalvables porque supondría burocratizar la situación hasta el punto de que no se podría realmente ejercer el derecho¹⁴⁰.

Desde esta perspectiva, entendemos que la puesta en práctica de la decisión de morir debe corresponder al médico de cabecera o al facultativo que esté tratando al enfermo en su patología, pues parece el profesional más

adecuado para ayudar a morir, excluyéndose por tanto al personal de enfermería. Su intervención debe ser opcional y no obligatoria, aunque, una vez que decide asistir al paciente en su muerte, debe estar presente en todo el proceso y realizar las actuaciones tendentes a ese fin, pero no puede aceptar ningún precio o recompensa y deben ser ineficaces las disposiciones testamentarias o de última voluntad que a su favor realice el enfermo.

Una vez recibida la solicitud, debe dar traslado de la petición a una Comisión o Comité multidisciplinar creado al efecto en cada hospital¹⁴¹, que sería el órgano encargado de supervisar todo el proceso, para lo cual contaría con un equipo específico de profesionales encargados de contrastar el diagnóstico de la enfermedad y el estado psicológico del enfermo. Es verdad que de la agilidad y buen funcionamiento de estos organismos de control dependerá la plena efectividad y el ejercicio real del derecho, pues en muchos casos la situación del enfermo no admitirá demoras. Quizás por esta razón, las leyes holandesa y belga, únicas legislaciones europeas que contemplan el auxilio activo a la muerte¹⁴², prevén un control del proceso a posteriori a través de la presentación por el médico interviniente de un *dossier*, en el que debe haber constancia documental de que la ayuda a morir se ha practicado según las condiciones y el procedimiento previsto en la ley.

Sería conveniente que la ayuda a morir se realizara en presencia de testigos y, una vez consumada, el médico

¹⁴¹ *Dichos órganos deberían estar formados por profesionales de la salud, juristas y personal especializado en enfermedades incurables o cuidados paliativos (asistentes sociales, psicólogos...). Los avances tecnológicos y científicos están propiciando ya la creación de organismos de carácter consultivo y asesor para dar una respuesta ética a los nuevos retos que genera la biomedicina. Así, en Abril de 2002 se creó en el Ministerio de Ciencia y Tecnología el Comité Asesor de Ética como instrumento consultivo para emitir recomendaciones y opiniones fundadas sobre las diferentes cuestiones éticas relacionadas con la manipulación genética, la reproducción asistida y la biomedicina en general. Más recientemente, el art. 30 de la ley valenciana 1/2003 sobre derechos e información al paciente prevé la creación de un Consejo Asesor de Bioética y de Comités de bioética asistencial para dilucidar aspectos de carácter ético relacionados con la práctica asistencial, poder establecer criterios generales ante determinados supuestos que pueden aparecer como consecuencia de los avances tecnológicos, fomentar el sentido de la ética en los estamentos sanitarios y organizaciones sociales y desarrollar cualquier tipo de actividad relacionada con la bioética.*

¹⁴² *La ley belga de 28 de Mayo de 2002, relativa a la eutanasia entró en vigor el 23 de Septiembre de ese año. Anterior en el tiempo, la ley holandesa de 4 de Abril de 2001 sobre comprobación de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio entró en vigor el 4 de Abril de 2002. Sobre la situación holandesa anterior a la ley puede verse, MARCOS DEL CANO, A. M^o, *Legislación eutanásica y realidad social: la experiencia de Holanda*, Problemas de la eutanasia, Madrid 1999, pp. 73 y ss.*

¹⁴⁰ *Vid. TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., La disponibilidad de la propia vida....., p. 142.*

emitiera un informe y diera traslado del mismo a la Comisión o Comité que haya conocido del caso.

Para finalizar, quisieramos reclamar la atención del Legislador para que acometa la regulación de este tema teniendo en cuenta el sentir mayoritario de la sociedad, aunque le resulte espinoso y problemático, pero también en su día lo fueron otros de cuya necesaria y beneficiosa reglamentación hoy nadie duda¹⁴³. Si el Derecho es la parte de la ética que se impone coactivamente por ser de vital importancia para la sociedad¹⁴⁴, no parece éticamente reprochable atender a los deseos de una persona que está en fase terminal o que sufre de manera *inhumana*, y que pide la anticipación de su muerte. El Derecho es prudente y cauto, por eso la respuesta jurídica suele ir a remolque de la dinámica social, pero debe reaccionar con prontitud si de lo que se trata es de neutralizar el dolor y el sufrimiento irreversibles de **cada vez más personas**.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

- AA.VV., *Morir con dignidad: dilemas éticos en el final de la vida*, Madrid 1996
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., (coord.), *Problemas de la eutanasia*, Madrid 1999.
- ATIENZA, M., *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona 1993.
- BASDEVANT-GAUDEMET, B., L'euthanasie et la renonciation aux traitements édiciaux en droit français, *ADEE VIII*, 1992, pp. 289 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., Prolongación artificial de la vida y trato inhumano y degradante, *Cuadernos de Política Criminal (CPC)* nº 51, 1993, pp. 709 y ss.
- CABELLO MOHEDANO, F.A./GARCÍA GIL, J.M./VIQUEIRA TURNEZ, A., *Entre los límites personales y penales de la eutanasia*, Cádiz 1990.
- CALSAMIGLIA, A., Sobre la eutanasia, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1993, pp. 337-358.

¹⁴³ V.g. el aborto, el divorcio o los transplantes de órganos. Es más, algunos de ellos, como el de la reproducción asistida, son especialmente complejos y técnicos, lo que no ha impedido que la legislación española haya sido pionera en Europa (Cfr. CASADO GONZÁLEZ, M., La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos....., pp. 69-70).

¹⁴⁴ Cfr. J.A. MARINAS, Crónica dominical del Diario "El Mundo" de 19 de Mayo de 2002

- CARBONELL MATEU, J.C., Constitución, suicidio y eutanasia, *Cuadernos Jurídicos (CJ)*, nº 10, 1993, pp. 26 y ss.
- CASADO GONZÁLEZ, M., *La eutanasia. Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid 1994.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., Eutanasia y Derecho, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 83-114.
- DIÉZ RIPOLLÉS, J.L. y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., (co-ords), *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, Valencia 1996.
- DWORKIN, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. R. Caracciolo y V. Ferreres, Barcelona 1994.
- FERRARI, S., L'eutanasia e il rifiuto di trattamenti sanitari nel diritto italiano, *ADEE VIII*, 1992, pp. 279 y ss.
- FERREIRO GALGUERA, J., Eutanasia, conciencia y Derecho: la ley del territorio Norte de Australia, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada 1998, pp.465-486.
- FLECHA ANDRÉS, J.R., Eutanasia y muerte digna. Propuestas legales y juicios éticos. *REDC*, vol. 45, nº 124, 1988, pp.155-208.
- GAFO, J., - Eutanasia y derecho a morir en paz, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, Madrid 1984, pp.123-142.
- *La eutanasia. El derecho a una muerte humana*, Madrid 1989.
- GASCÓN ABELLÁN, M., Problemas de la eutanasia, *Sistema*, Enero de 1992, pp. 81-107.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., Eutanasia y Derecho Penal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Cantero)*, 12, 1987(publicado en 1989), pp. 107-112.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida*, Alicante 1993.
- HERNANDOD GARCÍA, P., Problemática jurídico-constitucional sobre la libre disposición de la vida humana: la eutanasia, *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, I, U. de Cantabria 1993, pp. 251 y ss.

- JAKOBS, G., *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y P. García Álvarez, Valencia 1999.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Libertad de amar y derecho a morir*, 6ª ed., Buenos Aires 1946.
- JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid 1994.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la libertad de conciencia II*, Madrid 1999, pp. 329-336.
- MARCOS DEL CANO, A.Mª, *La eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Madrid 1999.
- MARÍN GÁMEZ, J.A., La eutanasia desde la perspectiva del Derecho Comparado. Especial atención a los casos holandés y norteamericano, *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 85, 1996, pp.139 y ss.
- MÉNDEZ BAIGES, V., *Sobre morir. Eutanasias, derechos, razones*, Madrid 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., La eutanasia: perspectivas actuales y futuras, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1988, pp.115 y ss.
- ROBERT, J. - DUFFAR, J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6ª ed., París 1996.
- ROMEO CASABONA, C.Mª, El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho Español, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp. 189-205.
- RUIZ MIGUEL, A., - Autonomía individual y derecho a la propia vida (un análisis filosófico-jurídico), *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* nº 14, Enero-Abril de 1993, pp.135 y ss.
- La eutanasia: algunas complicaciones, *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, nº 17, Agosto de 1993, pp. 43 y ss.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E., *La eutanasia ante la moral y el Derecho*, Sevilla 1999.
- TAMARIT SUMALLA, J.Mª, *La libertad ideológica en el Derecho Penal*, Barcelona 1989.
- TOLEDANO TOLEDANO, J.R., *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España*, Barcelona 1999.
- TORÍO LÓPEZ, A., ¿Tipificación de la eutanasia en el Código Penal?. Indicaciones provisionales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp. 231-237.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *-La disponibilidad de la propia vida en del Derecho Penal*, Madrid 1999.
- La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)*, Valencia 2000.
- VALLE MUÑIZ, J.M., - La ausencia de responsabilidad penal en determinados supuestos de eutanasia, *Cuadernos Jurídicos* nº 25, Diciembre 1994, pp.12 y ss.
- Comentario al art. 143 CP, *Comentarios al Nuevo Código Penal (dir. Quintero Olivares; coord. Valle Muñiz)*, Pamplona 1996, pp. 696-710.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (homenaje al prof. J.A. Sainz Cantero)*, 13, 1987 (publicado en 1989), pp.281 y ss.

LEGISLACIÓN

Sección a cargo de José M^a Ayerra Lazcano

LEGISLACION DEL ESTADO

- Ley 8/03, de 24 abril, de Sanidad Animal. BOE 99, de 25-4-2003.
- Ley 9/03, de 25 abril, que establece el régimen jurídico de utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente. BOE 100, de 26-4-2003.
- Ley 16/03, de 28 mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE 128, de 29-5-2003.
- Ley 17/03, de 29 mayo, que regula el fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. BOE 129, de 30-5-2003.
- Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido. BOE 276, de 18-11-2003.
- Ley 44/2003, de 21 noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. BOE 280, de 22-11-2003.
- Ley 45/2003, de 21 noviembre. Modifica Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. BOE 280, de 22-11-2003.
- Ley 52/03, de 20 diciembre. Disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. BOE 296, de 11-12-2003.
- Ley 54/2003, de 12 diciembre. Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. BOE 298, de 13-12-2003.
- Ley 55/03, de 16 diciembre. Estatuto marco del personal sanitario de los servicios de salud. BOE 301, de 17-12-2003.
- Ley 59/03, de 19 diciembre, de firma electrónica. BOE 304, de 20-12-2003.
- Real Decreto 349/03, de 21 marzo, que modifica el Real Decreto 665/97, de 12 mayo, sobre protección de trabajadores contra riesgos de exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo y que amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos. BOE 82, de 5-4-2003.
- Real Decreto 465/03, de 25 abril, sobre sustancias indeseables en alimentación animal. BOE 102, de 29-4-2003.
- Real Decreto 496/03, de 2 mayo, que establece el título de Técnico en Atención Sociosanitaria. BOE 124, de 24-5-2003.
- Real Decreto 500/03, de 2 mayo, que modifica Reales Decretos 1316/92, de 30 octubre, y 2551/94, de 29 diciembre, sobre condiciones sanitarias de subproductos animales. BOE 111, de 9-5-2003.
- Real Decreto 548/03, de 9 mayo, que crea la Comisión Intersectorial de Dirección y el Comité Ejecutivo para desarrollo del Plan nacional de prevención y control del tabaquismo 2003-2007. BOE 114, de 13-5-2003.
- Real Decreto 604/03, de 23 mayo, que establece métodos de toma de muestras y análisis para el control oficial de las dioxinas y la determinación de policlorobifenilos (PCB) similares a las dioxinas en productos alimenticios. BOE 134, de 5-6-2003.
- Real Decreto 605/03, de 23 mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera del Sistema Nacional de Salud. BOE 134, de 5-6-2003.
- Real Decreto 681/03, de 12 junio, sobre protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo. BOE 145, de 18-6-2003.
- Real Decreto 744/03, de 20 junio. Modifica el Real Decreto 414/96, de 1 marzo, que regula los productos sanitarios en materia de clasificación de implantes mamarios. BOE 158, de 3-7-2003.

- Real Decreto 767/93, de 21 de mayo, que regula evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. BOE 297, de 12-12-2003.
- Real Decreto 865/03, de 4 julio. Establece criterios higiénico-sanitarios para prevención y control de legionelosis. BOE 171, de 18-7-2003.
- Real Decreto 905/03, de 11 julio. Modifica Disposición Transitoria Única del Real Decreto 175/01, de 12 febrero, que aprueba normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficiales. BOE 166, de 12-6-2003.
- Real Decreto 1050/03, de 1 agosto. Aprueba reglamentación técnico-sanitaria de zumos de fruta y otros productos similares, destinados a la alimentación humana. BOE 184, de 2-8-2003.
- Real Decreto 1052/03, de 1 agosto. Aprueba reglamentación técnico-sanitaria sobre determinados azúcares destinados a la alimentación humana. BOE 184, de 2-8-2003.
- Real Decreto 1055/03, de 1 agosto. Aprueba reglamentación técnico-sanitaria sobre productos de cacao y chocolate destinados a la alimentación humana. BOE 186, de 5-8-2003.
- Real Decreto 1131/03, de 5 septiembre. Crea el Comité ejecutivo nacional para prevención, control y seguimiento de la evolución epidemiológica del virus de la gripe. BOE 214, de 6-9-2003.
- Real Decreto 1277/03, de 10 octubre. Establece bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios. BOE 254, de 23-10-2003.
- Real Decreto 1275/03, de 19 octubre. Sobre complementos alimenticios. BOE 246, de 14-10-2003.
- Real Decreto 1326/03, de 24 octubre. Aprueba estatuto del becario de investigación. BOE 263, de 3-11-2003.
- Real Decreto 1328/03, de 24 octubre. Modifica Real Decreto 165/97, de 7 febrero. Establece márgenes de dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano. BOE 256, de 25-10-2003.
- Real Decreto 1348/03, de 31 octubre. Adapta la clasificación anatómica de medicamentos al sistema de clasificación ATC. BOE 264 de 4-11-2003.
- Real Decreto 1376/03, de 7 noviembre. Establece condiciones sanitarias de producción, almacenamiento y comercialización de carnes frescas y derivados. BOE 273, de 14-11-2003.
- Real Decreto 1517/03, de 28 noviembre. Modifica los estatutos generales de Odontólogos y Estomatólogos y de su Consejo general, aprobado por Real Decreto 2828/98, de 23 diciembre. BOE 295, de 10-12-2003.
- Real Decreto 1744/03, de 19 diciembre. Modifica Real Decreto 1074/02, de 18 octubre, sobre proceso de elaboración, circulación y comercio de aguas de bebida envasadas. BOE 312, de 30-12-2003.
- Orden SCO/983/2003, de 15 abril, que modifica Anexos del Real Decreto 118/03, de 31 enero, que aprueba la lista de sustancias permitidas para fabricación de materiales y objetos plásticos destinados a entrar en contacto con alimentos y se regulan determinadas condiciones de ensayo. BOE 99, de 25-4-2003.
- Orden SCO/1448/2003, de 23 mayo, que modifica Anexos II y III del Real Decreto 1599/97, de 17 octubre, sobre productos cosméticos. BOE 134, de 5-6-2003.
- Orden SCO/1512/2003, de 2 junio, que modifica anexo del Real Decreto 1997/97, de 19 diciembre, que establece normas de identidad y pureza de aditivos alimentarios distintos de colorantes y edulcorantes utilizados en productos alimenticios. BOE 138, de 10-6-2003.
- Orden SCO/1225/2003, de 8 mayo, que establece directivas para la elaboración del Plan Integral del Cáncer. BOE 120, de 20-5-2003.
- Orden PRE/1114/2003, de 30 abril, que modifica Anexos II de Reales Decretos 280/94, de 18 febrero, y 569/90, de 27 abril, que establece límites máximos de residuos de plaguicidas y control en determinados productos de origen animal y vegetal. BOE 111, de 9-5-2003.
- Orden SCO/2024/2003, de 15 julio. Desarrolla la composición y régimen de funcionamiento

- del Consejo Asesor de Sanidad. BOE 172, de 19-7-2003.
- Orden PRE/2277/2003, de 4 agosto. Modifica Anexo I del Real Decreto 1406/1989, de 10 noviembre, que impone limitaciones a la comercialización y uso de ciertas sustancias y preparados peligrosos: arsénico y colorante azul. BOE 190, de 9-8-2003.
 - Orden SCO/2958/2003, de 23 octubre. Determina conjuntos de presentaciones de especialidades farmacéuticas y aprueba precios de referencia. BOE 256, de 25-10-2003.
 - Orden PRE/3057/2003, de 30 octubre. Modifica Real Decreto 280/1994, de 18 febrero, sobre límites máximos de residuos en plaguicidas y control en productos de origen vegetal. BOE 265, de 5-11-2003.
 - Orden PRE/3058/2003, de 30 octubre. Modifica Real Decreto 280/1994, de 18 febrero, y 269/90, de 27 de abril, sobre límites máximos de residuos en plaguicidas y control en productos de origen vegetal y animal. BOE 265, de 5-11-2003.
 - Orden PRE/3074/2003, de 5 noviembre. Modifica Anexo Real Decreto 465/03, de 25 abril, sobre sustancias indeseables en alimentación animal. BOE 266, de 6-11-2003.
 - Orden PRE/3235/2003, de 19 noviembre. Modifica anexo II del Real Decreto 280/1994, de 18 febrero, sobre límites máximos de residuos de plaguicidas y control en determinados productos de origen vegetal. BOE 280, de 22-11-2003.
 - Orden SCO/3262/2003, de 18 noviembre. Aprueba el Formulario Nacional. BOE 283 de 26-11-2003. Rectificación de errores BOE de 12-12-2003.
 - Orden SCO/3158/2003, de 7 noviembre. Crea el Instituto de Investigación de Enfermedades Raras. BOE 273, de 14-11-2003.
 - Orden SCO/3461/2003, de 26 noviembre. (Ar. 2897). Actualiza anexo II del Orden SCO/3524/2003, de 12 diciembre. Modificaciones sobre presentaciones de especialidades farmacéuticas y aprobación de precios de referencia. BOE 302, de 18-12-2003.
 - Orden SCO/2958/2003, de 23 octubre. Determina conjuntos de presentaciones de especialidades farmacéuticas y aprueba precios de referencia. BOE 256, de 25-10-2003.
 - Orden SCO/3262/2003, de 18 noviembre. Aprueba el Formulario Nacional. BOE 283, de 26-11-2003.
 - Resolución de 18 julio de 2003, de la Agencia Española del Medicamento. Acuerda la publicación de especialidades farmacéuticas autorizadas y registradas correspondientes al segundo trimestre de 2003. BOE 185, de 4-8-2003.

ANDALUCIA

- Ley 5/2003, de 9 octubre, de declaración de voluntad anticipada de Andalucía. BOJA 210, de 31-10-2003.
- Ley 7/03, de 20 octubre. (Ar. 539). Regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación "in vitro". BOJA 210, de 31-10-2003.
- Decreto 127/03, de 13 mayo. (Ar. 278). Establece el ejercicio de derecho a la segunda opinión en el sistema sanitario público. BOJA 102, de 30-5-2003.
- Decreto 151/03, de 10 junio. (Ar. 351). Establece código numérico personal para profesionales sanitarios de la Administración sanitaria de Andalucía. BOJA 125, de 2-7-2003.
- Decreto 152/03, de 10 junio. (Ar. 352). Crea el Consejo asesor sobre el cáncer en Andalucía. BOJA 125, de 2-7-2003.
- Decreto 300/03, de 21 octubre. (Ar. 515). Regula tratamientos con opiáceos a personas dependientes de los mismos. BOJA 206, de 27-10-2003.
- Orden de 30 junio. (Ar. 450). Regula organización y funcionamiento de los centros de prevención de riesgos laborales. BOJA 162, de 25-8-2003.
- Orden de 6 octubre 2003. (Ar. 511). Modificación Orden de 22-4-2002, sobre subvenciones a programas. BOJA 202, de 21-10-2003.
- Resolución de 17 junio. (Ar. 360). Piscinas: actualizaciones sobre el reglamento sanitario de

piscinas de uso colectivo. BOJA 127, de 4-7-2003.

ARAGON

- Decreto 83/03, de 29 abril. (Ar. 175). Garantía de plazo en la atención quirúrgica en Aragón. BOA 60, de 19-5-2003.
- Decreto 100/03, de 6 mayo. (Ar. 195). Aprueba el reglamento de organización y funcionamiento del registro de voluntades anticipadas. BOA 64, de 28-5-2003.
- Orden de 14 enero. (Ar. 30). Normas sanitarias aplicables a centros de tatuaje. BOA 11, de 29-1-2003.
- Orden de 22 enero 2003. (Ar. 249). Determina órgano competente para reclamaciones de responsabilidad patrimonial en hospitales del Servicio Aragonés de Salud. BOA 88, de 18-7-2003.
- Orden de 8 abril. (Ar. 149). Regula identificación de usuarios de oficinas de farmacia en Aragón para acceso a la prestación farmacéutica. BOA 45, de 16-4-2003.
- Orden de 8 abril. (Ar. 148). Crea registro de usuarios del sistema de salud de Aragón persistentes. BOA 45, de 16-4-2003.

CANARIAS

- Orden de 20 febrero. (Ar. 143). Regula implantación de Teleayuda de seguridad y emergencias. BOCAN 73, de 15-4-2003.
- Orden de 28 febrero. (Ar. 91). Regula el procedimiento de intercambio de plasma en la red transfusional de Canarias. BOCAN 47, de 10-3-2003.
- Orden de 4 abril. (Ar. 146). Dispone la publicación del II plan canario sobre drogas (2003-2008). BOCAN 75, de 21-4-2003.
- Orden de 15 mayo. (Ar. 202). Establece plazos máximos de respuestas a determinados procedimientos quirúrgicos. BOCAN 96, de 21-5-2003.

- Orden de 21 mayo. (Ar. 263). Crea Comité Asesor y de Seguimiento de Rehabilitación concertada. BOCAN 124, de 1-7-2003.

CANTABRIA

- Decreto 7/03, de 30 enero. (Ar. 46). Aprueba planificación farmacéutica. BOC 33, de 18-2-2003.

CASTILLA LA MANCHA

- Decreto 9/03, de 28 enero. (Ar. 33). Tiempos máximos de respuesta, prestaciones garantizadas, tarifas y abonos por desplazamientos en atención sanitaria especializada. DOCM 12, de 31-1-2003.
- Orden de 20 agosto 2003. (Ar. 412). Regula la Comisión asesora para elaborar el Plan de prevención y control del cáncer. DOCM 203, de 27-8-2003.
- Orden de 9 octubre 2003. (Ar. 304). Actualiza el calendario de vacunaciones. DOCM 155, de 31-10-2003.
- Resolución de 20 junio. (Ar. 218). Aplicación de fórmula para cálculo de la contribución del número de servicios de urgencias adicionales en oficinas de farmacia que realicen un horario superior al mínimo oficial. DOCM 94, de 27-6-2003.
- Resolución de 8 julio. (Ar. 243). Forma comisión regional de seguimiento de la fecundación "in vitro". DOCM 109, de 24-7-2003.

CASTILLA Y LEON

- Ley 8/03, de 8 abril. (Ar. 221). Ley sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. BOCL 71, de 14-4-2003.
- Decreto 40/03, de 3 abril. (Ar. 202). Regula las guías de información al usuario y los procedimientos de reclamación. BOCL 67, de 8-4-2003.
- Decreto 44/03, de 15 abril. (Ar. 253). Condiciones higiénico-sanitarias de centros de tatuaje. BOCL 75, de 22-4-2003.

- Decreto 59/03, de 15 mayo. (Ar. 305). Aprueba el segundo plan sociosanitario de Castilla y León. BOCL 95, de 21-5-2003.
- Decreto 95/03, de 21 agosto. (Ar. 416). Procedimiento de autorización botiquines. BOCL 165, de 27-8-2003.
- Orden de 3 septiembre 203. (Ar. 485). Carta de derechos y deberes de Guías de información al usuario. BOCL 205, de 22-10-2003.
- Orden de 9 junio. (Ar. 342). Desarrolla Decreto 44/2003, sobre formación higiénico-sanitaria de aplicadores de tatuajes y “piercing”. BOCL 115, de 17-6-2003.
- Acuerdo de 24 abril. (Ar. 269). Estrategia regional de salud mental y asistencia psiquiátrica. BOCL 81, de 30-4-2003.

CATALUÑA

- Ley 7/03, de 25 abril. (Ar. 349). Ley de protección de la salud. DOGC 3879, de 8-5-2003.
- Decreto 126/03, de 13 mayo. (Ar. 387). Óptica: requisitos de los establecimientos. DOGC 3889, de 22-5-2003.
- Decreto 145/03, de 10 junio. (Ar. 483). Modificaciones sobre el procedimiento de notificación de las enfermedades de declaración obligatoria y brotes epidémicos en el Departamento de Salud. DOGC 3911, de 25-6-2003.
- Decreto 261/03, de 21 octubre. (Ar. 752). Regula los servicios de atención precoz. DOGC 4002, de 4-11-2003.
- Decreto 276/03, de 21 octubre. (Ar. 777). Modifica el Decreto 348/01, de 4-12-2001, que regula los centros de bronceado artificial. DOGC 4013, de 19-11-2003.
- Orden de 2 mayo. (Ar. 368). Regula el control de establecimientos que prestan servicios de bronceado artificial. DOGC 3883, de 14-5-2003.
- Orden de 26 mayo. (Ar. 458). Crea Comisión asesora de registro de trasplante hepático de Cataluña. DOGC 3909, de 20-6-2003.
- Orden de 26 mayo. (Ar. 459). Crea Comisión asesora de registro de trasplante cardiaco de Cataluña. DOGC 3909, de 20-6-2003.

- Orden de 20 junio. (Ar. 495). Crea el programa para el desarrollo del libro blanco de las profesiones sanitarias. DOGC 3914, de 30-6-2003.

COMUNIDAD DE MADRID

- Decreto 14/03, de 13 febrero. (Ar. 98). Óptica: regula requisitos para autorizaciones de los establecimientos. BOCM 54, de 5-3-2003.
- Decreto 43/03, de 8 abril. (Ar. 132). Laboratorios: autorizaciones para realizar análisis de sustancias relacionadas con la sanidad ambiental y alimentaria. BOCM 52, de 11-4-2003.
- Orden de 21 abril. (Ar. 229). Desarrolla sistema de sugerencias, quejas y reclamaciones en la red sanitaria pública. BOCM 108, de 8-5-2003.
- Orden 23 abril. (Ar. 241). Derecho de información de los usuarios: documento acreditativo. BOCM 111, de 12-5-2003.
- Orden de 5 junio. (Ar. 309). Organización de las unidades de desintoxicación hospitalaria para drogodependientes. BOCM 141, de 16-6-2003.

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

- Ley Foral 29/03, de 4 abril. Modifica la Ley Foral 11/02, de 6 de mayo, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica. BON 45, de 11-4-2003.
- Decreto Foral 108/03, de 12 mayo. Regulación en Navarra de condiciones para ejercicio de actividades de formación de manipuladores de alimentos y régimen de autorización y registro. BON 85, de 4-7-2003.
- Decreto Foral 129/03, de 26 mayo, que establece horario de atención al público, servicio de guardia y cierre temporal por vacaciones de farmacias. BON 75, de 16-6-2003.
- Decreto Foral 132/03, de 2 junio, que crea Registro de Enfermos Renales Crónicos de Navarra. BON 79, de 25-6-2003.
- Decreto Foral 139/03, de 16 junio. Establece condiciones de acceso a prestación farmacológica de ayuda para dejar de fumar. BON 85, de 4-7-2003.

- Decreto Foral 140/03, de 16 de junio, que regula el Registro de Voluntades Anticipadas. BON 81, de 30-6-2003.
- Orden Foral 13/03, de 10 de febrero, del Consejero de Salud. Reordena el programa de Detección Precoz de Metabolopatías Congénitas. BON 45, de 11-4-2003. Corrección de errores BON 73, de 11-6-2003
- Orden Foral 39/03, de 9 abril, del Consejero de Salud, que establece requisitos para autorizaciones de creación, modificación y funcionamiento de establecimientos de óptica. BON 64, de 21-5-2003.
- Orden Foral 51/03, de 9 mayo, del Consejero de Salud, que desarrolla programa de Atención Dental a Minusválidos. BON 65, de 23-5-2003.
- Orden Foral 60/03, de 15 mayo, del Consejero de Salud. Crea la Unidad de Daño Cerebral y Medular de la Clínica Ubarmin. BON 90, de 14-7-2003.
- Orden Foral 61/03, de 15 mayo, del Consejero de Salud. Reordena el Programa de Prevención de cáncer de mama. BON 90, de 14-7-2003.
- Orden Foral 64/03, de 15 de mayo, del Consejero de Salud. Garantiza prestaciones de asistencia sanitaria a los escolares que participan en programas deportivos escolares promocionados por el Instituto Navarro de Deporte y Juventud. BON 87, de 7-7-2003.
- Orden Foral 77/03, de 1 julio, del Consejero de Salud. Desarrolla el programa de atención dental infantil y juvenil. BON 109, de 27-8-2003.
- Orden Foral 106/03, de 30 julio, de la Consejera de Salud, que modifica la Orden Foral 83/02, de 15 mayo, del Consejero de Salud. Aprueba tarifas por prestación de servicios en los centros asistenciales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. BON 113, de 3-9-2003.
- Orden Foral 134/03, de 5 noviembre, de la Consejera de Salud. Modifica el calendario oficial de vacunaciones en Navarra. BON 153, de 3-12-2003.

COMUNIDAD VALENCIANA

- Ley 5/03, de 28 febrero. (Ar. 62). Modifica Ley 6/98, sobre ordenación farmacéutica. DOGV 4454, de 6-3-2003.
- Decreto Legislativo 1/03, de 1 abril. (Ar. 117). Texto refundido sobre Ley sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos. DOGV 4473, de 3-4-2003.
- Decreto 15/03, de 18 febrero (Ar. 45). Aprueba Reglamento Organización y Funcionamiento de Inspección Servicios Sanitarios de la Generalitat. DOGV 4445, de 21-2-2003.
- Decreto 27/03, de 1 abril. (Ar. 115). Regula normas sanitarias de Establecimientos no sanitarios dedicados a prácticas de estética. DOGV 4473, de 3-4-2003.
- Decreto 198/03, de 3-10. (Ar. 318). Criterios de selección aplicables en procedimientos de autorización de nuevas farmacias. DOGV 4604, de 8-10-2003. Rectificación errores DOGV 4650, de 15-12-2003.
- Orden de 20 enero. (Ar. 66). Cirugía: regula estructuras de equipos de extracción y trasplante de órganos y tejidos. DOGV 4454, de 6-3-2003.
- Orden de 14 abril. (Ar. 151). Crea Oficina del Plan del Cáncer. DOGV 4491, de 2-5-2003.
- Resolución de 16 julio. (Ar. 252). Crea Comisión Asesora sobre Distribución Farmacéutica. DOGV 4553, de 28-7-2003.
- Resolución de 10 septiembre 2003. (Ar. 346). Determina el número de nuevas farmacias necesarias. DOGV 4618, de 29-10-2003.

EXTREMADURA

- Decreto de 20 mayo. (Ar. 127). Asistencia dental a población con discapacidad intelectual de Extremadura. DOE 62, de 29-5-2003.
- Orden de 14 enero. (Ar. 15). Normas sobre formación de manipuladores de alimentos en Extremadura. DOE 9, de 21-1-2003.
- Orden de 1 septiembre 2003. (Ar. 187). Regula procedimiento desarrollo de cursos para tratamiento de legionelosis. DOE 109, de 16-9-2003. DOE 109, de 16-9-2003.

GALICIA

- Decreto 186/03, de 6 marzo. (Ar. 103). Fija procedimiento, requisitos y condiciones de autorización de centros hospitalarios. DOG 53, de 20-3-2003. Rectificación errores DOG 128, de 3-7-2003
- Decreto 244/03, de 24 abril. (Ar. 164). Homologación sanitaria de recetas oficiales para prestación farmacéutica. DOG 89, de 9-5-2003.
- Decreto 290/03, de 4-6. (Ar. 224). Fija normas relativas a formación de manipuladores de alimentos. DOG 123, de 26-6-2003.
- Decreto 409/03, de 6-11-2003. (Ar. 328). Modifica el Decreto 186/03, que fija el procedimiento, requisitos y condiciones de autorización de centros hospitalarios. DOG 226, de 20-11-2003.
- Orden de 30 mayo. (Ar. 199). Modelo informe clínico para homologación sanitaria de recetas. DOG 110, de 6-6-2003.
- Orden de 20 mayo (Ar. 205). Crea tarjeta acreditación personal que realiza inspecciones en el ámbito de la salud pública. DOG 113, de 12-6-2003.
- Decreto 244/03, de 24 abril. (Ar. 164). Homologación sanitaria de recetas oficiales para prestación farmacéutica. DOG 89, de 9-5-2003.
- Orden de 30 mayo. (Ar. 199). Modelo informe clínico para homologación sanitaria de recetas. DOG 110, de 6-6-2003.
- Orden de 10 octubre 2003. (Ar. 320). Crea Comisión farmacoterapéutica para pacientes con déficit de alfa-1-antitripsina. DOG 210, de 29-10-2003.
- Orden de 7 julio 2003. (Ar. 246). Procedimiento de incorporación al Servicio Gallego de Salud de nuevas técnicas y procedimientos sanitarios. DOG 139, de 18-7-2003.
- Orden de 21 noviembre 2003. (Ar. 299). Ortopedia: regulación prestación ortoprotésica. DOG 194, de 7-10-2003.
- Resolución de 28 mayo. (Ar. 200). Determina procedimiento para formalización de homologación sanitaria de recetas oficiales. DOG 110, de 6-6-2003.

ISLAS BALEARES

- Ley 5/03, de 4 abril, de Salud de las Islas Baleares. BOCAIB 55, de 22-4-2003.
- Decreto 3/03, de 10 enero. (Ar. 5). Normas sobre formación de manipuladores de alimentos en Baleares. BOCAIB 10, de 21-1-2003.
- Decreto 39/03, de 25 abril. (Ar. 117). Establece requisitos sanitarios en los servicios de farmacia y depósitos de medicamentos. BOCAIB 63, de 6-5-2003.
- Decreto 43/03, de 2-5. (Ar. 122). Normas higiénicas que regulan la práctica del tatuaje y piercing. BOCAIB 65, de 10-5-2003.
- Orden de 20 marzo. (Ar. 90). Modificaciones en el centro de farmacovigilancia. BOCAIB 49, de 9-4-2003.
- Orden de 26 septiembre 2003. (Ar. 257). Crea comisión para el uso racional del medicamento. BOCAIB 143, de 16-10-2003.

LA RIOJA

- Decreto 1/03, de 31 enero. (Ar. 25). Normas sobre formación de manipuladores de alimentos en La Rioja. BOR 15, de 4-2-2003.
- Orden de 30 julio 2003. (Ar. 218). Normas sanitarias sobre sacrificio de animales para necesidades personales. BOR 131, de 23-10-2003.
- Orden de 30 julio 2003. (Ar. 191). Normas sanitarias sobre sacrificio de animales para necesidades personales del criador. BOR 98, de 7-8-2003.
- Orden de 6 octubre 2003. (Ar. 214). Condiciones de sacrificio animales porcinos y jabalíes destinados a consumo privado. BOR 126, de 11-10-2003.

PAIS VASCO

- Decreto 32/03, de 18 febrero. (Ar. 149). Piscinas: aprueba el reglamento sanitario de piscinas uso colectivo. BOPV 88, de 8-5-2003. Rectificación BOPV 225, de 18-11-2003 (Ar. 394)
- Decreto 67/03, de 18 marzo. (Ar. 83). Normalización del euskera en Osakidetza. BOPV 64, de 31-3-2003.

- Decreto 76/03, de 25 marzo. (Ar. 145). Modifica el Decreto de apertura, funcionamiento y modificación de centros, servicios y establecimientos sanitarios. BOPV 85, de 5-5-2003.
- Decreto 257/03, de 21 octubre. (Ar. 378). Modifica el Decreto de medidas de prevención sobre encefalopatía espongiforme bovina. BOPV 215, de 4-11-2003.
- Orden de 20 abril. (Ar. 212). Establece condiciones sanitarias y clasificación de establecimientos de elaboración de comidas para su distribución a colectividades. BOPV 119, de 18-6-2003.

PRINCIPADO DE ASTURIAS

- Decreto 26/03, de 3 abril. (Ar. 146). Aprueba el reglamento técnico sanitario de piscinas de uso colectivo. BOPA 97, de 28-4-2003.

REGION DE MURCIA

- Decreto 41/03, de 2 mayo. (Ar. 167). Regula la publicidad sanitaria. BORM 106, de 10-5-2003.
- Orden de 14 marzo. (Ar. 103). Condiciones higiénico-sanitarias de los establecimientos de tatuaje. BORM 69, de 25-3-2003.
- Orden de 7 octubre 2003. (Ar. 301). Crea comisión regional para seguimiento del síndrome respiratorio agudo severo. BORM 243, de 20-10-2003.
- Resolución de 27 junio 2003. (Ar. 245). Revisión económica prestación de servicios concertados de asistencia sanitaria. BORM 168, de 23-7-2003.

JURISPRUDENCIA

Sección a cargo de María Jesús Balana Asurmendi

TRIBUNAL SUPREMO

CIVIL

➤ Responsabilidad

- AR. 2845. 07-04-2003. Secuelas que no son imputables al médico demandado y que se dan en más de un 25% de las intervenciones quirúrgicas de miringoplastia que fueron practicadas a la actora: no cabe invertir la carga de la prueba por no aportar el médico la completa historia clínica al existir una completa prueba pericial médica y una completa relación de documentos relativos a intervenciones y tratamientos efectuados.
- AR. 3890. 08-05-2003. Existente en aplicación de la doctrina del daño desproporcionado al tratarse de una lesión no especialmente grave que tras tratamiento largo y doloroso causa cojera irreversible.
- AR. 3916. 29-05-2003. Debe estimarse por embarazo gemelar de paciente a la que dos años antes se le practicó una ligadura de trompas sin que se acredite que se le proporcionara la información previa requerida para el consentimiento de tal intervención.
- AR. 3929. 27-05-2003. Debe estimarse en error de diagnóstico: diagnóstico de cólico nefrítico a paciente diagnosticado con anterioridad de aneurisma de aorta-subrenal asintomático y en lista de espera para intervención quirúrgica que fallece por rotura de aneurisma de aorta: análisis de los riesgos inherentes a la prolongada permanencia de pacientes en listas de espera.
- AR. 4261. 25-06-2003. Exclusión de responsabilidad objetiva: la relación médico-paciente es una obligación de medios no de resultado: muerte de paciente por supuesto infarto de miocardio horas después de ser diagnosticada de gastritis y serle prescrito un tratamiento adecua-

do a esta dolencia por ausencia de sintomatología reveladora de infarto.

- AR. 5391. 22-07-2003. Existencia. Intervención de cirugía estética correctora en senos que causa cicatrices antiestéticas, sin que se le dé a la paciente información sobre los riesgos de la operación.
- AR. 5462. 23-07-2003. Debe Estimarse: intervención quirúrgica en el oído omitiendo al paciente la información de los riesgos de rotura de los dos tímpanos que son riesgos previsibles en este tipo de intervenciones.
- AR 5806. 02-04-2003. Debe estimarse por pérdida de visión de ojo izquierdo como consecuencia de infección producida en intervención quirúrgica de cataratas, al haber inobservado las medidas profilácticas exigidas por la “lex artis”.
- AR.6061. 30-07-2003. Inexistencia. Lesión vascular en el curso de una intervención laparoscópica lo que constituye una lesión posible de la técnica empleada y adecuada para la atención médica, habiéndose reaccionado de inmediato.
- AR. 6065.08-09-2003. Existencia. No se acredita que se informara sobre los riesgos inherentes a la intervención por el médico que la practicó, ponderándose la indemnización a los daños causalmente ligados al incumplimiento del deber de información.
- AR. 6418. 15-09-2003. Debe estimarse en intervención quirúrgica para la extirpación de un quiste en la base del cuello en la que se produce un daño desproporcionado al lesionar parcialmente el nervio espinal en su parte distal.

PENAL

➤ Estafa

- AR. 2871. 01-04-2003. Existencia en médico que suministra a enfermos de cáncer un supuesto medicamento curativo, no autorizado

por las autoridades sanitarias, compuesto de urea y de suero fisiológico, a sabiendas de su falta de eficacia terapéutica.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

➤ Colegios Oficiales

Farmacéuticos

- AR. 2617. 27-02-2003. El Consejo General tiene entre sus atribuciones la de resolver los recursos en vía administrativa en tanto no se dicte legislación autonómica.
- AR. 4182. 15-04-2003. Ineficacia normativa de los Estatutos Colegiales y anulación de sanciones. Vulneración del principio de reserva de ley.

Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería

- AR. 4183.15-04-2003. Inadmisión de candidatura por contener candidatos sancionados con suspensión de desempeño de cargos.
- AR. 5359. 03-02-2003. Improcedencia de aportación económica del Consejo Provincial idéntica al Consejo General sin tener en cuenta la diferente carga funcional e innecesariedad de pacto al no encontrarse previsto en la ley.
- AR.6354. 17-09-2003. Existencia de potestad para que por parte del Consejo General del Colegio Oficial de ATS y Diplomados en Enfermería se intervenga la contabilidad de un Colegio Provincial, en tanto no se regule por ley autonómica la constitución y atribuciones del Consejo regional.
- AR. 6431. 22-09-2003. Existencia de potestad disciplinaria del Consejo General mientras no se regule por ley autonómica la constitución y funciones del consejo regional

Médicos

- AR. 5425. 20-05-2003. Autonomía a efectos colegiales de la profesión de odontólogo respecto a la de médico, sea o no estomatólogo en aplicación del derecho comunitario.
- AR. 6146. 24-11-2003. Inexistencia de equivalencia de título de odontólogo obtenido en República Dominicana: necesidad de previa superación de una prueba de conjunto, conforme a

las directrices del Consejo de Universidades, sobre conocimientos básicos.

- AR.6165. 16-07-2003. Nulidad improcedente de colegiación de óptico como consecuencia de la falta de exigencia del título de óptico en disposiciones vigentes en 1972 y falta de prueba de que el colegiado no trabajara en un establecimiento de óptica.

➤ Farmacias

Apertura: Principios Informantes

- AR. 2462. 26-11-2002. La aplicación de los principios “pro apertura” o “pro libertad” sirve para inclinar la decisión a favor del otorgamiento de la autorización en caso de duda, pero ni ellos ni la posterior modificación normativa pueden ser excusa para no exigir a la Administración la observancia de los requisitos establecidos por la norma vigente en el momento en que se dicta.
- AR. 3024. 11-03-2003. Apertura procedente por población cercana a los 8.000 habitantes mediante aplicación del principio “pro apertura”.
- AR. 3025. 11-03-2003. Apertura procedente. Núcleo de población cercano a 2000 habitantes y aplicación del principio “pro apertura”.
- AR. 2848. 17-03-2003. Apertura procedente. Núcleo de población de al menos 2.000 habitantes probado mediante presunciones.
- AR. 2890. 17-02-2003. Apertura procedente. Población de hecho de al menos 2.000 habitantes, cálculo teniendo en cuenta el número de viviendas y de contadores y en aplicación del principio “pro apertura”.
- AR. 2729. 03-03-2003. Concurrencia de traslado de local de oficina con solicitud de apertura por núcleo, aplicándose el principio de prioridad temporal de la solicitud respectiva como criterio que ha de determinar el éxito de la pretensión, y, por consiguiente, el otorgamiento de autorización de traslado de oficina a una zona del municipio para la que se han solicitado unas aperturas de oficinas de farmacia pendientes de resolución judicial definitiva, ha de ser suspendida hasta que esta resolución definitiva se adopte, o bien otorgar la autorización de traslado con carácter provisional.

- AR. 4215. 20-05-2003. Suspensión u otorgamiento bajo reserva procedente de las autorizaciones que pueden resultar desplazadas por una solicitud preferente en el tiempo pendiente de resolución administrativa o judicial firme.
 - AR. 5796. 30-06-2003. Apertura improcedente. Inexistencia de dificultad, peligro de acceso o mejor servicio, no encontrándose el núcleo de población en una situación de especial carencia.
 - AR. 5895. 01-07-2003. Los principios “pro apertura” y “favor libertatis” se han de aplicar completando la regulación normativa para resolver los casos dudosos o límite y no para alterar el régimen vigente.
 - AR.6363. 27-05-2003. Una interpretación flexible de los principios “pro apertura” y “favor libertatis” no exime del cumplimiento de los requisitos exigidos para autorizar nuevas aperturas y no afecta al Tribunal para fijar previamente los hechos mediante valoración de los medios probatorios.
- .Apertura: criterios
- AR. 2366. 06-02-2003. Población rural dispersa: cómputo de los habitantes de tres lugares que habían sido tenidos en cuenta al delimitar el núcleo de población de una petición anterior.
 - AR. 2531. 03-03-2003. La adscripción de los titulares de las oficinas de farmacia a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación no es contradictoria con la incorporación de los farmacéuticos al correspondiente Colegio Profesional, que viene determinada por su condición de profesionales farmacéuticos titulares de un establecimiento sanitario.
 - AR. 3760. 05-05-2003. Apertura procedente: dificultad orográfica de acceso a las farmacias existentes: se computa la estancia media anual de la población turística.
 - AR. 4714. 06-05-2003. Apertura procedente: existencia de núcleo de población en el casco urbano mediante existencia de un elemento delimitador constituido por una carretera con elevado tráfico, escaso número de pasos protegidos con semáforos, existencia de paso a nivel y circulación de vehículos pesados: dificultad, penosidad o peligrosidad superior a la normal.
 - AR. 4558. 6-05-2003. Apertura improcedente: Las circunstancias y datos a valorar cuando se solicita la apertura de una nueva farmacia son los existentes en el momento de la petición sin que se puedan tener en cuenta circunstancias de futuro.
 - AR. 4556. 06-05-2003. Apertura improcedente: falta de peligrosidad o intensidad de tráfico y por tanto de elemento delimitador.
 - AR. 5421. 03-06-2003. Concurrencia conjunta a concurso de padre e hija, siendo insuficientes los méritos de ésta. Nulidad de la adjudicación debido a que en casos de solicitud conjunta, la adjudicación sólo puede recaer en todos ellos cuando ostentan por separado puntuación suficiente, en caso contrario la adjudicación será nula respecto a aquellos farmacéuticos que no alcancen suficiente puntuación.
 - AR 5587. 30-05-2003. Apertura improcedente debido a que el núcleo delimitado comprende parte de una zona urbana servida por una farmacia de núcleo autorizada anteriormente, por lo que estaríamos ante un supuesto de fraccionamiento de núcleo que no reúne los requisitos reglamentarios, pues detraídos los habitantes de esa zona coincidente queda sin acreditar que haya certeza sobre el dato de que ambos núcleos tengan población suficiente, acreditándose que la avenida delimitadora del núcleo está dotada de semáforos y pasos de cebra y no es obstáculo para el acceso a las farmacias abiertas.
 - AR. 5599. 04-06-2003. Apertura improcedente. No existe una población de al menos 2000 habitantes en el núcleo de población solicitado, existiendo dudas incluso respecto a que el solicitado constituya un verdadero núcleo.
 - AR. 5759. 12-03-2003. Apertura procedente al ser aportado informe del Alcalde referente al número de contadores de luz y agua.
 - AR. 5902. 03-07-2003. Apertura improcedente por insuficiencia de número de habitantes.
 - AR 5810. 02-07-2003. Apertura improcedente debido a que el certificado aportado referente al número de habitantes superior a 2.000 se refiere sólo a la época estival.

- AR.6037. 17-07-2003. Apertura improcedente. Cálculo subjetivo de la población de hecho sin ser acreditado.
- AR. 6264. 22-07-2003. Apertura improcedente por inexistencia de núcleo de población diferenciado y homogéneo al no cumplirse los requisitos de penosidad, peligrosidad o dificultad de acceso.
- AR. 6437. 23-09-2003. Apertura procedente. Cómputo de un módulo de cuatro habitantes por vivienda.
- AR.6362. 27-05-2003. Apertura improcedente por no ser acreditado la concurrencia del mínimo de 2.000 habitantes.
- AR. 6353. 11-09-2003. Apertura procedente al existir al menos 2.000 habitantes computando la población reclusa y el personal del centro penitenciario.

.Oficinas de farmacia

- AR.3684. 08-04-2003. Prohibición de expedición de fórmulas magistrales para tratamientos de especialidades farmacéuticas fuera de la oficina de farmacia.
- AR. 4176. 14-04-2003. Inexistencia de legitimación para ser parte en un concierto provincial para la adquisición y dispensación de productos y especialidades farmacéuticas por la Asociación de Empresarios Farmacéuticos de Madrid.
- AR. 4049.14-04-2003. La utilización de un rótulo alusivo a un río que pasa por la ciudad no puede considerarse contraria a los comportamientos propios o parámetros socialmente aceptables en la prestación del servicio farmacéutico.
- AR. 5719. 21-06-2003. Adscripción obligatoria a la Cámara oficial de Comercio, Industria y Navegación, sin que implique vulneración de la libertad de asociación.
- AR. 5569. 22-05-2003. Denegación improcedente de turnos de guardias al tratarse de una farmacia bien comunicada con el centro de la ciudad y con una distancia no superior a otras farmacias que prestan servicio de guardia.

Comunidad Autónoma de Cantabria

- AR. 5858. 15-07-2003. Decreto 15/1998, de 24 de febrero, de ordenación de oficinas de farmacia. Se excluye la necesidad de someter a nuevo dictamen del Consejo de Estado aquellos proyectos ya auditados por este Consejo que atienden a las correcciones ya propuestas por el mismo. Nulidad improcedente.

Real Decreto 909/1978 y otras normas.

- AR. 5937. 08-07-2003. Aplicación improcedente del Real Decreto 11/1996, de 17 de junio, debido a que la solicitud y resolución inicial es anterior a su entrada en vigor, por lo que se aplica el Real Decreto 909/1978.

➤ Responsabilidad Patrimonial

- AR. 2379. 13-02-2003. De la Administración sanitaria: como consecuencia de un acto médico, su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- AR. 2785. 27-01-2003. La fecha inicial del cómputo es la de la concreción definitiva del alcance de las secuelas. Indemnización improcedente en contagio del virus de la hepatitis C derivado de transfusión de sangre al existir imposibilidad de detección del virus en la fecha de transfusión.
- AR. 3702. 10-04-2003. Inexistencia de responsabilidad en intervención quirúrgica de una endometriosis pélvica y síndrome adherencial al resultar perjudicada por una escara con láser a consecuencia del uso de la vídeo-laparoscopia: riesgo previsible pero inevitable al presentar la paciente masa muscular deficitaria.

➤ Médicos

- AR. 2930. 25-03-2003. Nulidad improcedente del RD 1497/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista, estableciéndose como requisitos haber completado un ejercicio profesional efectivo como médico, dentro del campo propio y específico de una especialidad durante un periodo mínimo equivalente al 170 por 100 del periodo de formación.

- AR. 2877. 31-03-2003. Colisión inexistente entre el RD 326/2000, de 3 de marzo y el ordenamiento comunitario al alterar la denominación de cirugía oral y maxilofacial por la de cirugía maxilofacial, manteniendo las equivalencias entre sí y los títulos expedidos con la anterior denominación.
- AR. 4103. 26-05-2003. Convocatoria para la realización de las pruebas para obtener la especialidad de medicina de familia y comunitaria dirigida a los titulados con posterioridad a 1995: no se produce vulneración del principio de igualdad.
- AR. 4429. 19-05-2003. Nulidad procedente del establecimiento de servicios mínimos mediante indicaciones genéricas de las que no es posible deducir cuales son los elementos valorados por la autoridad para tomar la decisión restrictiva.
- AR. 5424. 17-06-2003. Acceso excepcional al título de médico especialista y exclusión de los médicos sin formación hospitalaria sin que se produzca vulneración del principio de igualdad.
- AR. 6106. 14-07-2003. Impugnación improcedente del Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio al considerar que este Real Decreto no se adentra en el ámbito reservado a la ley pues no se dirige a regular el ejercicio de una profesión titulada, tampoco infringe el principio de igualdad, la prueba objetiva que regula no es arbitraria ni produce inseguridad jurídica ni pretende establecer una forma de acceso a la función pública ni incurre en infracción de los principios de legalidad e igualdad.
- AR. 6347. 15-07-2003. Sistema de ingreso. Ha de partirse de normas jurídicas previas como presupuesto lógico de toda convocatoria, correspondiendo el ámbito de reserva de ley al régimen estatutario de los funcionarios públicos y siendo admisible que el reglamento complete la regulación de la ley. La Ley de Presupuestos no es el marco adecuado para fijar la normativa correspondiente a la selección de personal y la provisión de plazas.

➤ Medicamentos

- AR. 4063. 30-04-2003. Nulidad improcedente de Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad de Valencia sobre la crea-

ción de las unidades de hospitalización a domicilio, en la que se regula la atención médica y la dispensación de medicamentos en aquellos servicios donde exista particular vigilancia, supervisión y control por un equipo multidisciplinario de atención a la salud.

- AR. 5822. 04-07-2003. Los absorbentes para incontinencia urinaria no están incluidos dentro del concepto legal de medicamento y se impone normativamente un doble régimen de adquisición por el INSALUD en función del lugar de utilización de los mismos, puesto que si su destino son establecimientos no encuadrados en el INSALUD deben ser adquiridos en las oficinas de farmacia.

➤ Sanidad

- AR. 4065. 12-05-2003. La Comunidad Autónoma es competente para otorgar la autorización necesaria para la prestación del servicio de farmacias de las estructuras de atención primaria.

SOCIAL

➤ Médicos

- AR. 2339.16-12-2002. Si las guardias de presencia física, efectuadas por médicos, terminan en festivo no tienen derecho a que la libranza del día siguiente se les compute como trabajada a efectos del cumplimiento de la jornada anual ordinaria.
- AR. 3805. 18-02-2003. Duración de la jornada del personal laboral titulado superior en régimen de formación y practica profesional especializada en centros sanitarios: aplicación del Estatuto de los Trabajadores, RD 127/1984 y derecho comunitario.
- AR. 4501. 13-03-2003. La fecha del devengo de la antigüedad de los médicos de cupo y zona es el primero de enero del año siguiente al del vencimiento de los tres años.

➤ Instituto Catalán de la Salud

- AR. 2325. 12-11-2002. Determinación de la jornada laboral de los médicos de los hospitales concertados de la Red Pública de Cataluña mediante aplicación de la Directiva 93/104/CE.

- AR. 4386. 24-05-2003. Valoración de trienios al personal que tuviera reconocido servicios previos y plazo de prescripción de cinco años.

➤ Instituto Nacional de la Salud

- AR. 2997. 12-03-2003. Abono por el INSA-LUD de las cuotas de colegiación anteriores al momento en que tiene efectividad el traspaso a la Comunidad Autónoma de sus funciones y servicios.
- -AR. 4529. 15-04-2003. Aplicación procedente de complemento personal transitorio a personal con nombramiento en propiedad de los cuerpos sanitarios locales integrados en equipos de atención primaria que, debido al cambio del sistema retributivo, sufrió merma en sus retribucio-

nes e inaplicación al personal interino al que la merma en sus retribuciones le viene dada por un cambio en el régimen jurídico aplicable a una nueva relación de trabajo distinta de la anterior.

➤ Personal sanitario no facultativo de instituciones sanitarias de la seguridad social.

- AR. 3837. 18-03-2003. Reintegro de cuotas satisfechas a colegios profesionales por ATS/DUE de instituciones sanitarias de la seguridad social en el periodo anterior a la transferencia de competencias del INSALUD.
- AR.5770. 16-05-2003. Debe estimarse extinción del contrato en caso de nombramiento por sustitución cuando el sustituido pierde el derecho a la reincorporación.-

BIBLIOGRAFIA

Sección a cargo de Francisco José Villar Rojas

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MEDICINA REPRODUCTIVA Derecho Español y Comparado

Itziar Alkorta Idiakez
2003. Editorial Aranzadi

Esta obra analiza los problemas jurídicos más importantes que plantea la medicina reproductiva que se practica en España. Las técnicas de reproducción asistida están reguladas, fundamentalmente, en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de regulación de las técnicas de reproducción asistida y en seis Decretos de desarrollo, así como en la regulación autonómica de autorización y control de los centros en los que se ofrecen estas técnicas. La autora realiza un estudio pormenorizado de dicha regulación, comparando sus soluciones con las normas adoptadas en otros países.

La obra está estructurada en dos partes. En la primera se ofrece una perspectiva general del estado de la tecnología reproductiva y de su regulación jurídica en el mundo; y en la segunda parte, dividida en tres capítulos, se analizan, respectivamente, los procedimientos de autorización de las técnicas y de los centros de reproducción asistida (capítulo 3º), la participación en la reproducción de terceros donantes y de madres subrogadas (capítulo 4º) y, finalmente, los usos autorizados de estas técnicas, v. gr., superación de la infertilidad, prevención de la

transmisión de enfermedades hereditarias a la prole, inseminación de mujeres sin pareja y fecundación póstuma (capítulo 5º).

Las conclusiones de la obra resumen las soluciones jurídicas a los problemas más controvertidos y apuntan una serie de posibles reformas para adaptar la normativa a las nuevas necesidades de la pujante medicina reproductiva que se practica en España.

Recientemente se ha publicado el Proyecto de Ley de reforma de la LTRA que incide en la necesidad de adaptar la regulación española al nuevo estado de la tecnología en materia de reproducción asistida. La propuesta de reforma se limita a la regulación de la investigación con embriones sobrantes de Fecundación In Vitro, a las condiciones de conservación de los embriones y de las células reproductoras, y a la creación y transferencia de embriones a la usuaria. El interés que presenta la reforma ha aconsejado incluir un Epílogo a la obra en el que se analizan los aspectos más salientes de la propuesta.



XIII CONGRESO DERECHO Y SALUD

Sistema Nacional de Salud: Incógnitas y retos pendientes

Cáceres, 24, 25 y 26 de noviembre

PROGRAMA PROVISIONAL

Miércoles 24 de noviembre				
09:00	Entrega de documentación y acreditación de congresistas			
09:30	Acto inaugural			
10:00	Conferencia Plenaria: "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial" D. Juan Manuel Alegre Ávila Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Catabria			
11:15	Café			
11:30	Constitución de las mesas de trabajo			
Mesas de Trabajo	El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial	La Cartera de Servicios	Algunos retos inmediatos de la Sanidad	El Estatuto Marco
12:15	Aseguramiento de centros públicos y privados: autoaseguramiento o aseguramiento con mercantiles aseguradoras D. José Manuel Jover Lorente Secretario General de Economía y Trabajo	Las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios: problemas de delimitación material y competencial. D. Dámaso Villa Mínguez. Director General de Asistencia Sanitaria	La protección de los datos personales ante las nuevas tecnologías D. Juan Pablo Alejo González Subdirector de Sistemas de Información	El Desarrollo autonómico del Estatuto Marco D. José Luis Ruiz Ciruelos
14:00	Almuerzo			
15:30	Aseguramiento en la asistencia concertada y respecto a pacientes remitidos a centros privados D. Juan Carrera/ Manuel Pérez Piña	Las garantías de accesibilidad, movilidad y tiempos de espera D. José María Vergeles Blanca Director General de Formación, Inspección y Calidad Sanitaria	La atención socio-sanitaria D. Emilio Herrera Molina Director General de Atención Sociosanitaria y Salud	La Comisión de Recursos Humanos y la coordinación en materia de personal D. Ramón Jiménez
17:00	Café			

Miércoles 24 de noviembre				
17:15	<i>La baremación de daños: la conveniencia de su regulación</i> D. Juan Carrera/ Manuel Pérez Piña	<i>Las prestaciones farmacéuticas: financiación y participación autonómica</i> D. Galo A. Sánchez Robles Subdirector de Gestión farmacéutica	<i>La asistencia a inmigrantes: barreras legales y culturales</i> D. Víctor Manuel García Vega Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo	<i>La regulación de la Jornada de trabajo</i> D. Pablo Ortiz de Elguea
20:00	Acto cultural			

Jueves, 25 de noviembre				
08:30	Asamblea de la Asociación Juristas de la Salud			
10:00	Ponencia: "La cartera de Servicios" D. Juan Pemán Gavín Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Lleida			
11:30	Café			
12:00	<i>El contrato de seguro: naturaleza ámbito y acciones asegurar</i> D. Juan Carrera D. Manuel Pérez Piña	<i>La Objeción de conciencia: ámbito y limitaciones</i> D. Juan Luis Beltrán Aguirre	<i>La investigación Biomédica: ámbito estatal y autonómico</i> D. Juan Carlos Bureo Dacal Subdirección de Atención Especiales	<i>La relación especial de residencia</i> D. Ramón Jiménez
14:00	Almuerzo			
Tarde Libre				
21:00	Cena oficial			

Viernes, 26 de noviembre				
09:00	Resumen y conclusiones de las Mesas de Trabajo.			
10:00	Conferencia Plenaria: "Retos inmediatos de la sanidad desde la perspectiva del defensor del Pueblo" D. Manuel Aguilar Belda Adjunto segundo al defensor del Pueblo y Ex-Consejero de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha			
11:15	Café			
11:30	Conferencia Plenaria: "Incognitas en el Estatuto Marco" D. Tomás Sala Franco Catedrático de Derecho Laboral. Universidad de Valencia.			
13:00	Acto de Clausura			

SOLICITUD DE ASOCIACION

DATOS PERSONALES

Nombre: _____
Primer Apellido: _____
Segundo Apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Autonomía: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVIO CORRESPONDENCIA *(cuando sea diferente del domicilio)*

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 70 euros anuales

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Apartado 4074 31080 Pamplona

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA
REVISTA **DERECHO Y SALUD**

DATOS SUSCRIPCION

Nombre/Razón Social: _____
Departamento/Servicio: _____
Número de ejemplares: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 2054-0172-81-9124709826

Domiciliación Bancaria:

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____

Código Entidad: _____ (4 dígitos)
Código Sucursal: _____ (4 dígitos)
Dígitos de Control: _____ (2 dígitos)

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Cuenta: _____

Importe de la suscripción 45 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Apartado 4074 31080 Pamplona

LA INCIDENCIA DE LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE, EN EL *STATUS* DE LOS ENFERMOS MENTALES

Edorta Cobreros Mendazona
Catedrático de Derecho Administrativo de la UPV/EHU

Permítanme, en primer lugar, agradecer a la Asociación de Juristas de la Salud y al Instituto Navarro de Administración Pública su amable invitación a participar en esta «Jornada sobre el enfermo mental: protección jurídica y atención sanitaria», que me da la oportunidad de estar aquí, en Pamplona, debatiendo sobre diversas cuestiones que Vds. conocen bien y que a mí me vienen interesando desde hace ya bastante tiempo.

Ceñiré en mi exposición al tema indicado por mi amigo Juan Luis Beltrán, sobre todo teniendo en cuenta el tenor de las posteriores intervenciones y sin perjuicio de que sus preguntas puedan ampliar el enfoque de partida. Así, el tema propuesto se refiere a la innovación legislativa de reciente implantación (de su entrada en vigor acaba de cumplirse un año el 15 de mayo de 2003) en que ha consistido la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante, Ley 41/2002).

Pero esta norma se va a insertar en un sistema o un ordenamiento preexistente, en cuyo seno alcanzará su operatividad y donde debe ser analizada para comprenderla mejor y para otorgarle su verdadero valor. Es más, la propia Exposición de Motivos de esta Ley se refiere con detalle al contexto normativo en el que esta regulación surge. Así que vamos hacer a continuación la imprescindible referencia al mencionado contexto normativo.

II

Resulta inexcusable comenzar por la vigente Ley General de Sanidad (que data de 1986 pero que ha sido reformada en diversos sus aspectos en variadas ocasiones),

verdadera clave de bóveda de nuestro sistema normativo-institucional sanitario.

Esta Ley se enfrentó en su momento con un doble reto: por un lado, acabar con la desagregación o desarticulación de los diversos servicios públicos sanitarios (de distintas titularidades administrativas, además); y, por otro lado, con la necesidad de respetar el diseño constitucional de la distribución de competencias en la materia, reparto en el que las Comunidades Autónomas estaban llamadas a asumir un papel decisivo. La opción legislativa adoptada entonces fue la de realizar la síntesis organizativo-institucional en el nivel territorial Comunidad Autónoma, donde habrá un único Servicio de Salud integrado por todos los centros y establecimientos de titularidad pública; y todos ellos (los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, se entiende) más el Servicio de Salud de la Administración General del Estado formarán el Sistema Nacional de Salud. Proceso que culminará cuando sean *todas* las Comunidades Autónomas que asuman *todas* las competencias ejecutivas en la materia, incluidas las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social (desapareciendo, en consecuencia, el conocido como “territorio Insalud”). El efectivo traspaso final de los medios materiales y personales ha traído como consecuencia que, desde 2002, el organismo Insalud desaparezca (pasando a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria).

Pero, con ser esto importante —a la vez que bien conocido—, no menos trascendente será la presencia en esta Ley General de Sanidad de un artículo expresamente destinado a salvaguardar los derechos de los pacientes. Este artículo 10 LGS (conviene recordarlo ahora) se incluyó a instancias del Defensor del Pueblo —porque, inicialmente, en el anteproyecto gubernamental no se recogía previsión

semejante—, que sugirió esta innovación normativa, con gran acierto como después hemos podido comprobar todos.

Si ahora destacamos este aspecto es porque la Ley 41/2002, se inserta en este punto, concretamente. De hecho, su Exposición de Motivos dice que «completa» las previsiones de la Ley General de Sanidad; más técnicamente, quizá, diríamos que «sustituye» algunos de sus aspectos (ya que derogará expresamente varios apartados del art. 10 LGS). En efecto, la Ley 41/2002 supondrá una nueva regulación de las materias tratadas en varios apartados de este art. 10 LGS, que son los dedicados a la información médica, al consentimiento y a la negativa a un tratamiento, así como a la documentación clínica.

Ahora bien, tratándose del tema específico que aquí nos ocupa, no podemos olvidar que en la Ley General de Sanidad existe un precepto —que continúa vigente e invariado desde su promulgación y sobre el que la Ley 41/2002 no ha incidido—, expresamente referido a la salud mental, que es el art. 20 LGS, y en el que la doble premisa de la que parte el legislador es, por un lado, la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y, por otro lado, la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieren servicios sanitarios y sociales. Además, este precepto establece cuatro principios en la materia: 1) la atención de los problemas de salud mental a nivel comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización; 2) la hospitalización en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales; 3) el desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social, coordinándolos con los servicios sociales; 4) que los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica cubrirán, asimismo en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud general. Creo que no hace falta insistir aquí ni en la importancia de estos principios que representan, a su vez, unos objetivos aún no debidamente cumplidos en la mayoría de los lugares.

III

Con posterioridad a la Ley General de Sanidad ha aparecido el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina o «Convenio relativo a los derechos humanos y

la biomedicina» (también conocido como Convenio de Oviedo, por ser ésta la ciudad donde se aprobó el 4 de abril de 1997). Norma internacional firmada y ratificada por España, que entró en vigor el 1 de enero de 2000.

Convenio al que también hace referencia la Exposición de Motivos de la Ley 41/2002 y que merece nuestra atención por tres razones de diversa índole. La primera y más obvia, porque va a incidir en algunos de los aspectos materialmente regulados en el art. 10 LGS (aunque, se insiste, su ámbito es mayor que el recogido en este último artículo), especialmente en cuanto al consentimiento. La segunda razón —más comprensible para los juristas— es que, por tratarse precisamente de un acuerdo internacional insertado en nuestro ordenamiento (por el Instrumento de Ratificación firmado el 23 de julio de 1999), en el Derecho español no puede existir una norma (del tipo que sea) que contradiga lo ahí dispuesto; es más, al asumir este Convenio Internacional, el legislador español ha quedado desahogado *a futuro* para regular de manera contraria a lo allí previsto (técnicamente, no tiene competencia para ello). Y en tercer lugar, porque este tipo de convenios internacionales, que afectan o inciden en los derechos fundamentales de la persona, tienen además un efecto reflejo por mor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; precepto constitucional que dispone algo más y algo distinto que la previsión contenida en el art. 96 CE para la validez e inserción en el ordenamiento interno de los tratados internacionales. Si bien a estos efectos, a los interpretativos, la «ayuda» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos será un tanto aleatoria, puesto que su intervención sólo está prevista en forma de dictamen consultivo con independencia de todo litigio concreto y sólo a instancia del Gobierno de uno de los Estados parte o del Comité Director para la Bioética (art. 29); aunque debe tenerse en cuenta que ya en una ocasión —además, en un asunto bien delicado y comprometido, por cierto (como fue el resuelto por la reciente Sentencia de 9 de marzo de 2004, *as. Glass*)—, el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado este Convenio como elemento normativo para el enjuiciamiento de una violación del art. 8 del Convenio Europeo.

Pues bien, de los muchos aspectos interesantes que aborda este Convenio, aquí debemos destacar los siguientes:

A) En primer lugar, una afirmación de tipo principal, cual es que los firmantes del Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Afirmación a la que sigue una remisión a la legislación interna de cada país para conseguirlo (art. 1).

B) En segundo lugar, que el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia (art. 2). Afirmación que es también destacable (aunque no estuviera especialmente pensado para ello) en el caso de los enfermos mentales, a fin de fijar un límite a eventuales medidas «defensivas» (por ejemplo, frente a peligrosidades potenciales aducidas).

C) También hay una referencia al derecho a la privacidad, insertando los datos relativos a la salud en este ámbito de especial protección (art. 10).

D) Se trata, asimismo, de los derechos sobre las informaciones relativas a la salud, recogiendo dos aspectos de interés (e innovadores para nuestro ordenamiento): a) el «derecho a no saber» (art. 10.2); y b) el denominado «privilegio terapéutico», al decir que, de modo excepcional, la Ley (de cada Estado, se entiende) podrá establecer restricciones, en interés del paciente, con respecto al ejercicio del derecho a conocer toda la información obtenida respecto a su salud —dicho más claramente, la posibilidad de ocultarle toda o parte de esa información al paciente—, pero también con respecto al derecho a no saber —como puede ser el caso de enfermedades transmisibles, en las que el enfermo no puede pretender no querer saber sino que *tiene que saber* (art. 10.3)—.

E) Las reglas sobre el consentimiento, por último, merecen un detenimiento especial ahora:

a) Establece el Convenio, como regla general, que sólo se puede actuar después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Esa información previa, además, deberá ser adecuada y sobre la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias. Por último, el consentimiento puede retirarse en cualquier momento (art. 5).

b) Se recoge expresamente (por primera vez para nuestro ordenamiento, también) que los «deseos expresados anteriormente» serán tomados en consideración cuando, en el momento de la intervención el interesado no se

encuentre en situación de expresar su voluntad (art. 9). Esto es, lo que en la Ley 41/2002 se denominará «instrucciones previas» y en otras regulaciones (como en la Ley Foral 11/2002) con la más extendida expresión de «voluntades anticipadas».

c) También se prevé la situación de urgencia, caracterizada por no poder obtenerse el consentimiento adecuado, y que habilita para la intervención médica indispensable desde el punto de vista médico (art. 8).

d) En el supuesto de personas que no tienen capacidad para expresar su consentimiento, se requiere autorización de su representante o similar y sólo a fin de que la intervención médica «redunde en su beneficio directo». Para entendernos, en el caso de los enfermos mentales ésta sería la previsión a aplicar en el caso de una intervención médica que no tuviera que ver directamente con su salud mental, sino con su salud en general (como podría ser una intervención de corazón, por ejemplo) (art. 6).

e) Existe una disposición específica para la protección de las personas que sufran trastornos mentales (art. 7). Y a este propósito permítanme una referencia incidental con el fin de destacar la sensibilidad e interés demostrados por el Consejo de Europa sobre esta cuestión, para lo que no hay nada más que reparar en la literalmente decisiva jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre todo, en garantía de los derechos previstos en el art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque no solo); pero también, por ejemplo, en la interesante Recomendación 2/83 del Comité de Ministros del Consejo de Europa —que data de hace ya más de veinte años (del 22 de febrero de 1983, concretamente)— sobre protección jurídica de personas aquejadas por trastornos mentales e internados como pacientes involuntarios. Pues bien, la previsión del Convenio que ahora estamos analizando establece que la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la Ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso. Condiciones de protección que en nuestro ordenamiento se concentran actualmente en el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —precepto de carácter ordinario y no orgánico, lo que, dicho sea de paso, en mi opinión no es correcto conforme a nuestro sistema de fuentes—, y bajo la garantía del Juez civil (a diferencia de los demás casos de tratamientos sa-

nitarios obligatorios por razones de salud pública, para los que está previsto que la intervención autorizatoria sea la del Juez contencioso-administrativo).

f) Por último, existen unas previsiones específicas de protección de personas incapaces para dos supuestos especialmente delicados, como son el de la investigación científica (art. 17) y el de la extracción de órganos y tejidos de donantes vivos para trasplantes (art. 20).

IV

Dicho lo anterior estamos ya en mejores condiciones para comprender las innovaciones que ha podido introducir la Ley 41/2002 en el ámbito de los enfermos mentales, específicamente.

Pero antes de entrar a analizar su contenido regulador, no me resisto a hacer una referencia a su origen, que tiene algo de original (y, en mi opinión, de alentador) en el panorama legislativo. En efecto, no se trata del habitual producto del ejercicio de la (privilegiada) iniciativa legislativa gubernamental (esto es, un Proyecto de Ley), sino de un proceso algo diferente. Así, en febrero de 2001 se presentó una Proposición de Ley por los Grupos Parlamentarios Entesa Catalana de Progrés y Catalán en el Senado de Convergència i Unió, cuyo contenido coincidía literalmente con el de una Ley del Parlamento Catalán sobre las mismas materias, aprobada poco tiempo antes (se trata de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica); pero esta Proposición de Ley fue retirada unos pocos días más tarde e inmediatamente presentada como Proposición de Ley conjuntamente por *todos los grupos parlamentarios en el Senado* (requiriendo una rectificación posterior puesto que en el texto de la Proposición presentada se mantenía, inadvertidamente, una referencia al Instituto *Catalán* de Salud). Después, en la tramitación parlamentaria, esta Proposición sufriría diversas modificaciones, pero aún pueden advertirse identidades literales muy numerosas (tanto en su Exposición de Motivos, como en el articulado del texto) entre esta Ley de las Cortes Generales y la previa Ley del *Parlament*. Acuerdo político en sede parlamentaria en momentos de notable desencuentro que merece destacarse ahora y que confirma, una vez más, que el ámbito sanitario permite algunos grandes acuerdos dignos de encomio que parecen resultar más difíciles en otros ámbitos.

Esta Ley estatal tiene el carácter de *básica* (en casi todos sus aspectos), lo que quiere decir que la legislación

autonómica de desarrollo debe respetar tal regulación. De hecho, el Parlamento de Navarra aprobaría la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, para modificar la previa 11/2002, de 6 de mayo, a fin de adecuarla a esta Ley 41/2002, según confiesa la propia Exposición de Motivos de aquélla.

Dicho de manera muy sintética, los puntos principales de esta Ley podemos cifrarlos en los siguientes aspectos:

A) Ratificación de la necesidad de *consentimiento informado previo*, definido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud (art. 8)

B) Admisión del *estado de necesidad terapéutico*, entendido como un límite al derecho a la información sanitaria por parte del paciente y que faculta al médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave (teniendo, entonces, que dejar constancia razonada en la historia clínica y comunicándolo a los familiares o allegados) (art. 5.4).

C) Asunción de las *instrucciones previas*, documento por el que una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud (e incluso previsiones para el caso de fallecimiento) (art. 11).

D) *Carácter confidencial de los datos referentes a la salud* (art. 7) y *regulación de la historia clínica*, incluido el derecho de acceso por el propio paciente (con ciertas limitaciones legales) (art. 18).

Centrándonos en el caso de los enfermos mentales, de esta Ley 41/2002 podemos destacar lo siguiente:

a) La información sanitaria debe facilitarse incluso en caso de incapacidad (que habrá de entenderse no sólo jurídica, sino también fáctica), de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión. Y cuando carezca de capacidad, según el criterio médico, dicha información se facilitará a sus familiares o allegados (art. 5.2 y 3). Acertada previsión, puesto que la incapacidad de entender o de querer puede estar graduada (esto no es, no se trata de algo de «todo o nada»), supone un respeto hacia la dignidad del enfermo y, además, puede redundar en una mayor implica-

ción o colaboración del enfermo mental en su proceso terapéutico.

b) Con respecto al consentimiento informado, éste habrá de prestarse por otras personas cuando el interesado no sea capaz de tomar decisiones a juicio del médico (esto es, el incapaz de hecho) o esté legalmente incapacitado (art. 9.3.a y b). En este supuesto de incapacidad (fáctica o jurídica, se insiste), serán los representantes o los familiares o allegados los que lo presten; pero tampoco habrá que descartar —aunque no se mencione expresamente por la Ley— que sea el propio médico el que lo decida (lo que sería reconducible al supuesto del art. 9.2.b), porque lo que es necesario evitar en todo caso es que el enfermo caiga en desatención por no tener familiares o allegados que se ocupen de su situación. Por último, en estos casos de consentimiento por sustitución (la Ley, más incorrectamente, habla de representación), aquél habrá de ser adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, procurando que el paciente participe en la medida de lo posible en la toma de decisiones (art. 9.5).

c) ¿Serán aplicables las previsiones de instrucciones previas (o voluntades anticipadas) en el caso de los enfermos mentales? Indudablemente habrán de reforzarse y extremarse las garantías referidas a la capacidad y a la libertad respecto del momento y las circunstancias en las que dichas instrucciones o voluntades se formulan anticipadamente. Asimismo, el contenido de tales previsiones (y sus excepciones, recogidas en el art. 11.3) habrá de adaptarse a la especificidad del tratamiento de un enfermo mental. Pero no creo que, con carácter general, deba rechazarse *a priori* tal posibilidad.

d) Finalmente, en las circunstancias actuales y con la mentalidad social dominante, la confidencialidad de los datos sanitarios —incluido el hecho mismo del ingreso hospitalario por razón de enfermedad mental— debe ser especialmente respetada, por el estigma social que aún acompaña a la enfermedad mental.

V

Finalizo ya con una reflexión personal, como es que, a mi juicio, la legislación actual no es en absoluto un impedimento para un trato digno y adecuado al enfermo mental, sin perjuicio de que haya algunos aspectos delicados o un tanto imprecisos con dificultades a efectos interpretativos (normalmente por tratarse de una colisión de derechos o de intereses). Incluso en algunos supuestos yo me atrevería a decir que la legislación va por delante de la práctica y de la cultura sanitaria actuales.

Los problemas reales de la atención de los enfermos mentales probablemente haya que buscarlos en la insuficiencia de estructuras de apoyo, sociales o psicosociales, intermedias o como Vds. quieran llamar; expresamente previstas y mencionadas en el art. 20 LGS, como acabamos de recordar. Esta elemental reflexión viene avalada, creo, por el Informe Especial al Parlamento presentado recientemente por la Defensora del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra (*La atención a la Salud Mental en Navarra*, 2003), cuyo interés debe destacarse aquí. Es largo aún el recorrido hasta que la enfermedad mental sea tratada como una *enfermedad* y el enfermo mental, sobre todo, como un *enfermo*; es un objetivo al que no debe renunciarse, aunque también sin simplificaciones, sin ocultar que hay algunas diferencias con las restantes enfermedades «físicas», porque, si no, las soluciones propuestas tampoco resultarán efectivas.

Pero la cuestión merece la pena no sólo en atención a la irrenunciable dignidad de los enfermos mentales —que siempre tenemos que mantener—, sino también porque no puede olvidarse el ingente sufrimiento *cuantitativo* (por el número de personas afectadas, especialmente con necesidad de internamiento hospitalario voluntario o involuntario, a lo que hay que añadir los problemas derivados de la longevidad y del aumento de las demencias seniles) y *cualitativo* (por la intensidad y extensión temporal del sufrimiento propio y ajeno que genera la enfermedad mental y que todos Vds. conocen bien y de cerca).

INTERNAMIENTOS, INCAPACITACIÓN Y MEDIOS COERCITIVOS

*Alfredo Calcedo Ordóñez
Catedrático de Psiquiatría (J).
Co-Director del Máster de Psiquiatría Legal.
Universidad Complutense de Madrid.*

I Sobre la hospitalización psiquiátrica

La hospitalización del enfermo mental es una circunstancia poco frecuente en la práctica psiquiátrica. Responde a situaciones y condicionamientos diversos. De aquí las diferencias en su regulación. A tal respecto se distinguen tres tipos de hospitalización: internamiento clínico, internamiento por autorización judicial e internamiento por orden judicial.

El internamiento clínico se corresponde con la hospitalización voluntaria. “Internamiento clínico” es la expresión que aparece en la Ley General de Sanidad para referirse a la hospitalización común (art.65). Implica un mero trámite administrativo. Dicho de otro modo, no plantea exigencia alguna para el paciente mental. No obstante, presupone aceptación de estancia y tratamiento y de las normas de régimen interno de la unidad psiquiátrica donde ingresa (visitas, etc).

Una variante del internamiento clínico u hospitalización voluntaria se da cuando, al mero hecho de la hospitalización, se incorpora un contrato terapéutico. Implica una limitación concertada de derechos del paciente. Es habitual en programas de desintoxicación y deshabitación de drogas.

El internamiento clínico suele tener finalidad terapéutica, pero en ciertas ocasiones su significado y sentido pueden ser periciales. En cualquier caso el paciente siempre tiene la opción de suspenderlo sobre la base de que sea competente para hacerlo. De no ser competente se impone la conversión del internamiento clínico en internamiento por autorización judicial.

El internamiento psiquiátrico por autorización judicial esta regulado por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presupone la presencia de trastorno psíquico y que, como consecuencia del mismo, la persona no este

en condiciones de decidirlo por sí. Pueden darse dos circunstancias: una, que en expediente previo el Juez autorice el ingreso, otra, que por razones de urgencia resulte necesario el internamiento inmediato. Pero, sea de un modo u otro, el responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento deberá comunicarlo al Juez lo antes posible y, en todo caso, antes de veinticuatro horas, a los efectos de la preceptiva ratificación. A subrayar que, para ratificarlo, el juez debe examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trata y oír el dictamen de un facultativo. Además, establece la periodicidad de los informes del médico responsable del caso, al efecto de acordar lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. No obstante, el alta es decisión médica, si bien es obligado comunicarla al juez.

Particular mención hace el legislador del internamiento psiquiátrico de menores en el mismo artículo 763. A tal respecto señala que siempre debe realizarse por autorización judicial. Así también, que ha de hacerse en establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. Por menor se entiende persona de edad inferior a dieciocho años.

El internamiento psiquiátrico por orden judicial está regulado en la legislación penal y en la penitenciaria. En la legislación penal se concreta en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal considera el internamiento psiquiátrico en el supuesto de que el juez advierta en el procesado indicios de trastorno mental (art.381). Es un internamiento por orden judicial. Ahora bien, terminada la observación del procesado, se produce la vuelta de este a la situación que jurídicamente le corresponda. A todo esto, el facultativo responsable del caso tiene la obligación de emitir el correspondiente informe en los términos que el juez precise. A subrayar que nadie

puede negarse a acudir al llamamiento del juez para desempeñar un servicio pericial, salvo que estuviera legítimamente impedido (art.462).

El Código Penal considera el internamiento psiquiátrico como un tipo de medida de seguridad privativa de libertad, aplicable a enfermos mentales que han delinquido gravemente y resultado eximidos completa o incompletamente de responsabilidad criminal. La medida de seguridad de internamiento tiene finalidad terapéutica, pero también una cierta garantía de control, pues el enfermo se ha manifestado socialmente peligroso. Pero en ningún caso su duración debe superar a la que hubiera correspondido de haber resultado plenamente responsable. A subrayar que es competencia del juez o del tribunal penal, que impuso la medida de seguridad, la de determinar la suspensión de la misma.

Finalmente, la legislación penitenciaria prevé los supuestos de que presos penados o preventivos necesiten asistencia sanitaria. A tal respecto, la Ley General Penitenciaria establece, para casos de necesidad o de urgencia, la atención en centros no penitenciarios. En estos casos controla y garantiza el Juez de Vigilancia Penitenciaria (arts 36.2 y 76.1).

Desde un punto de vista asistencial la hospitalización por orden judicial plantea distintas exigencias a los profesionales según el órgano jurisdiccional que opera. No obstante, en todos ellos, siempre late la tensión entre un derecho fundamental de la persona, cual es la libertad, y la necesidad de tratamiento. Ante tal disyuntiva es natural que se resienta la deseable alianza terapéutica entre médico y paciente en mayor o menor grado, si bien las diferencias entre ámbitos civil y penal son notorias. Por supuesto que en ambos prevalece un sentido terapéutico y si se quiere rehabilitador, pero no es todo.

Volviendo a lo ya dicho, en el ámbito civil el facultativo tiene una capacidad de actuación sobre el paciente del que carece cuando lo hace en el ámbito penal, y eso tiene sus efectos.

Así, en el ámbito civil es al facultativo a quien corresponde impulsar la hospitalización por autorización judicial, claro está que sobre la base de que constituya la única alternativa, pues las menos restrictivas se presumen inoperantes. Básicamente, un paciente debería ser hospitalizado por autorización judicial cuando sufre una patología mental severa, de pronóstico negativo si no se trata, expectativas de mejoría con tratamiento y falta de conciencia de enfermedad para determinarse sobre lo más razonable

dada su condición. Por supuesto que pueden darse situaciones o circunstancias que reclamen de la contención hospitalaria, en tanto se sustancia un diagnóstico o una respuesta a la situación de riesgo o al deterioro cognitivo.

En cualquier caso, un tratamiento forzoso y el uso de medios restrictivos (contención mecánica, aislamiento) colocan al profesional en situación asistencial ciertamente incómoda. Se impone entonces el análisis de coste y beneficios en marco ético y legal, a fin de mejorar la condición clínica del paciente y generar alternativas a la hospitalización forzosa. Afortunadamente, en la hospitalización por autorización judicial, inciden a favor la posibilidad de cambio de status del paciente de forzoso a voluntario y de alta, en función de la evolución clínica, todo ello a criterio médico. Caben negociaciones y compromisos.

En el ámbito penal, sin embargo, el facultativo es obligado a asumir al paciente en medio hospitalario por orden judicial. Y aparece, aparte de las dificultades para conformar la alianza terapéutica con el paciente, el dilema de las dos lealtades: lealtad al paciente, lealtad al sistema penal, esto es a la sociedad. Es ineludible y a plantear al paciente desde el mismo momento en que sea capaz de comprenderlo. Y a mentalizarlo de que el alta es dominio de la autoridad judicial. Caben pocas negociaciones y compromisos entre el paciente y el facultativo. Se impone por ello el máximo cuidado en el análisis de coste y beneficios y solo forzar tratamiento cuando los mejores intereses del paciente resulten ética y legalmente bien fundamentados.

II

1) Sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar

El Derecho como es sabido, distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas. Es útil detenerse y explicitar la diferencia entre uno y otro tipo de capacidad por la proyección que tiene sobre los enfermos mentales.

La capacidad jurídica refleja el valor absoluto de la persona. Significa que la persona, desde que nace hasta que muere, es sujeto de derechos. Se ejemplifica básicamente en que nacemos libres e iguales.

La capacidad jurídica es igual en todos y para todos y no puede ser graduada ni limitada. Si lo fuera se daría la paradoja de que unos podrían ser más personas que otros. No se puede ser más o menos persona, pese a la condición

o circunstancias que se esgriman. Admitirlo sería discriminar y la capacidad jurídica excluye tal posibilidad.

Ahora bien, la realidad social nos muestra con frecuencia las dificultades con que se abren paso la libertad y la igualdad de las personas. No es tan fácil, por tanto, que se respete la capacidad jurídica de las personas. Podrá ser su condición básica, pero la cuestión será viabilizarla, hacerla real y efectiva.

Pasemos ahora a lo concreto reparando en enfermos mentales. Un enfermo mental posee, cualquiera sea su estado clínico, capacidad jurídica. En tanto persona que es, resulta sujeto de derechos. Supongamos que haya perdido el significado y sentido de su identidad, sigue siendo persona y por tanto sujeto de derechos. Es importante reflexionar sobre la capacidad jurídica de los enfermos mentales para protegerlos de la discriminación.

La discriminación habitualmente la considera el legislador, por razón de lugar de nacimiento, raza, sexo, opinión, religión y cualquier otra condición o circunstancia personal y social. El enfermo mental puede ser discriminado por su condición de enfermo y las circunstancias que le toque vivir. Un enfermo con demencia o retraso mental es fácilmente vulnerable por razón de su deterioro mental, que le hace dependiente y promueve la indefensión, pese a lo negativo de las circunstancias en que se encuentre. Es factible, por tanto, que se resienta su capacidad jurídica por una doble vía: trato discriminatorio e inadecuación de medios asistenciales a disposición.

La capacidad de obrar es cuestión diferente de la capacidad jurídica. Implica acción libre y responsable. Resulta en eficacia jurídica allí donde la voluntad de la persona ha fijado un objetivo. Conecta con los deseos e intereses de la persona. La capacidad de obrar presupone condiciones y exige requisitos. En la base está la madurez mental.

La capacidad de obrar puede cambiar en el tiempo, puede o no haberse disfrutado. Puede afectar a un sector de la realidad o a otro. No todos ni en toda época de la vida poseemos la misma capacidad de obrar. Puede perderse en parte o del todo.

Hay enfermos que son prototipo en cuanto a observación de la capacidad de obrar. La paulatina reducción de su autonomía por vía de la demencia es un buen ejemplo al respecto. Ahora bien, no hay un gran paralelismo entre deterioro mental y deterioro de la capacidad de obrar en el sentido jurídico que le estamos dando. Sucede que las

exigencias jurídicas para obrar en uno u otro sentido pueden ser distintas ante una misma situación clínica. No son las mismas cuando de otorgar un poder o contratar se trata, de matrimonio o de hacer testamento. En relación con lo dicho nos centraremos en las restricciones a la capacidad de regir su persona y bienes.

2) Sobre la Incapacidad civil

Hay enfermos que presentan un deterioro mental que les impide regir su persona y bienes con carácter definitivo. El Código civil, en el artículo 200, regula situaciones como esta mediante la incapacitación:

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”

Las causas más frecuentes de incapacidad civil son las demencias y el retraso mental. No obstante, hay enfermos en que no se plantea la incapacitación, pese a darse causas suficientes para la misma. Juegan circunstancias que facilitan obviarla: acuerdo de la familia, escasos medios económicos, incluso un respeto al enfermo en un intento de no lastimarlo. Hay, pues, enfermos incapaces de hecho, pero no de derecho.

En cualquier caso, sin embargo, sea la vía judicial o no la que opere, lo importante es definir ese punto en que la capacidad de la persona para gobernarse a sí misma esta perdida de modo persistente. Hay que evitar, en consonancia con lo recién dicho, que personas incapaces aparezcan como dueños de sus actos, pero también que quienes todavía son capaces resulten limitados. No es tarea fácil.

Hay ocasiones en que darse cuenta de que la persona no rige es cuestión de sentido común. Se dan cuenta quienes conviven con el enfermo. Junto a los síntomas de la enfermedad detectan actos de riesgo o en claro detrimento de los intereses del paciente.

En otras ocasiones la alerta procede de un profesional. Un facultativo relaciona un estado clínico, o los actos de riesgo o en detrimento de los intereses del enfermo, con la presencia o la progresión de la enfermedad. Es su obligación alertar a los familiares y, ante la falta de respuesta, instar al Ministerio Fiscal para que promueva la incapacitación.

Iniciado el expediente de incapacitación llega el momento de puntualizar. Junto a otras actuaciones judiciales (examen personal del presunto incapaz por el juez, decla-

raciones de parientes y testigos) resulta preceptivo el informe pericial.

Un informe pericial exige el acopio de datos de diversas fuentes. Puede haber intereses de terceros que pretendan sesgar información. Hay que sistematizar y ordenar la información, distinguiendo los datos obtenidos directamente del reconocimiento del periciando de los datos de otras fuentes: familiares, registros médicos, sin olvidar el expediente judicial.

Un informe pericial debe dar cuenta de un diagnóstico bien argumentado. Pero no es suficiente, importa su repercusión en el funcionamiento de la persona. Son las habilidades para hacer o cumplir algo, con el conocimiento, comprensión o creencia necesarios para poderla cumplir. Otro modo de considerarlas, sería como logros adaptativos ante situaciones sociales significativas. A ponderar son las habilidades para las actividades cotidianas de la vida, el funcionamiento social, la realización de tareas y la adaptación al estrés. Son estas habilidades las que nos marcan un nivel de funcionamiento. Pero es necesario algo más: correlacionarlo con las exigencias que su condición personal y bienes determinan.

En línea con lo anterior puede resultar muy útil establecer un perfil del funcionamiento de la persona en positivo y en negativo, complementándolo con la valoración que de su condición de enfermo ella misma hace. El funcionamiento positivo se concreta en lo que el enfermo es capaz de hacer y se le debe permitir que haga y debería continuar haciendo. El funcionamiento negativo se centra en lo que ya no es capaz de hacer, ni debería intentar hacer más. La valoración subjetiva busca su opinión sobre la enfermedad que padece, síntomas y efectos de estos sobre el futuro.

No se nos escapa que, en ocasiones, la progresión de la enfermedad es poco compatible con apurar los límites

de hasta cuando un enfermo puede dejar de hacer. El lapso de tiempo puede ser breve y por tanto poco operativo. Pero es peor psicológica y moralmente para el enfermo limitarlo jurídicamente en previsión de lo que todavía no ha llegado. Solo con su aquiescencia es éticamente aceptable.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA.

Grisso, T.: *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments*, Kluwer Academic, New York, 2003.

Gutheil, T.G. y Appelbaum, P.S.: *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law*, 3ª ed., Williams and Wilkins, Baltimore, 2000.

Simon, R.L.: *Clinical Psychiatry and the Law*, 2ª ed., American Psychiatry Press, Washington, 1992.

Weiner, B.A. and Wettstein, R.M.: *Legal Issues in Mental Health Care*, Plenum, New York, 1993.

Bloch, S., Chodoff, P. y Green, S.A., eds.: *La ética en Psiquiatría* (traducción española de la 3ª ed., 1999). Triacastela, 2001.

Código de Ética y Deontología Médica, Organización Médica Colegial, España, 1999.

Declaración de Madrid, Asociación Mundial de Psiquiatría, 1996.

Ley 14/1986, de 28 de Abril, General de Sanidad (B.O.E. núm. 102, de 29 de Abril).

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (B.O.E. núm 298 de 14 de Diciembre).

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 (B.O.E. núm. 274, de 15 de Noviembre).

LA PROTECCION Y ATENCION SOCIO-SANITARIA DE LOS ENFERMOS MENTALES: CARENCIAS ACTUALES

D^a María del Mar España Martí
Secretaria General de la oficina del
Defensor del Pueblo. Madrid

La **Constitución española** reconoce a todos los ciudadanos una amplia gama de derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y, por tanto, las personas afectadas por una enfermedad mental, en su condición de ciudadanos, gozan de esos mismos derechos.

En esta línea de protección, debe hacerse mención también al principio de igualdad sustancial consagrado en el artículo 9.2 de nuestra norma suprema, que obliga a esos poderes públicos a remover todos los obstáculos que impidan o dificulten que la igualdad sea real y efectiva, y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

A este respecto, y por lo que a los enfermos mentales se refiere, es ineludible traer a colación el artículo 49 del propio texto constitucional, conforme al cual los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de dichas personas, a quienes ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

De ello, se desprende que, desde la perspectiva constitucional, quienes están afectados por una enfermedad mental no son sólo acreedores al conjunto de derechos de los que gozan el resto de los ciudadanos, sino que también son beneficiarios del plus de atención pública que se deriva de los principios rectores de la política social y económica por la que deben regirse los poderes públicos.

Este es, en síntesis, el marco de los derechos reconocidos por la Constitución española, marco que establece un amparo especial a los enfermos mentales, fruto, sin duda, de la constante preocupación en torno a la salvaguardia de los derechos fundamentales de estos ciudadanos que se encuentran o pueden encontrarse en una singular relación

de sujeción, de la que puede derivarse la restricción de tales derechos.

En el ámbito estrictamente sanitario, el punto de partida no puede ser otro que el derecho a la protección de la salud reconocido por el artículo 43 del texto constitucional. En conexión con este precepto, es obligado mencionar la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad**, en cuyo artículo 20 se contienen las líneas básicas de la actuación en el campo de la salud mental, y el Real Decreto 63/1995, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que incluye la asistencia psiquiátrica en el catálogo de prestaciones de dicho sistema.

Como características más importantes de la Ley se deben resaltar las siguientes:

- La designación a partir del título VIII de nuestra Constitución de las comunidades autónomas como las competentes en materia de sanidad,
- La reserva para el Estado de las funciones de coordinación general, entre otras,
- La introducción de la participación ciudadana en la organización y gestión de la sanidad, a través, entre otros, de los Consejos de Salud de Área.

En esta línea de avance, merece especial mención asimismo la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que contempla, entre las prestaciones de atención especializada, la salud mental desde una óptica integral.

Una vez expuesta la normativa en materia sanitaria, es importante analizar la **distribución competencial en materia de servicios sociales**, pues tiene especial incidencia en el tema que nos ocupa.

De acuerdo con el artículo 149 de la Constitución la competencia en materia de servicios sociales corresponde a las Comunidades Autónomas, las cuales las han desarrollado a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Con independencia de esto, parece claro que compete al Estado la regulación de todas aquellas condiciones que ayuden a mantener la igualdad de todos los españoles. No obstante, así como está específicamente contemplado que es estatal la coordinación general sanitaria y el régimen de la Seguridad Social, no está tan clara esta facultad coordinadora en la asistencia social o los servicios sociales.

El principal problema es que se produce dos sistemas diferentes de reparto de competencias en el mundo sanitario y el de los servicios sociales. Así, del mismo modo que puede existir un cierto sistema unitario de tipo jurídico en el campo de la sanidad, esto no ocurre en los servicios sociales, donde hay una amalgama de disposiciones que emanan de las tres Administraciones, sin un hilo conductor y mucho menos una conexión.

Este sistema jurídico derivado de la Constitución no favorece especialmente el desarrollo normativo de la coordinación sociosanitaria, por la diversidad de instituciones competentes sobre todo en lo social y porque esta compleja distribución no se corresponde con las áreas sanitarias, donde hay un sistema mucho más unitario.

En este sentido, los profesionales están demandando, en el marco del actual sistema competencial, una atención sociosanitaria eficaz, concebida como un derecho subjetivo de todo ciudadano en situación de dependencia a cuidados sanitarios y apoyo social suficiente para reforzar su autonomía y limitar su dependencia.

Si este es el panorama global de la atención sociosanitaria, es importante tener en cuenta la gran estigmatización que las personas mentales han padecido durante años. En el **informe realizado en el 2003 de la Fundación INTRAS**, patrocinado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sobre la “**Población con enfermedad mental grave y prolongada**”, se califica a los enfermos mentales como unos auténticos “parias”, tanto en los servicios sociales como en los servicios sanitarios. Como señalan, la estigmatización que padecen las personas con enfermedad mental conduce a consecuencias negativas tanto para el paciente como para la familia, que incluye la humillación, el aislamiento, el desempleo y la exclusión social.

A este respecto, los trastornos mentales graves y prolongados deben ser considerados como problemas en un doble aspecto:

- De salud, ya que se trata de enfermedades que requieren asegurar una continuidad de cuidados, como
- De bienestar social y servicios sociales, ya que las personas con enfermedad mental grave y prolongada, por padecerla, presentan habitualmente una discapacidad.

En cuanto al desarrollo de las líneas básicas de actuación en materia de salud mental y asistencia psiquiátrica, es menester comenzar poniendo de relieve que, hasta hace relativamente pocos años, este tipo de atención mostraba un panorama sombrío, tanto en el plano normativo (un significativo número de Comunidades Autónomas carecían de marco legal en la materia), como en el de la planificación (Comunidades Autónomas sin Plan de Salud Mental) y en el de la estructura asistencial en los distintos niveles de atención (diversas Administraciones con competencia en la materia, con servicios paralelos -de distinta configuración y evolución- y sin ninguna conexión entre sí).

En este contexto, debe significarse que en el año 1985 la Comisión Ministerial para la **Reforma Psiquiátrica** -órgano de estudio y asesoramiento sobre programación y ordenación de la protección de la salud mental y de la asistencia psiquiátrica- emite un informe sobre dicha reforma, en el que se reflejan los criterios que deben presidir el nuevo modelo de atención en esta materia.

La Comisión se pronuncia a favor de un modelo comunitario de atención a la salud mental, pudiendo destacarse, entre sus líneas básicas, las siguientes: la integración de este tipo de asistencia en el sistema general de salud; la integración funcional de los recursos; la preeminencia de la atención extrahospitalaria sobre la hospitalaria, a través de la creación de recursos alternativos; la transformación y progresiva superación de los hospitales psiquiátricos; la dotación de servicios necesarios para el cuidado de los pacientes con patología de larga evolución; y el desarrollo de programas de rehabilitación.

Si bien se han producido avances en aspectos tales como la integración de la salud mental en la atención a la salud en general- especialmente en los procesos agudos-, la progresiva constitución de redes únicas, la configuración de equipos multiprofesionales y la creación de centros de salud mental, es obligado reconocer que es muy largo el

camino que queda por recorrer, especialmente en la provisión de recursos comunitarios de rehabilitación, sin olvidar los recursos de carácter social y sociosanitario, notoriamente insuficientes.

Podemos afirmar que la reforma psiquiátrica aportó nuevas soluciones asistenciales y de intervención, de forma que los enfermos mentales cuentan con una adecuada atención farmacológica e ingreso psiquiátrico cuando lo precisan, pero es escasa la cobertura de sus necesidades socio-sanitarias y su acceso a programas de rehabilitación y recursos comunitarios. Es escasa la implicación de los servicios sociales en los planes sectoriales o en las convocatorias de ayudas para el sector de personas con enfermedad mental.

La asistencia sanitaria es esencial, pero si queremos que los derechos que se reconoce a los enfermos mentales sean efectivos y se supere su discriminación en su garantía en la práctica, el sistema socio-sanitario tendrá que proporcionar al menos los siguientes servicios: vivienda, unos ingresos para subsistir (pensiones) y un apoyo social adicional a los cuidados sanitarios y a las familias cuidadoras, aspecto sobre el que incidiré posteriormente.

Para la Institución del **Defensor del Pueblo**, es esencial que las distintas Administraciones se vuelquen en la protección y la atención socio-sanitaria a los enfermos mentales. Por ello, en la Reunión anual de coordinación de Defensores del Pueblo (el estatal y los autonómicos), celebrada en octubre del año pasado en Castilla La Mancha, el tema monográfico que analizamos por unanimidad de todas las Instituciones fue el de los enfermos mentales. En estas Jornadas, se debatieron varias ponencias, que pongo a su disposición si tuvieran interés, en las siguientes Mesas:

- Servicios y recursos asistenciales a la salud mental,
- El enfermo mental como sujeto de derechos,
- Los soportes de la salud mental: familias y asociaciones y la integración de las personas con enfermedades mentales.

Desde que la Institución del Defensor del Pueblo inició su actividad en el año 1983, se ha venido recibiendo un importante número de quejas que hacen referencia a distintos aspectos relativos a la salud mental y a la asistencia psiquiátrica, a las que se ha hecho puntual referencia en los sucesivos informes anuales presentados a las Cortes Gene-

rales, quejas que han dado lugar al desarrollo de las correspondientes actuaciones institucionales.

Así, en un primer momento se puso de relieve la inexistencia de un marco legal que contemplara la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general, así como la falta de equiparación del enfermo mental a los demás pacientes, destacándose la necesidad de que el sistema sanitario asumiera íntegramente la atención a la salud mental, abordando los aspectos preventivos, de tratamiento y rehabilitadores.

Seguidamente, se destacó la necesidad de establecer los cauces de coordinación precisos entre las estructuras hospitalarias y los dispositivos ambulatorios para asegurar la continuidad terapéutica, subrayándose que persistía la función de custodia por encima de la terapéutica en algunos hospitales psiquiátricos.

Más tarde, se señalaron las acusadas diferencias en el grado de desarrollo de la reforma psiquiátrica según las distintas Comunidades Autónomas; la falta de asunción, de algunas de ellas, de un enfoque global del conjunto de necesidades, manteniéndose servicios psiquiátricos dependientes de distintas Administraciones, con diferente evolución y estructura, sin conexión entre sí; y la existencia en centros de internamientos psiquiátricos de un significativo porcentaje de personas que precisaban atenciones de carácter social, más que psiquiátricas.

A primeros de los años 90, y partiendo de los precedentes citados, por parte de la institución del Defensor del Pueblo, se estimó necesario obtener una visión sistemática y global de la atención a la salud mental y de la asistencia psiquiátrica, lo cual requería el desarrollo de un programa específico de investigación, que se centró en torno a los hospitales psiquiátricos.

Las actuaciones realizadas desembocaron en la elaboración del informe "Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España". (1.991)

Entre las conclusiones obtenidas y reflejadas en el citado estudio, cabe hacer mención, en primer lugar, a la existencia de un panorama muy variable en cuanto al desarrollo de las líneas básicas contenidas en la Ley General de Sanidad. Así, podían diferenciarse, en función del grado de desarrollo normativo, aquellas Comunidades Autónomas que contaban con normas en las que se contemplaba de un modo global el marco de la reforma psiquiátrica y las que

carecían de este marco global y disponían tan sólo de normas sobre aspectos parciales.

Otra de las conclusiones se centraba en la heterogeneidad observada, en cuanto al logro de la integración funcional de los recursos dedicados a la atención a la salud mental y a la asistencia psiquiátrica. En efecto, algunas Comunidades habían logrado la integración funcional de los recursos, mientras que otras únicamente lo habían logrado parcialmente, existiendo algunos casos en los que era notoria la ausencia de instrumentos de coordinación. Ello no obstante, pudo constatarse un relativo avance en la implantación de los dispositivos de atención extrahospitalaria de segundo nivel, es decir, centros y equipos de salud mental.

En cuanto a las unidades de psiquiatría de los hospitales generales visitados, es de reseñar la diversidad observada en este aspecto y reflejada en el referido estudio, dado que existían Comunidades Autónomas que disponían de un significativo número de camas en unidades ubicadas en hospitales generales, mientras que, en otras, el peso de este tipo de asistencia recaía significativamente en las unidades de admisión de los hospitales psiquiátricos. Igualmente, se observó una elevada presión sobre la actividad desarrollada por estas unidades, que, en algunos casos, se traducía en un porcentaje de utilización superior al cien por cien, circunstancia ésta que conllevaba, en determinados supuestos, la existencia de camas en los pasillos o en dependencias no destinadas teóricamente al alojamiento.

Por lo que respecta a los hospitales psiquiátricos, las conclusiones derivadas del reseñado estudio pueden resumirse en las siguientes: que en la mayoría de las Comunidades Autónomas se encontraban en ejecución programas de transformación y de superación de los hospitales psiquiátricos, si bien presentaban distinta configuración y desarrollo; que, como consecuencia de ello, había descendido acusadamente el número de hospitales psiquiátricos y de camas en estas estructuras específicas, si bien la situación no había variado sustancialmente en algunas Comunidades, de modo que en ellas el centro hospitalario seguía constituyendo el eje de la atención a la salud mental; y que, las condiciones de habitabilidad de algunos de los hospitales, presentaban graves carencias.

Por lo que atañe a los enfermos ingresados, tres fueron las conclusiones principales obtenidas. En primer lugar, que un significativo porcentaje de los enfermos ingresados llevaban internados un elevado número de años,

circunstancia que ponía de relieve, entre otros aspectos, la función de custodia y de asilo, que no terapéutica, que tradicionalmente han desempeñado estos hospitales. En segundo lugar, que, en algunos casos, las actividades rehabilitadoras se ponían en práctica tan sólo con una parte de la población internada, con frecuente olvido de otros enfermos que podrían mejorar aspectos tales como autonomía personal y ajuste social. En tercer lugar, y sobre los tratamientos establecidos, que, en algunos casos, se habían adoptado medidas especialmente agresivas, tales como el empleo de las denominadas camisas de fuerza, habitaciones calificadas como de aislamiento, que carecían de las más elementales condiciones de habitabilidad, o el empleo continuado de medios mecánicos de sujeción de los enfermos. Este aspecto así como las garantías que debe tener todo internamiento será tratada de forma específica más adelante.

Respecto a los profesionales que prestaban sus servicios en los centros, se comprobó, por una parte, una notable disparidad en la relación índice personal/usuarios entre los hospitales visitados, de modo que la plantilla de algún establecimiento era cinco veces superior a la de otro, aún cuando la población internada ofrecía un perfil similar, y, por otra, una desigual distribución y, en algunos casos, acusadas carencias en la dotación de personal especializado en psiquiatría; cierta disparidad en cuanto a formación y capacitación del colectivo de auxiliares y de cuidadores.

Una mención especial merece la referencia que se hizo en el estudio al capítulo de dispositivos intermedios y estructuras sociales, habida cuenta que el objetivo general de los procesos de reforma psiquiátrica tiende a sustituir el sistema tradicional con base en el hospital psiquiátrico y en las consultas de neuropsiquiatría por una red diversificada, de base y orientación comunitaria, integrada en el sistema sanitario general.

Tal y como se constató en las visitas efectuadas, las citadas estructuras intermedias son consideradas por los profesionales sanitarios como instrumentos indispensables para desarrollar los procesos de desinstitutionalización de los pacientes que permanecen en hospitales psiquiátricos, así como para completar las intervenciones que se realizan en los centros de salud mental y en las unidades de hospitalización psiquiátrica de corta estancia. No obstante lo cual, se verificó que no se habían establecido detalladamente sus necesidades en la planificación de los recursos asistenciales, siendo habitual que su dotación dependiera de criterios de oportunidad o de índole económica.

En lo relativo a estructuras sociales, es de significar que la asistencia psiquiátrica tradicional ha venido asumiendo la atención de un conjunto de necesidades sociales de determinadas personas, en las que resaltaba más la existencia de dificultades de reinserción social que la de problemas susceptibles de tratamiento psiquiátrico. Sobre ello, hay que añadir que las posibilidades de desinstitucionalización de parte de la población hospitalaria pasaba, necesariamente, por el desarrollo de programas de reinserción social, si bien, dentro de esta evolución, se observaron notables dificultades en la aplicación de tales programas allí donde se habían iniciado, fundamentalmente por la escasa disponibilidad de este tipo de estructuras.

En el ámbito de la protección jurídica, y por lo que respecta a los internamientos efectuados al amparo de la legislación civil, se puso de relieve que la escueta regulación contenida en el entonces artículo 211 del Código Civil daba lugar a la existencia de importantes lagunas que generaban la aplicación de criterios contradictorios y de muy distinto alcance.

En cuanto a la actividad del Ministerio Fiscal, se resaltó que, de las visitas realizadas, se desprendía una cierta inactividad en su actuación -a pesar de las recomendaciones dadas al respecto por la Fiscalía General del Estado- en orden a promover la incapacitación, cuando ésta fuera realmente procedente. Se añadía también que, en algunos centros visitados, se había constatado que el control judicial y del Ministerio Fiscal que nuestra legislación exigía sobre la situación de internamiento no se realizaba con la eficacia debida y que existían centros que no habían emprendido la revisión de los internamientos anteriores a la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Asimismo se constató cómo la inadecuada regulación en el Código Penal entonces vigente de la eximente completa de enajenación mental determinaba que se impusieran medidas de internamiento de duración ilimitada, aplicadas incluso a delitos de escasa entidad en cuanto a la pena.

Como consecuencia de la investigación realizada, se procedió a efectuar un total de cuarenta y cinco recomendaciones de carácter general para la mejora de la atención a la salud mental y de la asistencia psiquiátrica y para la mayor garantía de los derechos de los enfermos mentales, así como a dirigir un total de doscientas recomendaciones de carácter puntual a veinticuatro organismos de las distintas Administraciones Públicas, en relación con los establecimientos visitados.

En términos generales, tales recomendaciones fueron aceptadas, tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Ministerio de Sanidad.

A este respecto, es importante tener en consideración que ya en el año 1996, se produjeron dos reformas legales que incidían directamente sobre los enfermos mentales. Por una parte, la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que suponía el contar con un nuevo Código Penal y la solución definitiva al problema que se detectó, respecto al carácter indefinido de los internamientos psiquiátricos en los casos en que se apreciaba la eximente completa de enajenación mental.

La otra reforma legal importante fue la que realizó la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con esta reforma se modificó el artículo 211 del Código Civil en el sentido expresado por el Defensor del Pueblo. Concretamente, se reforzaron las garantías de los menores de edad, mediante la exigencia de la correspondiente autorización judicial, garantías recogidas posteriormente en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

Al margen del estudio al que se ha venido haciendo referencia, las **quejas** que siguen recibándose en el Defensor del Pueblo en materia de salud mental inciden, especialmente y entre otros, en los cinco capítulos siguientes:

En primer lugar, sobre la insuficiencia de estructuras intermedias (hospitales o centros de día, pisos protegidos, centros ocupacionales...) y la dotación de recursos en esta materia. El denominador común de estas quejas versa sobre los periódicos internamientos de estos enfermos en las unidades de psiquiatría de los hospitales generales, subrayándose el hecho de que en el marco comunitario no existen, o bien son insuficientes las estructuras de rehabilitación, con programas definidos de actuación.

Dentro de este ámbito, es importante destacar la práctica inexistencia de unidades específicas de atención al daño cerebral en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, por lo que se ha hecho una Recomendación desde esta Institución a las Comunidades Autónomas en orden a la creación y funcionamiento de unidades específicas de atención al daño cerebral.

Asimismo, la asistencia pública sanitaria no dispone de cauces adecuados para afrontar las crisis de las personas con trastornos límite de personalidad (enfermedad que

afecta a más del 5% de la población, si bien sólo una mínima parte está diagnosticada), reduciéndose las prestaciones a su ingreso durante horas en centros hospitalarios no especializados en este tipo de trastorno.

En segundo término, sobre la necesidad de desarrollar el denominado “espacio sociosanitario”. La característica esencial de la actuación sociosanitaria se encuentra en la necesidad de coordinación y actuación al mismo tiempo sobre un mismo sujeto y de distintas áreas o campos, de forma multidisciplinar, ya que es mucho más eficaz y eficiente.

A lo largo de los años de funcionamiento de la Institución del Defensor del Pueblo se ha puesto de manifiesto, en un número significativo de quejas, la situación de aquellas personas que, por no precisar un tratamiento exclusivamente sanitario ni requerir solo una atención social, encuentran dificultades para solucionar sus problemas, al no ser cabalmente atendidos ni por el Sistema Nacional de Salud, ni por los sistemas de acción social.

En España, está universalizado el sistema sanitario, pero no la atención social. Esta circunstancia se agrava, como ocurre siempre ante situaciones de conflicto en las personas más desfavorecidas: la dependencia y discapacidad se relacionan con la pobreza (la proporción de discapacidad es el doble en los hogares con ingresos inferiores a 360 €/al mes), con los bajos niveles de instrucción (el 57% de las personas mayores con discapacidad son analfabetos) y con la clase social más desfavorecida, al disponer de menores recursos para la prevención, los cuidados y la rehabilitación.

A este respecto, hay que señalar que los cambios demográficos que están acaeciendo en España y en todos los países de nuestro entorno, derivados fundamentalmente del aumento de la esperanza de vida y la escasa tasa de natalidad, unido a la crisis del modelo tradicional de cuidados (mujer-familia) justifican que sea urgente prestar una especial atención a la planificación, organización y gestión de la asistencia sociosanitaria.

Si bien la preocupación de las Administraciones Públicas por desarrollar una atención sociosanitaria coordinada es una constante desde los años ochenta y han sido varios los esfuerzos desarrollados en este sentido, tanto por las Comunidades Autónomas como por la Administración del Estado, lo cierto es que persisten graves problemas en la atención no sólo a los enfermos mentales y otros colectivos con dependencia, como consecuencia, entre otros factores, de la separación de los dos sistemas, de la diver-

sidad de servicios derivada del hecho autonómico, de la insuficiente oferta de servicios sociosanitarios; de la falta de una eficaz sectorización de los servicios sociales y sanitarios; de los escasos logros obtenidos en la convergencia entre los sistemas formales e informales de atención; y a la todavía inadecuada coordinación entre los servicios sanitarios y sociales.

La complejidad de la atención a los enfermos mentales aconseja articular un espacio sociosanitario que integre de forma coordinada los diferentes niveles asistenciales: atención primaria sanitaria y social, la diversidad de servicios y la intervención de diferentes profesionales.

En este sentido, el Defensor del Pueblo, con ocasión de la elaboración de un informe sobre la atención sociosanitaria en España, -año 2000- formuló sendas recomendaciones a los Ministerios de Sanidad y de Trabajo y Asuntos Sociales, en orden a la adopción de acuerdos tendentes a la implantación generalizada, de un espacio sociosanitario para dar respuesta a las necesidades de los segmentos de la población que precisen la prestación integral de medidas sanitarias y sociales, y subsanar el déficit existente en la protección social en los servicios no residenciales.

Por su interés en esta materia, me gustaría destacar alguna de las conclusiones del estudio de la Fundación Intrás que comentaba anteriormente:

- Existe cierto ocultamiento por parte de las familias de la enfermedad mental,
- La discapacidad más característica de las personas con enfermedad mental grave y prolongada es la de relacionarse, lo cual constituye una importante limitación para la integración social. Otras discapacidades frecuentes son las de aprendizaje, realización de las tareas del hogar y cuidado personal, para lo que se requieren programas específicos dirigidos a su rehabilitación.
- A pesar de tratarse de enfermedades con un grado de discapacidad importante, y que requiere de cuidados que llevan mucho tiempo, son pocos los casos que poseen certificados de minusvalías, lo que discrimina aún más a estos enfermos,
- Los enfermos mentales graves reciben pocas ayudas públicas para paliar su discapacidad, en un porcentaje inferior a otros colectivos con minusvalía, lo que agrava su vulnerabilidad económica, social y laboral: existe casi un tercio de las personas con enfermedad mental grave y prolon-

gada que no reciben ninguna prestación económica, y de los que la reciben, lo habitual es que se trate de una pensión no contributiva,

- La financiación más habitual de los hogares en los que viven personas con enfermedad mental grave y prolongada es a través de pensiones, constituyendo el principal ingreso en tres de cada cuatro hogares, (276€al mes)
- El perfil general socioeconómico de las personas con enfermedad mental grave y prolongada es el de vivir solas o con padres jubilados, con unos ingresos medios por debajo de 600€
- Existe un bajo índice de utilización de la ayuda domiciliaria por parte de este colectivo,
- Existe una baja frecuencia en su participación en programas de formación ocupacional y de empleo, con diferencias de género, siendo menor en el caso de las mujeres enfermas. Se benefician con baja frecuencia de las medidas de apoyo al empleo para personas con discapacidad,
- Su participación en el movimiento asociativo es muy baja,
- Sin embargo, estos enfermos hacen un uso elevado de los servicios de salud,
- Es preciso promover programas sociosanitarios que potencien la continuidad de los cuidados de estas personas.

El tercero de los capítulos sobre los que inciden las quejas planteadas ante nuestra Institución se refiere a la necesidad de impulsar una coordinación efectiva de las diferentes redes y servicios de atención, entre los servicios de atención primaria y los de salud mental y entre los servicios intra y extrahospitalarios. En relación con ello, cabe señalar que, efectivamente, las insuficiencias en la relación entre los niveles de atención primaria y atención especializada y la falta de continuidad entre los mismos es uno de los principales problemas de nuestro sistema sanitario, lo que da lugar a que los ciudadanos tengan una visión fragmentada del sistema, a problemas en la accesibilidad a los servicios y, en no pocos casos, a una percepción de ineficiencia en la rentabilidad de los recursos.

En este contexto, especial relevancia debe concederse a la formación y actualización de los médicos de atención primaria en materia de salud mental, aspecto, sin duda, esencial para facilitar una mejor conexión con la atención

especializada, máxime si se tienen presentes dos aspectos de alcance, como son que, tal y como ha expresado la Organización Mundial de la Salud, las enfermedades más prevalentes en la sociedad del siglo XXI serán las relacionadas con las diversas patologías mentales y que su abordaje precoz es de suma importancia para lograr óptimos resultados.

Ello nos aproxima al cuarto bloque de las quejas formuladas ante el Defensor del Pueblo, que versan acerca de la situación de las familias de los enfermos mentales, sobre los que recae gran parte de la carga asistencial de estos enfermos. En este apartado, las quejas están motivadas, por lo general, por las dificultades que encuentran los familiares de estos enfermos en su convivencia diaria con ellos, así como para prestarles la atención que requieren.

En esta línea, puede indicarse que la salida de estos enfermos de los antiguos hospitales psiquiátricos, como consecuencia de la desinstitucionalización llevada a cabo en el marco de la reforma psiquiátrica, ha provocado, ante la carencia de una gama completa de estructuras intermedias y de recursos sociales susceptibles de dar una respuesta flexible y diversificada que pueda acomodarse a cada caso concreto, dificultades para la inserción social y para la integración en el núcleo familiar, lo que conlleva que los familiares busquen, en ocasiones, el reingreso del interesado en un establecimiento cerrado.

En el informe de la Fundación Intra que les he mencionado, destacan las siguientes conclusiones en relación con los cuidados a los enfermos mentales:

- Los cuidadores habituales de estos enfermos son los padres, y cuando estos fallecen, suelen quedarse solos y sin apoyo, o éste es leve por parte de hijos o hermanos,
- La carga para la familia es muy alta, especialmente para la mujer, con un elevado número de horas y desgaste personal y una reducción de actividades laborales, sociales y de ocio. Es necesario desarrollar programas psicoeducativos para los cuidadores,
- Dada la incorporación de la mujer al mercado laboral, es importante planificar la crisis de cuidadores que va a producirse en un futuro próximo, y desarrollar programas de conciliación para hombres y mujeres y otro tipo de prestaciones por parte de los poderes públicos. En este ámbito, los inmigrantes pueden contribuir de forma im-

portante a mejorar el bienestar social de estas familias, sustituyendo el papel de cuidadoras tradicionalmente prestado por las mujeres,

- La carga de cuidados de personas con enfermedad mental es muy alta, puesto que tiene una duración de ocho o más años, con una dedicación superior a la jornada laboral,

En este ámbito, me gustaría destacar el trabajo realizado por la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS), y en concreto, el artículo publicado sobre “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”, en el que se pone de relieve que el “cuidado informal”, es decir, el familiar, es el verdadero sistema invisible de atención a la salud (supone un 66%), participando los servicios formales de forma minoritaria en el cuidado continuado de las personas dependientes (0’9%). (Un 32% es autocuidado).

Los cuidados informales plantean dos cuestiones relacionadas con la equidad: la desigualdad en la carga del cuidado, que recae mayoritariamente sobre la mujer, (normalmente de menor nivel educativo, sin empleo y de bajo nivel socioeconómico) y la inequidad en capacidad de elección y de acceso a recursos y servicios de ayuda según el nivel educativo y socioeconómico.

Hay ciertas características de este cuidado informal que es importante subrayar: es un trabajo no remunerado, y por tanto, se confunde con una carencia de valor, se basa en relaciones afectivas y de parentesco y por ello se considera que pertenece al terreno de lo privado, de lo familiar y finalmente, es una función que se identifica con lo femenino, como parte del rol de género.

A este respecto, es necesario articular medidas concretas de apoyo a los cuidadores desde el sistema formal: servicios de apoyo (ayuda domiciliaria, respiro y ayudas económicas), políticas de bienestar (hasta ahora se enmarcan dentro de las políticas de apoyo a la familia. Un ejemplo sería la Ley de Conciliación de Vida Familiar y Laboral, aprobada en 1999:

En su capítulo primero se amplian determinados permisos y excedencias para facilitar la estabilidad laboral a los cuidadores:

- Se regula un permiso de dos días por hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad,

- Se regula la reducción de jornada a quien tenga a su cuidado a un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, con una reducción proporcional del salario de entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella,
- Se posibilita solicitar un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, para el cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida por razones de enfermedad o dependencia).

El capítulo V establece unas reducciones importantes en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social con el fin de que no desincentivar a los empresarios a la creación de puestos de trabajo y que estas consecuencias no sean vistas de forma negativa por ellos.

En los capítulos siguientes se adapta la normativa de Función Pública a las modificaciones efectuadas en el Estatuto de los Trabajadores, para que les sea de aplicación a los colectivos de funcionarios públicos.

Finalmente, un quinto bloque de las quejas planteadas ante el Defensor del Pueblo guarda relación con no pocas cuestiones relativas a las condiciones en las que transcurre la estancia de los enfermos mentales en los centros de internamiento. El denominador común de estas quejas se centra, básicamente, en carencias o deficiencias del estatuto jurídico que afecta a las personas que padecen alguna enfermedad mental.

Este problema no es nuevo para el Defensor del Pueblo, en la medida en que ya en el año 1996 puso en conocimiento del Ministerio de Justicia que en los centros de internamiento de naturaleza sanitaria o social se había constatado la ausencia de una regulación que garantizara suficientemente los derechos fundamentales de los usuarios y las eventuales restricciones de los mismos que fueran necesarias para la protección de su vida, salud e integridad física.

Esta circunstancia contrasta, y así se le hizo saber al Ministerio antes mencionado, con lo que sucede respecto a otro tipo de centros en los que también se limita la libertad de las personas, concretamente los establecimientos penitenciarios, cuyo régimen está regulado por la ley Orgánica

1/1979, de 26 de abril, de modo que puede afirmarse, que desde esta perspectiva, los derechos de los usuarios de los centros de internamiento de naturaleza psiquiátrica social se encuentran garantizados en un menor grado.

En relación con ello, el Ministerio de Justicia comunicó que se había iniciado un estudio preliminar para poner en práctica la recomendación que se le formulaba sobre la aprobación de una norma por la que se regulara el régimen de los centros de internamiento, tales como los establecimientos psiquiátricos y otros similares, en todos aquellos aspectos que pudieran implicar restricciones o privaciones de la libertad personal, o de otros derechos fundamentales, como son los relativos a los ingresos, las salidas, las visitas, la utilización de salas de aislamiento, el uso de medios mecánicos de contención y las comunicaciones telefónicas y postales, cuando ello sea preciso para proteger la vida, la integridad física y la salud de los residentes. No obstante el criterio inicialmente expresado por el referido departamento acerca de la comentada regulación, lo cierto es que no parece que se haya producido avance alguno al respecto, dado que posteriormente no se ha recibido ninguna comunicación sobre este asunto.

En relación con esta falta de regulación, es importante tener presente que, en los últimos años y en el curso de investigaciones llevadas a cabo por el Defensor del Pueblo, se ha observado alguna situación en la que no parecían darse las garantías legales que deben presidir los tratamientos aplicados a personas incapaces. Entre ellas, puede hacerse mención a medidas de contención mecánica, sin intervención judicial, en personas con enfermedades mentales que no están en condiciones de decidir por sí mismas la aceptación o acuerdo con las mismas, en supuestos en los que tales medidas no son puntuales ni meramente transitorias.

Si bien, recientemente y a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, se ha producido un importante avance en la mejora de los mecanismos de protección de las personas con discapacidad, especialmente en los aspectos relacionados con su patrimonio, ello no es óbice para reconocer que, en el criterio del Defensor del Pueblo, todavía faltan por completar algunas cuestiones relativas a lo que podría denominarse “estatuto jurídico de las personas con enfermedades mentales”. Entre éstas, cabe mencionar las tres que seguidamente se detallan:

1. El sistema de garantías de los derechos fundamentales respecto al régimen de vida que tienen estas personas cuando ingresan en centros hospitalarios y a las condiciones en las que se les aplican los tratamientos especialmente agresivos y los medios mecánicos de sujeción.
2. La posibilidad de contar con una previsión legal expresa, que permita solicitar el auxilio judicial cuando médicamente se haya prescrito un tratamiento que no es aceptado voluntariamente.
3. Los problemas que se derivan de la prórroga automática de la patria potestad de los incapaces, cuando por imperativo legal (artículo 171 del Código Civil) se asigna a los padres, en los supuestos en los que éstos carecen de condiciones para ejercer de manera adecuada dicha patria potestad.

En relación con el primero de los problemas apuntados, si bien es cierto que con las modificaciones legislativas introducidas se ha conseguido una regulación detallada en lo que respecta al proceso que debe seguirse para el internamiento voluntario o involuntario del paciente, una vez dentro de dicho centro, el legislador no ha contemplado el régimen de garantías de estas personas, dejando al arbitrio de cada hospital la regulación de esas cuestiones respecto de los pacientes.

A juicio de esta Institución, la autorización judicial de internamiento que recoge el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no lleva implícita la restricción del derecho a la libertad individual que se produce cuando los facultativos someten al paciente a medidas de contención mecánica sin la aceptación de aquél. Sería por ello más adecuado, desde un punto de vista jurídico, que en estos casos, se solicite la correspondiente autorización judicial cuando dichas medidas no vayan a tomarse de inmediato – supuesto, quizá, poco frecuente- o bien, informar al juez cuando, por razones de urgencia, hayan sido adoptadas.

Respecto a la aplicación a las personas afectadas por alguna enfermedad mental que se encuentran internadas en centros médicos con la correspondiente autorización judicial, de tratamientos especialmente agresivos (tratamientos farmacológicos, terapia electroconvulsiva, psicocirugía u otras técnicas o procedimientos que puedan suponer un riesgo para la salud o la integridad física de la persona) hay que tener en cuenta que el Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de

la autonomía de paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica de 14 de noviembre de 2002, al abordar esta cuestión terminan haciendo referencia en última instancia a la “protección prevista por la ley” (artículo 7 de la Ley 41/2002). Sin embargo la ley –artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- no contempla ninguna previsión expresa por la que corresponda al juez que autorizó el ingreso hospitalario, tener que controlar y garantizar los derechos de ese enfermo (dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, derecho a la vida, a la integridad física o a la salud) que se ven afectados al aplicar los tratamientos antes referidos, especialmente cuando el criterio médico no coincide con la persona que sustituye la voluntad del enfermo, cuando éste no puede prestar por sí mismo su consentimiento (artículo 9-3º de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

Directamente relacionado con el problema expuesto, se encuentra el segundo de los aspectos antes detallados y que ha sido planteado ante el Defensor del Pueblo por la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales. Se trata de promover que se modifique el actual artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que judicialmente pueda autorizarse un tratamiento ambulatorio no voluntario a una persona que sufra un trastorno psíquico, previa propuesta razonada del especialista, con audiencia del interesado e informe del Médico Forense y del Ministerio Fiscal.

Amén de las garantías legales que ya se prevén en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberían añadirse nuevos requisitos como la especificación del tratamiento que vaya a aplicarse al enfermo con autorización judicial, la duración del mismo, así como las posibilidades de modificarlo, suprimirlo o prolongarlo en los supuestos en los que fuera necesario. Debe matizarse que la intervención judicial, en estos casos, tiene un carácter puramente instrumental, ya que el juez en modo alguno ordenaría la aplicación del tratamiento, sino que se limitaría a autorizar el mismo cuando el criterio médico y la opinión de la persona que presta el consentimiento en lugar del enfermo así lo soliciten, prestando en este caso toda la colaboración precisa para que el tratamiento médico pueda ser recibido por la persona que lo necesita.

La tercera y última de las cuestiones a tratar, ha sido planteada al Defensor del Pueblo por el Procurador del Común de Castilla y León y hace referencia a la prórroga

automática de la patria potestad que respecto de los incapacitados regula el artículo 171 del Código Civil, excluyendo la tutela e introduciendo esa prórroga automática de la patria potestad que recae sobre los padres, los cuales en muchas ocasiones, por sus circunstancias personales, no están en condiciones de poder ejercer con eficacia las obligaciones que se derivan de esa patria potestad sobre su hijo incapacitado.

Lo que se trata de remarcar es que el automatismo en la prórroga de esta obligación no tiene en cuenta determinados aspectos que influyen en la asunción de la patria potestad, como pueden ser la especial peligrosidad de la persona con problemas de salud mental, la edad de los padres, su relación con el hijo o su estado de salud entre otros. Estas situaciones, les impiden desempeñar de manera adecuada la patria potestad sobre sus hijos, y sin embargo no son tenidas en cuenta por la ley.

En la práctica han sido las Audiencias Provinciales las que, con sus sentencias, han venido resolviendo los inconvenientes que se derivan de una aplicación automática del artículo 171 del Código Civil. Así, por ejemplo, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 3 de noviembre de 1998, dejó sin efecto la rehabilitación de la patria potestad que había recaído sobre una madre de 83 años respecto de un hijo, de 55 años, diagnosticado de esquizofrenia con síntomas activos crónicos delirantes-alucinativos que no respondía al tratamiento. En su lugar determinó que sobre esa persona se constituyera la tutela. En igual sentido se pronunció la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona, con fecha 14 de julio de 1999, al considerar improcedente rehabilitar la patria potestad a favor de una madre de 74 años de edad respecto de su hijo, de 50 años, afectado por una esquizofrenia paranoide.

Se trataría por tanto de adaptar el contenido del artículo 171 del Código Civil, a una realidad que hoy está siendo subsanada por la vía de jurisprudencia menor, de tal forma que el juez pudiera, al igual que está previsto en el artículo 162 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya, no acordar la prórroga o la rehabilitación de la patria potestad en atención a la edad y situación personal y social del padre y de la madre, el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz y sus relaciones personales, ordenando en estos casos la constitución de la tutela o de la curatela.

Con fundamento en los razonamientos precedentes, el Defensor del Pueblo está trabajando con el Ministerio de Justicia en una triple dimensión:

- En primer lugar, en orden a modificar el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con objeto de introducir la necesidad de contar con la autorización o comunicación judicial pertinente cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica, u otras restrictivas de la libertad individual o de otros derechos fundamentales, así como en aquellos casos que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, especialmente cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación del enfermo, que no está en condiciones de decidir por sí mismo.
- En segundo término, en aras a que el citado artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemple que el juez civil pueda autorizar tanto el tratamiento ambulatorio o el que se prescriba a los enfermos internados en centros de salud mental, para aquellos pacientes que lo rechazan de forma voluntaria, cuando exista un criterio médico que defienda la conveniencia de su aplicación, pudiendo en estos casos prestarse, por parte del Juez, la colaboración necesaria para que el tratamiento sea recibido por la persona que lo necesite.
- En tercer lugar, con el fin de modificar el artículo 171 del Código Civil, en el sentido de eliminar la prórroga automática de la patria potestad en los casos de personas incapacitadas, pudiendo el Juez no acordar esta prórroga en atención a las condiciones de los padres y de la relación de éstos con sus hijos.

Similares conclusiones a las expuestas al analizar las quejas tramitadas por la Institución del Defensor del Pueblo, se desprenden del análisis del **“Informe de situación de salud mental” elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo en octubre de 2002** y cuya difusión se ha efectuado en 2003. Por su extraordinaria relevancia se reflejan seguidamente algunas de las principales conclusiones de este informe, como son que:

- El proceso de reforma en el campo de la salud mental ha seguido un ritmo desigual en las distintas comunidades.

- La salud mental es una red especial y débilmente integrada en la red sanitaria general.
- Los centros de salud mental adolecen en muchos casos de una adecuada ratio de profesionales.
- En algunas comunidades no se ha producido la separación entre las funciones de atención específica a la salud mental y las ligadas a las necesidades residenciales y sociales de los pacientes.
- Debe mejorarse la clarificación del espacio sociosanitario en relación con los problemas específicos de pacientes con necesidades crónicas de atención a su salud mental.
- Se constata una gran diversidad en los sistemas de obtención, registro y evaluación de la información, carencias que dificultan el conocimiento de la realidad de la demanda y la respuesta de los sistemas.
- No existe, prácticamente, cartera de servicios en materia de salud mental.
- La carencia relativa de recursos en alguno de los elementos de la red se produce en todas las comunidades.

En resumen, la protección y atención socio-sanitaria a los enfermos mentales demanda una respuesta y una planificación adecuada por parte de los poderes públicos, si tenemos en cuenta las siguientes circunstancias:

- La separación entre el sistema sanitario y los servicios sociales,
- La crisis del modelo del Estado del Bienestar,
- Los cambios en la estructura y la forma de vida de las familias,
- El envejecimiento de la población en los países desarrollados,
- La incorporación de las mujeres al mercado laboral,
- El incremento de personas con enfermedades mentales (a título indicativo, sólo las personas enfermas de Alzheimer en España superan las 400.000, y su número será cada vez mayor) que son atendidas en el hogar,
- El desplazamiento de cuidados, cada vez más complejos, hacia el sistema informal, en un marco de contención del gasto sanitario, (una cama

hospitalaria cuesta 300€ diarios mientras el cuidado informal a los poderes públicos les sale gratis).

La atención sociosanitaria requiere, para lograr efectividad, solucionar una serie de problemas: en primer lugar, las diferencias estructurales entre el sistema sanitario y los servicios sociales en lo que se refiere a la fuerza del derecho de acceso, a los recursos disponibles y a la imagen social. Se debe potenciar los servicios sociales y reforzar determinados servicios sanitarios dentro de un continuo asistencial. Los servicios sociales son, hoy por hoy, un sistema subsidiario del papel asistencial de la familia, lo que sucede en mucha menor medida en el sistema sanitario. En segundo lugar, se trata de superar los recelos que emergen de culturas profesionales diferentes.

Se hace necesario crear un espacio común profesional y asistencial, con protocolos comunes para hacer frente a

las nuevas necesidades, articular un soporte institucional suficiente para los cuidadores informales, basado en servicio de información, formación, apoyo asistencial y respiro.

Es preciso la existencia de un nuevo marco institucional y normativo (Ley de Protección a la Dependencia y Ley de Derecho a los Servicios Sociales), un nuevo marco funcional adecuado y la necesaria suficiencia económica que haga efectivo el compromiso político con la protección a los enfermos mentales.

Queda mucho por hacer. Con Jornadas como la que hoy se celebra ayudamos a despertar la conciencia social y a que se oiga la voz de los enfermos más desprotegidos. Muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA:

- “Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España”. Defensor del Pueblo, 1.991
- “La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológico y otros aspectos conexos”. Defensor del Pueblo, 2000.
- “Informe de situación de salud mental”, del Observatorio del Sistema Nacional de Salud, 2002,
- “Población con enfermedad mental grave y prolongada” Fundación INTRAS, 2003,
- “El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad”, por M^a del Mar García-Calvente, Inmaculada Mateo-Rodríguez y Ana P. Eguiguren, (SESPAS)
- XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, celebradas en Castilla la Mancha en octubre de 2003.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO FORZOSO: EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO Y PROPUESTAS DE REGULACIÓN EN ESPAÑA

Luis Fernando Barrios Flores

Área de Derecho Administrativo.- Universidad de Alicante.

1. La experiencia norteamericana: 1.1. El tratamiento ambulatorio forzado. 1.1.1. Panorama de las legislaciones estatales. 1.1.2. La Ley Kendra. 1.2. Otras alternativas a la hospitalización. 2. Regulaciones de otros países. 3. La situación en España: 3.1. Propuestas de regulación. 3.2. Principios reguladores *de lege ferenda*. 3.3. Instrumento regulador que se propone. 4. Luces y sombras del tratamiento ambulatorio forzado.

En los últimos tiempos han aparecido en nuestro país propuestas innovadoras de regulación del llamado “tratamiento ambulatorio forzado”. La falta de precedentes de esta figura en nuestro ordenamiento remite necesariamente a un análisis de derecho comparado, con especial atención a las experiencias y regulaciones de Estados Unidos, país en el que, como se verá, este tipo de intervención involuntaria goza de generalizado respaldo normativo y amplio predicamento doctrinal, no exento de críticas a su eficacia e insuficiencia para resolver los problemas generales de la asistencia psiquiátrica. Precisamente las críticas que ha venido generando la aplicación de la Ley Kendra del Estado de Nueva York –y sobre la que centraré mi atención– serían probablemente extrapolables a una eventual implantación del sistema en nuestro país, por las razones que luego diré. No es Norteamérica, sin embargo, la única nación que conoce la figura objeto aquí de estudio. Haré por ello una breve referencia a otros Estados. Este breve *excursus* nos permitirá concluir la existencia de un relativamente amplio grado de implantación de esta modalidad asistencial en derecho comparado.

Después haré mención a la propuesta de regulación que ha surgido en nuestro al amparo de organizaciones cívicas, básicamente de familiares de enfermos mentales. Se hace preciso en este punto, con la vista puesta ante una futura regulación- incluir aquellos principios jurídicos que, en aras a la eficacia del tratamiento pero –al mismo tiempo- del más escrupuloso respeto a los derechos de los pacientes, debieran informar dicha normativa. Puede debatir-

se asimismo cuál es el instrumento normativo idóneo para contener dicha regulación, es decir a la fuente en que la misma se materializará. Y finalmente, el presente estudio contiene igualmente un epígrafe de conclusiones en el que pretendo dejar constancia de las luces y sombras de esta propuesta de innovación legislativa. Junto a las bondades de la misma, podremos comprobar que, en modo alguno, constituye la panacea que resuelva los endémicos males que aquejan a la asistencia en salud mental en España.

1. La experiencia norteamericana:

1.1. El tratamiento ambulatorio forzado.

1.1.1. Panorama de las legislaciones estatales.

A lo largo de los últimos años se ha producido en EE.UU. una progresiva implantación del llamado “tratamiento ambulatorio forzado”, hasta constituir hoy amplia mayoría los Estados que recogen en sus ordenamientos esta alternativa a la hospitalización psiquiátrica forzada¹. Previamente asociaciones profesionales, como la *American Psychiatric Association* (APA) ya habían manifestado la

¹ Cfr. TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*. Vol. 46, núm. 8.

admisibilidad, bajo ciertas condiciones, de este tipo de intervención terapéutica².

La mayor parte de los Estados de la Unión regulan esta institución al mismo tiempo que el internamiento forzoso³, si bien de forma heterogénea (unos Estados la admiten sólo tras un período de hospitalización mientras que otros acogen la posibilidad de su aplicación directa desde el ámbito extrahospitalario; unos Estados aplican patrones similares a los del ingreso involuntarios, mientras que otros emplean criterios distintos en el caso del tratamiento externo; varían las consecuencias del incumplimiento⁴). Con la incorporación de Florida el 30.6.2004 (con entrada en vigor de la regulación el 1.1.2005) en la actualidad son 42 los Estados que gozan de una regulación sobre tratamiento ambulatorio forzoso ("assisted outpatient treatment", OAT). Sólo ocho Estados no contemplan la

figura referida: Connecticut, Maine, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Jersey, New Mexico y Tennessee⁵.

Los modelos que han alcanzado mayor repercusión han sido el californiano (*Laura's Law*) y el neoyorkino (*Kendra's Law*). El primero, sobre el que se han vertido opiniones favorables en la doctrina⁶, regula un IOC (*Involuntary Outpatient Commitment*), posee unos elementos básicos muy similares a los de la Ley Kendra e incluso parte de similares criterios de aplicación (reciente hospitalización, episodios violentos próximos, probabilidad de incumplimiento del tratamiento y necesidad de tratamiento). Organiza un procedimiento legal similar al neoyorkino en cuanto a solicitud, audiencia y resolución judicial. La diferencia principal radica en que la ley californiana impone a los condados la obligación de garantizar que el tratamiento ordenado reúna unos significativos estándares y que se proporcione a los pacientes involuntarios el mismo tratamiento que el que reciben los voluntarios. Los mentados estándares son considerablemente más elevados que los preconizados por la Ley Kendra: equipos de base comunitarios, móviles, multidisciplinares y altamente entrenados con una adecuada ratio profesionales/pacientes. Además de ello se proporciona asistencia oficial a las familias que conviven con los enfermos mentales graves y una amplia red asistencial de apoyo⁷.

En los últimos tiempos una percepción, ya clásica, entre enfermedad mental y violencia⁸, se ha visto reforza-

² Me refiero en concreto, y a título de ejemplo, al Informe de la APA: "Involuntary Commitment to Outpatient Treatment. Task Force Report 26". Washington, DC, American Psychiatric Association, June 1987.

³ Alabama Code §§ 22-52-10.4 y 22-52-10.2; Alaska Stat. §§ 47.30.755, 47.30.915.7 y 47.30.915.10; Arizona Rev. Stat. § 36-540A y 36-501.4, 5, 15 y 29; Arkansas Code Ann. § 20-47-207.c; California Welf. & Inst. Code §§ 5250, 5008.h.1 y 5346.a y Assembly Bill 1421 (2002), *Laura's Law*; Colorado Rev. Stat. §§ 27-10-111.1 y 27-10-102.5; Delaware Code Ann. Tit. 16, §§ 5001.6 y 5010; District of Columbia Code Ann. § 21-545.b; Florida Stat. Ann. § 394.467.1 y § 394.4655; Georgia Code Ann. §§ 37-3-1.9.1 y 37-3-1.12.1; Hawaii Rev. Stat. §§ 334-60.2, 334-121 y 334.1; Idaho Code §§ 66-329.k, 66-317h, k, m y 66-339A; 405 Illinois Comp. Stat. 5/1-119; Indiana Code Ann. §§ 12-7-2-53, 12-7-2-96, 12-26-7.5.a, 12-26-14-1 y 12-26-6-8-a; Iowa Code §§ 229.14 y 229.1.15; Kansas Stat. Ann. §§ 59-2946.f t 59-2967.a; Kentucky. Rev. Stat. Ann. §§ 202A.026 y 202.A.011.2; Louisiana Rev. Stat. Ann., §§ 28:55.E.1 y 28:2.3, 4 y 10; Michigan Comp. Laws. Ann. § 330.1401; Minnesota Stat. Ann. §§ 253B.09.1, 253B.02.13.a. y 17 y 253B.065.5.b; Mississippi Code Ann. §§ 41-21-73.4 y 41-21-61.e; Missouri Ann. Stat. §§ 632.335.4, 632.005.9 y 632.350.5; Montana Code Ann. §§ 53-21-126.1 y 53-21-127.7; Nebraska Rev. Stat. §§ 433A.310.1 y 433A.115; New Hampshire Rev. Stat. Ann. §§ 135-C:34 y 135-C:27; New York Mental Hyg. Law §§ 9.31.c, 9.01 y 9.60.C; North Carolina Gen. Stat. §§ 122C-268.j, 122C-3.11, 122C-267.h, 122C-263.d.1 y 122C-271.a; North Dakota Cent. Code §§ 25-03.1-07 y 25-03.1-02.12; Ohio Rev. Code Ann. §§ 5122.15.C y 5122.01.B; Okla. Stat. Ann. Tit. 43A, §§ 1-103.13.a y 1-103.18; Or. Rev. Stat. § 426.005.1.d; 50 Pennsylvania Cons. Stat. Ann. §§ 7301A y 7304.f; Rhode Island Gen. Laws §§ 40.1-5-8.j, 10.1-5-2.7.i y 40.1-5-2.8; South Carolina Code Ann. §§ 44-17-580 y 44-23-10.1 y 2; South Dakota Codified Laws, §§ 27A-1-2 y 27A-1-1.4 y 5; Texas Health & Safety Code Ann. §§ 574.034 y 574.035; Utah Code Ann. §§ 62A-15-631.10, 62A-15-602.12 y 62A-15-602.13; Vermont Stat. Ann. Tit. 18, §§ 7611, 7101.16 y 7101.17; Virginia Code Ann. § 37.1-67.3; Washington Rev. Code Ann. §§ 71.05.240, 71.05.020.19, 71.05.020.14, 71.05.020.16 y 71.05.020.32; West Virginia Code, §§ 27-5-4.j y 27-1-12; Wisconsin Stat. Ann. §§ 51.20.1.a.1 y 51.20.1.a.2 y Wyoming Stat. Ann. §§ 25-10-110.j, 25-10-101.a.ix, 25-10-101.a.ii y 25-10-110.j.ii.

⁴ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: "Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud", XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Albacete, 21 de octubre de 2003, p. 39.

⁵ En estos Estados se regulan, eso sí, los internamientos psiquiátricos forzosos (de carácter civil): Connecticut Gen. Stat. Ann. §17-a-498c y 17a-495a; Maine Rev. Stat. Ann. Tit 34-B, § 3864A y § 3801.4; Maryland Code Ann., Health-Gen. § 10-632.e.2; Massachusetts Gen. Laws Ann. Ch. 123, § 8.a y § 1; Nevada Rev. Stat. § 433A.3.310.1 y 433 A.115; N.J. Stat. Ann. § 30:4-2.m, r, h, i; New Mexico Stat. Ann. § 43-1-11.c y 43-1-3.m y n y Tennessee. Code Ann. §33-6.501, respectivamente.

⁶ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, Winter, 2003, pp. 126-127.

⁷ Vid. Guía de la Ley Laura en la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/California/Guide-Lauras-Law-AB1421.htm>.

⁸ The Field Institute: "In Pursuit of Wellness, Vol. 4: A Survey of California Adults Regarding Their Health Practices and Interest in Health Promotion Programs", California Department of Mental Health, Mental Health Promotion Branch, 1984; WAHL, O.F.: "Public vs. Professional conceptions of schizophrenia", Journal of Community Psychology, Vol. 15, 1987, pp. 285-291; CLEMENTS, M.: "What We Say About Mental Illness", Prade Magazine, oct. 31, 1993, pp. 3-6; FRASER, M.E.: "Educating the public about mental illness: what will it take to get the job done", Innovations and Research, Vol. 3, 1994, pp. 29-31; PESOSOLIDO, B.A., MONAHAN, J., LINK, B.G. y otros: "The public's view of the competence dangerousness, and need for legal coercion of persons with mental health problems", American Journal of Public Health, Vol. 89, 1999, pp. 1339-1345.

da. Frecuentemente los medios de comunicación han servido para incrementar tal percepción (así por ejemplo con motivo de atentados de enfermos mentales contra políticos⁹ o con ocasión de asesinatos múltiples¹⁰). También los organismos oficiales han detectado esta tendencia, al señalar un incremento de episodios violentos protagonizados por enfermos mentales de hasta un 250% entre 1950 y 1996 en Estados Unidos¹¹. Ello explica en buena medida el auge de la institución que aquí se trata. Ha de tenerse en cuenta, además, la disminución de la población psiquiátrica hospitalizada en Estados Unidos en las últimas décadas. Mientras en 1955 se hallaban ingresados en instituciones psiquiátricas 559.000 personas, en 1992 sólo lo estaban 83.320¹².

Centraré mi campo de análisis en el segundo de los modelos, el neoyorkino, probablemente sobre el que más se ha escrito.

1.1.1. La Ley Kendra.

Con anterioridad a la Ley Kendra en el Bellevue Hospital de Nueva York se inició, en 1994, la aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio (el *Bellevue Pilot Project*)¹³. Precisaba, para su aplicación, la concurrencia de los siguientes criterios: a) pacientes de más de 18 años, b) padecimiento de una enfermedad mental, c) juicio clínico de incapacidad del paciente de sobrevivir con seguridad en comunidad sin supervisión, d) previa hospitalización en el Bellevue Hospital, e) historial de ausencia de cumplimientos con el tratamiento que hubiera requerido la hospitalización en al menos dos ocasiones en los últimos 18

⁹ ANGERMEYER, M.C., MATSCHINGER, H.: "Violent attacks on public figures by persons suffering from psychiatric disorders: their effects on the social distance towards the mentally ill", *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 245, 1995, pp. 159-164. Analizan los autores dos agresiones padecidas por políticos alemanes.

¹⁰ Cfr. en este sentido el estudio hecho por el New York Times el 9-12.4.2000 que analizó 100 de estos casos de las últimas 5 décadas, apreciando que el 48% de ellos tenían alguna forma de diagnóstico psiquiátrico, a menudo esquizofrenia.

¹¹ U.S. Department of Health and Human Services: Mental Health: A Report of the Surgeon General, Rockville, Md: U.S. Department of Health and Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Center for Mental Health Services, National Institutes of Health, National Institute of Mental Health, 1999.

¹² ATAY, J.E., WITKIN, M.J. y MANDERSCHIED, R.: *Addition and Resident Patients at End of Year, State and County Mental Hospitals by Aged and Diagnosis, by State, United States, 1992*, Rockville, Med. Center for Mental Health Services, 1992.

¹³ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?. How Kendra's Law erodes Fundamental Rights of the Mentally Ill", *Journal of Law and Policy*, 2002, pp. 325-329.

meses, f) escasa probabilidad de que el paciente, a causa de su enfermedad mental, cumpla voluntariamente con el plan de tratamiento propuesto, g) indicación terapéutica del tratamiento ambulatorio forzoso a fin de prevenir recaídas o deterioros que pudieran provocar daños al propio paciente o a terceros, h) presunción de que el tratamiento ambulatorio forzoso sea beneficioso al paciente, e i) disposición y capacidad del hospital para proporcionar el tratamiento ambulatorio forzoso ordenado.

Tras la implantación de este Programa se llevaron a cabo dos estudios evaluadores que pusieron de relieve: por un lado, la inexistencia de una diferencia significativa en cuanto a tasas de rehospitalizaciones entre grupos de pacientes sometidos o no a órdenes judiciales de tratamiento ambulatorio forzoso – lo que hizo patente la relativa ineffectividad de las resoluciones judiciales de imposición de tratamiento ambulatorio¹⁴ – y, por otro, la necesidad de una mejora de los servicios asistenciales¹⁵.

Posteriormente en Nueva York aconteció un drama que actuaría como revulsivo y centraría el interés de los medios de comunicación, pero también del legislador estatal. El 3 de enero de 1999 Andrew Goldstein, un esquizofrénico que no recibía tratamiento, empujó a una mujer al paso del metro, ocasionándole la muerte por decapitación¹⁶. En evitación de tragedias similares¹⁷ un año después

¹⁴ MORAN, Mark: "Coercion or Caring?", *American Medicine News*, 17.4.2000; accesible en la URL: http://www.ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick_00/hlsa0417.htm y RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: "The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States", 2001; disponible en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

¹⁵ POLICY RESEARCH ASSOCIATES, Inc.: "Final Report: Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program", 1998 y TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: "Report of the Bellevue Hospital Center Outpatient Commitment Pilot Program", de 19.2.1999. El Informe íntegro elaborado por los mencionados integrantes del Departamento de Psiquiatría del Bellevue Hospital de Nueva York (Telson era el Director del "Outpatient Commitment Pilot Program") en la URL: <http://www.psychlaws.org/MedicalResources/Bellevue%20Report%20%20web.htm>. Con acceso el 1 de junio de 2004.

¹⁶ El caso tuvo amplia resonancia en los medios de comunicación neoyorkinos: HABERMAN, Maggie et al: "Woman, 32, Is Pushed to Her Death in Subway Horror", *New York Post*, 4.1.1999, p. 4 y SANDERSON, Bill: "Horror on the Tracks: Woman Killed in Subway Nightmare, Pushed from Platform by Man who had 'Urge'", *New York Post*, 4.1.1999, p. 2.

¹⁷ El 15 de noviembre de 2001 tuvo lugar otro incidente similar cuando un enfermo mental, Jackson Roman, que había salido de un hospital psiquiátrico el mes anterior tras una estancia de un año, arrojó a la vía a

se aprobó una Ley, conocida precisamente con el nombre de la víctima de aquel suceso, Kendra Webdale. Es incontestable la notable influencia que en este caso y en esta ley tuvieron los *media*¹⁸.

La Ley¹⁹ tiene por finalidad básica dar cobertura a los tribunales para dictar órdenes de tratamiento compulsivo para individuos que, padeciendo enfermedades mentales graves, no reúnan los criterios para un ingreso involuntario. Se pretende pues establecer un mecanismo preventivo del acto dañoso²⁰.

La Ley Kendra estructura un programa de Tratamiento Ambulatorio Asistido (*Assisted Outpatient Treatment*, AOT) que proporciona unos "servicios de supervisión" (*case management*, CM) y un "tratamiento comunitario asertivo" (*assertive community treatment*, ACT²¹) a los individuos que padezcan una enfermedad mental, a la vez que puede incluir otros servicios asistenciales autorizados por los tribunales que pueden consistir en: medicación; periódicos análisis de sangre u orina a fin de verificar el cumplimiento de las prescripciones médicas; terapia individual o grupal; programación diaria o parcial de actividades; actividades educativas y de formación profesional; verificación de consumo de alcohol o drogas; supervisión de actividades, y otros servicios (§ 9.60.a.1 Mental Hygiene Law, en adelante MHL²²).

El *Assertive community treatment* es una modalidad de tratamiento que emplea un equipo que satisfaga la prestación de servicios, el tratamiento psiquiátrico en el

otra mujer, Latchmie Ramsamy en la Gran Estación Central del Metro neoyorkino. Nuevamente los medios se hicieron eco de la noticia: JONES, Richard Lezin: "Suspect in Subway Attack Has a History of Violence", New York Times, 17.11.2001.

¹⁸ WINICK, Bruce J., KRESS, Ken y PERLIN, Michel L.: "Therapeutic Jurisprudence and Outpatient Commitment Law", Psychology, Public Policy and Law, March/June, 2003, p. 114.

¹⁹ En la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/NewYork/GuideKL.htm> está disponible una Guía de la Ley Kendra. Una visión general sobre sus primeros cuatro años de aplicación en NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH: "An Interim Report on the Status of Assisted Outpatient Treatment", New York, 1.1.2003.

²⁰ WATNICK, Ylissa L.: "A Constitutional Analysis of Kendra's Law: New York's Solution for Treatment of the Chronically Mentally Ill", University of Pennsylvania Law Review, Vol. 149, 2001, p. 1192 y FLUG, Margo: "No Commitment...", op. cit.

²¹ Cfr. MORAN, Mark: op. cit.

²² En la URL: <http://www.psychlaws.org/LegalResources/StateLaws/NewYorkstatute.htm> es accesible la Hygiene Mental Law de Nueva York.

medio comunitario, la rehabilitación y medidas de apoyo²³. El ACT se estructura en torno a un equipo interdisciplinario compuesto por 10-12 profesionales, gestores, psiquiatras, enfermeras y trabajadores sociales que cubre la asistencia 24 horas al día los siete días de la semana, garantizando un plan integral de tratamiento, continuidad del equipo asistencial y reducido número de pacientes a cargo (cada profesional atiende a 10 pacientes como máximo). La opinión doctrinal es claramente favorable al ACT en concurrencia con otras modalidades de tratamiento ambulatorio²⁴.

El *case management* es un método muy similar al ACT, si bien a diferencia de éste deriva a los pacientes a servicios oficiales, mientras que el ACT, por definición proporciona asistencia directamente a los pacientes en un medio comunitario y a través de un equipo multidisciplinario. El CM coordina el tratamiento y los cuidados en un medio comunitario. Abarca el desarrollo de planes asistenciales, demanda asistencial y el mantenimiento de la relación con los pacientes.

Según la Ley Kendra para la aplicación del tratamiento ambulatorio forzoso han de reunirse los siguientes criterios (§ 9.60.c de la Mental Hygiene Law):

1. Que el paciente sea mayor de 18 años
2. Que padezca una enfermedad mental.
3. Que sea improbable que sobreviva con seguridad en sociedad sin supervisión clínica.
4. Que haya protagonizado una historia de falta de compromiso con el seguimiento del tratamiento de su enfermedad mental. Lo que se traduce en que:
 - a. Al menos en dos ocasiones dentro de los últimos 36 meses haya precisado la hospitalización o recibido asistencia en una institución forense o mental correccional, sin incluir el tiempo de hospitalización o encar-

²³ Cfr. RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: "The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States", 2001; disponible en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

²⁴ SCOTT, J.E. y DIXON, L.B.: "Assertive Community Treatment and Case Management for Schizophrenia", Schizophrenia Bulletin, Vol. 21, núm. 4, 1995, pp. 657-668.

celamiento inmediatamente precedente a la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso.

- b. Haya protagonizado uno o más actos de violencia grave hacia sí o hacia otros, o amenazas o intentos de dañarse a sí mismo o a terceros dentro de los últimos 48 meses, sin incluir el tiempo de hospitalización o encarcelamiento inmediatamente precedente a la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso.
5. Que sea poco probable que el paciente, como resultado de su enfermedad mental, se comprometa voluntariamente a seguir el plan de tratamiento propuesto.
 6. Que, a la vista, de la historia del paciente y de su conducta, éste esté necesitado de tratamiento ambulatorio a fin de prevenir recaídas o deterioros derivados y los daños a sí mismo o a terceros definidos en la § 9.01 MHL.
 7. Que sea probable que el paciente se beneficie del tratamiento ambulatorio.

Los criterios aquí enumerados serán menos estrictos que los requeridos para la hospitalización involuntaria, la cual necesita además la concurrencia de peligrosidad o incompetencia²⁵.

En cuanto al requisito del cómputo en el historial de elusión del tratamiento (§ 9.60.c.4 MHL) en *In re Weinstock*, 723 N.Y.S.2d 617 (N.Y. Sup. Ct. 2001) se estableció que la falta de autocontrol de un paciente durante su ingreso en un establecimiento psiquiátrico es indicativa de una potencial conducta violenta en el medio externo, y por ello es “relevante a la hora de evaluar el potencial violento en comunidad”. En consecuencia, la falta de compromiso con el tratamiento dentro de la institución psiquiátrica puede ser indicativa de la necesidad de aplicar un AOT. Se une esta resolución a lo ya establecido en *In re Dailey*, 185 Misc. 2d 506 (N.Y. Sup. Ct. 2000), cuando se señaló que la actual hospitalización sí puede ser computada como una

de las dos hospitalizaciones a que hace referencia el citado § 9.60.c.4 MHL²⁶.

Ha de tenerse en cuenta que algunos criterios, como los establecidos en los apartados 3 y 5 evidentemente requieren un pronóstico que excede del ámbito de actuación del psiquiatra o del psicólogo²⁷.

La autorización judicial para la aplicación del AOT (*assisted outpatient treatment*) (§ 9.60.e MHL) ha de recaerse del Tribunal Supremo del Estado o del Condado en el que el sujeto concernido resida, e inicialmente sólo podrá ser solicitada por las siguientes personas (§ 9.60.e.1 MHL):

- a. Cualquier persona mayor de 18 años que conviva con el sujeto a tratar.
- b. Los padres, esposo/a, hermano/a mayor de 18 años o hijo mayor de 18 años del sujeto a tratar.
- c. El director del hospital en el que el sujeto a tratar permanece hospitalizado.
- d. El director de una organización pública o privada, agencia o servicios asistenciales de enfermos mentales de la institución en la que el paciente reside.
- e. Un psiquiatra titulado que supervise o trate al paciente.
- f. El director de los servicios comunitarios o persona por él designada.
- g. El oficial de libertad condicional asignado para la supervisión del sujeto concernido.

La solicitud deberá concretar (§ 9.60.e.2 MHL):

- a. El cumplimiento de los criterios de ingreso reseñados en el § 9.60.c MHL.
- b. Los hechos en los que se fundamenta la petición.
- c. La constatación de que el sujeto para el que se solicita autorización residirá en la demar-

²⁵ FLUG, Margo: “No Commitment...”, op. cit., p. 107. En el mismo sentido se manifiesta WATNICK, Ylissa L.: “A Constitutional Analysis of Kendra’s Law...”, op. cit., pp. 1213-1214.

²⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION: “Civil Commitment. Case Law Development”, Mental and Physical Disability Law Reporter, may-jun. 2001, p. 340.

²⁷ TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: “Report of the Bellevue...”, op. cit.

cación del condado en el que se solicita la misma.

La solicitud irá acompañada de una certificación o declaración jurada de un médico, en quien no concurra la condición de solicitante de la autorización, en la que se hará constar (§ 9.60.3.e MHL):

- a. Que ha examinado personalmente al paciente dentro de los diez días precedentes a la presentación de la solicitud, recomienda el AOT y que se compromete a prestar testimonio de ello en la audiencia. Sin su presencia no podrá dictarse orden de AOT (§ 9.60.h.2 MHL). Se requerirá que el facultativo testimonie acerca de la concurrencia de criterios de aplicación del AOT, así como en su caso la medicación prescrita y forma de administración -autoadministrada o por medio de personal adecuado- (§ 9.60.h.4 MHL). Si el sujeto concernido se negara al examen el tribunal podrá ofertar que dicho examen se lleve a cabo por un médico designado por el propio tribunal y si el sujeto no consintiera en ello y el órgano jurisdiccional estimara razonables las alegaciones que fundamentan la solicitud de aplicación de una orden de AOT, podrá ordenar a los agentes de paz, policías u oficina del sheriff que tomen al eventual paciente bajo custodia y lleven a cabo el traslado a un hospital a efectos de evaluación médica, retención que no excederá del plazo de 24 horas (§ 9.60.h.3 MHL).
- b. Que personalmente o a través de una persona por él designada ha intentado en los diez días previos a la presentación de la solicitud convencer al paciente para que coopere en su tratamiento, no consiguiendo persuadirle de ello, por lo cual considera que reúne los criterios de aplicación de un AOT, comprometiéndose además a prestar testimonio de todo ello en la audiencia referida.

Cuando se proporcione información falsa o se emita falso testimonio en la petición o en la audiencia ante el tribunal se responderá penalmente de ello (§ 9.60.p MHL).

Tras la presentación de la solicitud, y habiéndose notificado la misma a las personas reseñadas en el § 9.60.f MHL, el tribunal fijará una audiencia dentro de los tres días siguientes a la recepción de la petición (excluyendo de

tal cómputo sábados y festivos), admitiéndose solo un aplazamiento por causa justificada (necesidad de evaluación médica o instauración urgente de tratamiento del paciente). Tras las notificaciones oportunas, se celebrará la audiencia, en la que estará presente el candidato a la aplicación del programa de intervención, salvo que no se presente, en cuyo caso la audiencia podrá celebrarse en ausencia (§ 9.60.h.1MHL). El paciente tiene derecho a ser representado por el Servicio Legal de Higiene Mental o por un asesor a su costa (§ 9.60.g MHL).

La autorización de AOT no se dictará sin que se previamente se proponga un Plan de Tratamiento (*Treatment Plan*) escrito que incluirá la relación de organismos o medios asistenciales para llevarlo a cabo. Los médicos que presten testimonio en la audiencia explicitarán el contenido del plan, la racionalidad del mismo y los hechos que justifican que el mismo es la alternativa menos restrictiva para el paciente. Si además incluyera prescripción farmacológica, el testimonio médico se extenderá el tipo de medicación recomendada, dosis, los efectos benéficos de la misma y forma de administración (§ 9.60.i MHL).

Cualquier modificación del Plan de Tratamiento requiere la aprobación del tribunal, salvo que dicho cambio estuviera previsto en la propia autorización judicial (§ 9.60.j.6 MHL).

Tras la audiencia:

- Si el tribunal considerara que no se reúnen los criterios de aplicación de AOT, se rechazará la solicitud (§ 9.60.j.1 MHL).
- Si el tribunal estimara que se reúnen los criterios de aplicación y no es factible una alternativa menos restrictiva, dictará orden de aplicación del AOT por un período inicial que no excederá de 6 meses (§ 9.60.j.2 MHL).
- Si el tribunal concluyera que el paciente reúne los requisitos de aplicación del AOT, pero aún no se ha suministrado un Plan de Tratamiento, ordenará al director de los servicios comunitarios la elaboración de dicho Programa, en un plazo que no excederá de tres días.

La autorización judicial concernirá al Plan de Tratamiento propuesto, pudiendo ordenarse la administración de medicación psicotrópica, en régimen de autoadministración o por personal autorizado, a la vez que

especificará el tipo de medicación psicotrópica (§ 9.60.j.4 MHL).

Si el Director de la institución hospitalaria en la que está gestionado el AOT considerara pertinente prolongar la asistencia al paciente, solicitará antes de la expiración de la primera autorización judicial una segunda orden autorizatoria de la continuación, por un tiempo que no exceda de un año. Ulteriores prolongaciones del tratamiento requieren que se cumplan los requisitos establecidos en el § 9.60.c.4.i y ii MHL (§ 9.60.k MHL).

Cualquiera de las resoluciones judiciales aquí indicadas pueden ser apeladas en la forma prescrita en el § 9.35 MHL (§ 9.60.m MHL).

En el caso que un paciente incumpla el Plan de Tratamiento, y tras los fallidos intentos del facultativo porque se comprometa a cumplirlo, éste podrá solicitar del director de la institución de seguimiento, la persona por él designada o alguno de los referidos en la § 9.37 MHL a que se proceda al ingreso hospitalario, pudiendo requerirse a estos efectos el concurso de oficiales de paz o de policía o de miembros de la oficina del sheriff para la custodia y traslado al hospital en donde esté implantado el AOT o a algún otro hospital autorizado a estos efectos por el Director de Servicios Comunitarios²⁸. El sujeto refractario al tratamiento podrá ser retenido para observación y tratamiento por un plazo que no exceda de 72 horas, estableciéndose por un facultativo si dicho sujeto padece una enfermedad mental y precisa de internamiento involuntario más allá del referido plazo. De ser ello preciso se seguirá el procedimiento legalmente previsto para el ingreso involuntario. Por el contrario si se estimara que el sujeto no reúne los requisitos del ingreso involuntario y manifestara su desacuerdo con seguir ingresado, será liberado.

La normativa hasta aquí descrita entró el vigor el 8.11.1999 y dejará de estarlo, en principio, el 30 de junio de 2005.

El empleo de medicación psicotrópica afecta a los procesos mentales por lo que los tribunales y la doctrina norteamericanas han admitido que, en principio, la medi-

cación psicotrópica forzosa infringe el interés protegido por la 1ª Enmienda de la Constitución que salvaguarda la integridad de los procesos mentales de toda interferencia gubernamental salvo que concurra un estado de necesidad²⁹, siendo por ello de aplicación la cláusula del debido proceso en materia de prueba (“evidencia clara y convincente” de la legitimidad de la intervención psiquiátrica forzosa)³⁰. Las limitaciones a una injustificada intervención psiquiátrica forzosa ya fueron consagradas en *O’Connor v. Donaldson* es donde se estableció que: “Un Estado constitucional no podía confinar sin más a un individuo no peligroso que fuera capaz de sobrevivir en libertad por sí mismo o con la ayuda de familiares y allegados”³¹.

El nudo gordiano del tratamiento ambulatorio forzoso se sitúa en la constitucionalidad, desde el principio de libertad, de esta medida restrictiva. Como afirma Winick³², el tratamiento psicofarmacológico impuesto sí afecta al derecho reconocido en sede constitucional que en principio tiene el paciente para rechazar el tratamiento³³. Para que sea legítima la intervención coercitiva que el tratamiento ambulatorio forzoso comporta, es preciso que la medicación psicotrópica involuntaria sea administrada en caso de necesidad, salvo el supuesto de la administración carcelaria en el que se requiere un menor estándar de exigencia³⁴. Distintos son los fundamentos de una eventual intervención coactiva³⁵:

- Si la intervención se fundamenta en el poder de policía, es decir en la facultad de prevenir los atentados al orden social, será preciso demostrar

²⁸ Cfr. sobre el marco jurídico de la actuación policial en urgencias psiquiátricas en nuestro país: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Policía y urgencia psiquiátrica II: La responsabilidad por suicidio”, Servicios de la Policía Municipal, Segunda época, Año V, núm 48, 2002, pp. 9-16 y “Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial”, Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Edición V (Junio-julio 2003). Disponible en la URL: <http://www.psiquiatrialegal.org/archivo.htm>.

²⁹ *En Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984) se afirma: “[t]he First Amendment protects communication of ideas, which itself implies protection of the capacity to produce ideas”. En la doctrina WINICK, Bruce J.: “The right to refuse mental health treatment: A First Amendment perspective”, University of Miami Law Review, Vol. 44, 1989, pp. 1-103 y WINICK, Bruce J.: The right to refuse mental health treatment, American Psychological Association, Washington DC, 1997, capítulos 5 y 15. Cfr. Igualmente “Developments in the Law, Civil Commitment of the Mentally Ill”, Harvard Law Review, Vol. 87, 1974, pp. 1191 y ss.

³⁰ BRAKEL, S.J., PARRY, J. y WEINER, B.: The Mentally Disabled and the Law, 3ª edic., 1985, pp. 66-71.

³¹ *O’Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975), cita en p. 576.

³² WINICK, Bruce J.: “Outpatient Commitment...”, op. cit., p. 114.

³³ Cfr. ampliamente WINICK, Bruce J.: The right to refuse..., op. cit.

³⁴ *Washington v. Harper*, 494 U. S. 210 (1990).

³⁵ Ampliamente desarrollado en los capítulos 15 y 16 de WINICK, Bruce J.: The right to refuse mental health treatment, op. cit.

que efectivamente el sujeto es peligroso, que el riesgo de daño es inminente y que la administración de psicofármacos es el medio menos lesivo de los posibles³⁶.

- Si el fundamento se busca en la facultad *parens patriae*, será en este caso preciso demostrar que el individuo concernido es efectivamente incompetente para adoptar una propia decisión sobre su tratamiento, que la medicación prescrita es la adecuada y que en su mejor interés no existe otra alternativa menos restrictiva para prevenir un eventual daño.

El tratamiento ambulatorio forzoso puede aplicarse incluso a aquellos pacientes que reúnan los criterios para la aplicación de un internamiento forzoso, aunque deberá satisfacer el mismo escrutinio de constitucionalidad que el internamiento involuntario y la administración forzosa de tratamientos psiquiátricos³⁷. De no satisfacerse el estricto estándar que aquí se señala, podría hablarse de un daño injustificado a la privacidad corporal, a la integridad mental y a la autonomía individual, todo lo cual constituiría una vulneración de derechos constitucionales³⁸. Recuérdese el derecho que, en principio tienen los pacientes ambulatorios a rechazar un tratamiento³⁹.

Indudablemente uno de los principales problemas que plantea el tratamiento ambulatorio forzoso son las dificultades para establecer con una cierta exactitud un pronóstico sobre el futuro comportamiento del paciente en relación a su seguimiento de la medicación, posibles descompensaciones graves de no ser tratado, la capacidad del paciente para reasumir la necesidad de tratamiento ante el advenimiento de síntomas graves o, en general, la peligrosidad del paciente⁴⁰.

³⁶ STEFAN, S.: "Preventive Commitment: The concept and its pitfalls", *Mental & Physical Disability Law Reporter*, Vol. 11, núm. 1987, pp. 288-296.

³⁷ WINICK, Bruce J.: "Outpatient Commitment...", op. cit., p. 114.

³⁸ Así lo defiende WINICK, Bruce J.: *The right to refuse mental health treatment*, op. cit.

³⁹ GEISELMAN, B.: "Informed refusal: the patient's influence on long-term treatment", *Pharmacopsychiatry*, Vol. 27 (Supp.), 1994, pp. 58-62.

⁴⁰ Las dificultades que plantea tal juicio pronóstico y la aparición de nuevos instrumentos de evaluación de riesgos que por el contrario incrementan la capacidad predictiva sobre la peligrosidad del sujeto en WINICK, Bruce J.: "Applying the law therapeutically in domestic violence cases", *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 69, 2000, pp. 33-91.

De lo que no parece que quepa albergar dudas es sobre el hecho de que la Ley Kendra hace más fácil el internamiento de enfermos mentales que se resisten al tratamiento y "ha relajado el estándar para el tratamiento involuntario"⁴¹.

La Ley Kendra ha sido cuestionada ante algunos órganos jurisdiccionales⁴². En el caso *Urcuyo*⁴³ se planteó la eventual violación de la cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*) garantizada por las Constituciones estatal neoyorkina y federal norteamericana. Sin embargo, el tribunal, basándose en el hecho de que los pacientes tienen garantizado su activa participación en el Plan Terapéutico, declaró que la Ley Kendra no violaba tal derecho constitucional. Es más, se afirmó también que la Ley Kendra ni imponía un tratamiento médico forzoso ni tampoco medidas punitivas en caso de incumplimiento del Plan; todo lo más dejaba en manos del médico la posibilidad de proceder a la hospitalización.

Posteriormente en el caso *Martin*⁴⁴ volvió a cuestionarse la constitucionalidad de la Ley mencionada. Los demandantes afirmaron que el respeto al derecho al debido proceso y a una igual protección requieren demostrar la incapacidad del sujeto antes de proceder a implantar un tratamiento involuntario. El tribunal nuevamente confirmó la constitucionalidad de la Ley Kendra al hacer notar que en el marco de la misma se invitaba al paciente a participar en la formulación del Plan Terapéutico, no imponiéndosele la medicación forzosa o el tratamiento en caso de incumplimiento de aquel, ya que solo amparaba que en base a la prescripción facultativa se procediera, en su caso, a la rehospitalización, que en modo alguno era automática.

Frente a estas resoluciones se hace necesario indicar que en la práctica la Ley Kendra puede ser menos protectora de los intereses individuales y además ningún tribunal ha definido el significado de lo que ha de entenderse por nivel de participación suficiente a fin de proteger el *due process*. Además, se ha tachado igualmente de inconstitucional la Ley Kendra por otro tipo de motivos, como el

⁴¹ WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 y FLUG, Margo: "No Commitment...", op. cit., p. 107, respectivamente.

⁴² O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., pp. 334-336.

⁴³ In re *Urcuyo*, 714 N.Y.S. 2d 862, 865-870 (N.Y. Sup. Ct. 2000).

⁴⁴ In re *Martin*, N.Y.L.J., Jan. 9, 2001, p. 31 (N.Y. Sup. Ct. Jan. 8, 2001).

alto grado de discrecionalidad judicial en las solicitudes de revisión⁴⁵.

Veamos a continuación algunos de los cuestionamientos de la Ley Kendra en sede de los derechos del paciente⁴⁶:

- En lo relativo al derecho a asesoramiento, es cierto que la Ley Kendra encomienda esta tarea al *Mental Hygiene Legal Services* (§§ 9.07 y 9.09 MHL), el cual provee al paciente de abogado. Sin embargo surgen diferentes problemas prácticos. Por un lado, porque no se especifica con claridad en qué momento surge tal prestación. Por otro, el tiempo que se marca para la celebración de la audiencia -tres días- parece insuficiente para elaborar una defensa idónea e incluso para hablar con el paciente-cliente. Tampoco se establece el deber de notificar al abogado la orden judicial en caso de incumplimiento del Plan Terapéutico.
- En cuanto al derecho a determinar el curso del propio tratamiento, los tribunales neoyorkinos vienen reconociendo que el adulto tiene derecho a decidir lo que se haga con su cuerpo, y en consecuencia, a determinar el curso del propio tratamiento. La Ley Kendra en tal sentido vulneraría dicho derecho al permitir la hospitalización del paciente refractario al tratamiento, y además admite recabar apoyo policial para ello. Y debido a que el derecho a rechazar el tratamiento es quizás la última expresión de la autonomía del enfermo mental, tal vez hubiera de quedar mejor protegido. Téngase en cuenta en este sentido que en el caso *Rives v. Katz*⁴⁷ se estableció que el Estado puede proceder a la administración medicación forzosa a pesar de las objeciones que lleve a cabo el paciente solo cuando éste presente un peligro propio o ajeno o cuando el sujeto concernido no posea capacidad para decidir por sí mismo. Por ello, “la cláusula del debido proceso de la Constitución del Estado de Nueva York, otorga a los pacientes involuntariamente ingresados el derecho fundamental a rechazar medicación antipsi-

cótica”⁴⁸, lo que implica que el tribunal deba realizar una evaluación de la incompetencia o peligrosidad del paciente antes de permitir la medicación forzosa. Bien entendido, que el hecho de que el paciente rechace la medicación no conlleva, *per se*, que pueda calificársele de incompetente. Los tribunales⁴⁹, y también la doctrina,⁵⁰ han confirmado que los pacientes mentales pueden actuar competentemente.

- En lo que al derecho a la confidencialidad médica concierne se ha tachado a la Ley Kendra de infringir la misma desde el momento en que se permite el testimonio de los facultativos asistenciales en las audiencias judiciales. En este sentido se ha afirmado que el privilegio terapéutico debería impedir a los médicos asistenciales prestar testimonio ante los tribunales. Al respecto ha habido diversos pronunciamientos: en *Amin v. Rose F.*⁵¹ se concluyó que el privilegio no era aplicable en las audiencias del *Assisted Outpatient Treatment*; en *In re Sullivan*⁵², sin embargo, se limitó el testimonio de un médico, concretamente señaló la existencia de una distinción entre hechos e informaciones, extendiéndose el privilegio terapéutico solo a las segundas. El problema estaría en que distinguir “hechos” e “informaciones” no siempre es fácil⁵³.

1.2. Otras alternativas a la hospitalización.

El tratamiento ambulatorio involuntario puede adoptar tres formas:

⁴⁸ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337, 492 (N.Y., 1986).

⁴⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), cert. Denid, 429 U.S. 922 (1976); *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990) y *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990).

⁵⁰ *BROOKS, William M.*: “A Comparison of a Mentally Ill Individual’s Right to Refuse Medication under the United States and the New York State Constitution”, *Touro Law Review*, Vol. 8, núm. 1, 1991 y *WINICK, Bruce, J.*: “The MacArthur Treatment Competence Study: Legal and Therapeutic Implications”, *Psychol. Pub. Pol.’y & Law*, Vol. 2, núm. 137, 1996.

⁵¹ *Amin v. Rose F.*, N.Y.L.J., Dec. 7, 2000, p. 31.

⁵² *In re Sullivan*, 710 N.Y.S. 2d 804, 805 (N.Y. Sup. Ct. 2000).

⁵³ Cfr. sobre la necesidad de evitar la dualidad asistencial-pericial mi trabajo: *BARRIOS FLORES, Luis Fernando*: “Imparcialidad y objetividad del perito psiquiatra”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 248, 2000, pp. 9-43.

⁴⁵ *O’CONNOR, Erin*: “Is Kendra’s Law a Keeper?...”, op. cit., pp. 337-338.

⁴⁶ *O’CONNOR, Erin*: “Is Kendra’s Law a Keeper?...”, op. cit., pp. 339 y ss.

⁴⁷ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337 (N.Y., 1986).

- La liberación condicional del paciente hospitalizado⁵⁴. En esta modalidad se condiciona la deshospitalización al cumplimiento del plan de tratamiento. Son por tanto el hospital o el médico quienes generalmente sin intervención judicial alguna, señalan los términos del compromiso. Si se diera el incumplimiento por parte del paciente el médico procedería a la rehospitalización si lo considerara oportuno. Junto a Nueva York (§ 29.15 MHL) son muchos los Estados que admiten esta modalidad⁵⁵. El tipo de compromiso que efectúa el paciente en la *conditional release* obedece a un esquema muy similar a la libertad condicional del medio penitenciario. Precisamente en el Estado de Nueva York dos resoluciones judiciales referentes a dicho medio⁵⁶ han confirmado que aunque se produzca una remisión del cuadro psiquiátrico e incluso el paciente no lleve a cabo actos violentos, un profesional de la salud mental puede decidir que el sujeto es aún enfermo y peligroso, lo que justificaría la aplicación de la *conditional release*⁵⁷.
- El tratamiento ambulatorio como medida menos restrictiva que la hospitalización⁵⁸. Tiene lugar cuando, tras comprobar que se reúnen los criterios para una hospitalización el tribunal discrecionalmente autoriza el tratamiento ambulatorio como alternativa menos restrictiva a aquella. Numerosos Estados –no así el de Nueva York– admiten esta modalidad⁵⁹.

- La intervención preventiva. A esta última modalidad pertenece la Ley Kendra. Esta modalidad de tratamiento no requiere la concurrencia de peligrosidad a fin de ordenar la intervención más significativa: la medicación forzosa. Para parte de la doctrina esta modalidad no es sino una reacción frente al auge de las posiciones sobre autonomía del paciente mental de las dos últimas décadas, constituyendo una mera forma de intimidación judicial⁶⁰.

2. Otras regulaciones foráneas.

Otros países también conocen figuras de tratamiento ambulatorio forzoso. Del Rosal y Ferreirós⁶¹ dan cuenta de algunos de ellos:

- Canadá, en donde se recogen regulaciones sobre *community treatment orders* en cuatro provincias (Saskatchewan, Columbia Británica, Manitoba y Ontario).
- Nueva Zelanda, que incluye una regulación de *Compulsory treatment orders* y *Community treatment orders*, en su *Mental Health Act* de 1992 (reformada en 1999).
- Australia en donde varias regiones presentan regulaciones similares. Así, Sur de Australia (*Mental Health Act* de 1993. Principalmente los artículos 20 y ss.), Oeste de Australia (*Mental Health Act* de 1996, artículos 65 y ss.), Queensland (*Mental Health Act* 2000, principalmente artículos 109.2.b y 117), Nueva Gales del Sur (*Mental Health Act* 1990, artículos 131 y ss.) o para la Capital (*Mental Health [Treatment and Care] Act* de 1994, artículos 26.2 y ss.)⁶².

⁵⁴ Cfr. HINDS, Jillane T.: "Involuntary Outpatient Commitment for the Chronically Mentally Ill", *Nebraska Law Review*, Vol. 69, 1990, pp. 356-358.

⁵⁵ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., p. 320, nota 29.

⁵⁶ In the Matter of George, 85 N.Y. 2d 295, 624 N.Y.S.2d 99 (1995) y In the Matter of Francis S., 206 A.D.2d 4, 618 N.Y.S.2d 660 (1st Dep't 1994).

⁵⁷ Sobre el grado de vigencia actual de esta institución vid. STAVIS, Paul F.: "Conditional discharge: A Very Old Idea Whose Time Has Returned", *Quality of Care Newsletter*, Issue 63, April-May 1995.

⁵⁸ Cfr. McCAFFERTY, Geraldine A. y DOOLEY, Jeanne: "Involuntary Outpatient Commitment: An Update", *Mental and Physical Disability Law Reporter*, Vol. 14, 1990, pp. 279-280.

⁵⁹ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., p. 320, nota 31.

⁶⁰ WISOR, Ronald L.: "Community Care, Competition, and Coercion: A Legal Perspective on Privatized Mental Health Care", *American Journal Law & Medicine*, Vol. 19, 1993, pp. 166 y 171.

⁶¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: "Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud", XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Albacete, 21 de octubre de 2003, pp. 38-42.

⁶² Una amplia referencia sobre el estado de la cuestión en Australia puede verse en el informe *Office of the Chief Psychiatrist: "Community treatment orders. A review"*, December 2001. Está disponible en la URL: http://www.health.wa.gov.au/mhareview/resources/documents/A_Review_of_CTOs_T_Rolfe.pdf

- Alemania, el artículo 70k de la *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁶³.
- En Francia, el vigente artículo L. 3211-11 del *Code de la santé publique* recoge una forma de suspensión condicionada del internamiento y la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation* no ha manifestado oposición a la posibilidad de aplicar, en el Derecho francés, condicionamientos a la salida, fundados en la aplicación del principio *qui peut le plus peut le moins*.
- En el Reino Unido la *Mental Health Act* de 1959 (artículo 26) recogía fórmulas de suspensión condicionada del internamiento. Posteriormente la *Mental Health (Patients in the Community) Act* de 1995⁶⁴ introdujo una nueva forma de control en la comunidad, la *after care under supervision*. La reforma fue patrocinada por el propio Colegio de Psiquiatras que exigían mayores poderes para el control de los enfermos dado que la necesaria medicación sólo podía administrarse si el paciente era hospitalizado conforme al tenor de la ley. La reforma añade al artículo 25 de la Ley especificaciones que permiten a las autoridades locales utilizar poderes de compulsión en los casos de tratamiento en la comunidad sometidos al artículo 117 similares a los de la *guardianship* pero con el importante añadido de facultar al transporte (*conveyance*). Sin embargo, su uso ha sido poco frecuente debido a que adolece de las mismas deficiencias de la *guardianship*, no existe poder para detener propiamente dicho y no existen estadios intermedios entre detención y retención. El Libro Blanco para la reforma de la ley (1998) parece que tiende a desarrollar mayores poderes en este sentido⁶⁵, existiendo muchas voces que intentan adoptar en Inglaterra el modelo de las *Community*

Treatment Orders propio de EE.UU. En la actualidad se ha publicado un borrador de proyecto de ley (*draft Mental Health bill* de junio de 2002) conteniendo especificaciones sobre este tipo de disposiciones.

- En Italia el art. 34 de la Ley del Servicio Sanitario Nacional prevé la posibilidad de tratamiento obligatorio ambulatorio. El tratamiento extrahospitalario es impuesto por el Alcalde (mediante orden), previa propuesta motivada de un médico que funde o motive la necesidad de tal tratamiento, debiendo respetarse la dignidad de la persona y sus derechos civiles y políticos (es de aplicación, en suma, el procedimiento común para la adopción de tratamientos sanitarios obligatorios del art. 33 LSSN). La reforma psiquiátrica italiana de 1978 supuso una auténtica revolución al poner el acento, precisamente, en la atención extrahospitalaria⁶⁶.

Igual sucede en Israel⁶⁷, país sobre el que me extenderé brevemente por el interés que tuvo una decisión en relación con la discrecionalidad psiquiátrica en esta materia y la necesidad de control judicial. Junto al internamiento involuntario, la Ley de Tratamiento de los Enfermos Mentales, S.H. núm. 1339, 1991, contempla el tratamiento ambulatorio forzoso, como alternativa a la hospitalización involuntaria en la Sec. 11 a y b. El sometimiento a tal tipo de tratamiento puede suponer una condición necesaria para la liberación del paciente.

La orden de tratamiento ambulatorio forzoso es por un período de seis meses, y podría prorrogarse por otros seis meses más por el psiquiatra de distrito (Sec. 11 b y c). Ahora bien, este último tiene potestad para proceder automáticamente a la hospitalización si el paciente incumple las prescripciones. Ninguna audiencia se celebra, ni ningún tribunal revisa la decisión.

⁶³ Ley sobre los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria.

⁶⁴ Entró en vigor el 1 de abril de 1996.

⁶⁵ BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Blackstone Press Limited, London, 1999, páginas 323 a 338.

⁶⁶ COBREROS MENDAZONA, Edorta: "Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales", *Revista de Administración Pública*, núm. 94, Ene.-Abr., 1981, pp. 142 y ss.

⁶⁷ Cfr. BAR-EL C., DURST, R., RABINOWITZ, J. y otros: "Implementation of the order of compulsory ambulatory treatment in Jerusalem", *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 21, 1998, pp. 65-71 y DURST, Rimona, TEITELBAUM, Alexander, BAL-EL, Yair, SHLAFMAN, Michael y GINATH, Yigal: "Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel", *Psychiatric Services*, Vol. 50, 1999, pp. 698-700.

En el caso *Valinchik v. Tel Aviv District Psychiatrist*⁶⁸ se trató el caso de una mujer sometida a procedimiento penal. El Tribunal, en base al informe del Psiquiatra de Distrito, llegó a la conclusión de que se trataba de una enferma mental que no reunía criterios para ser juzgada, y como entendió que no comportaba un peligro para sí misma o para otros estableció que pudiera ser de aplicación el tratamiento forzoso ambulatorio (Sec. 15 b). La mujer rechazó posteriormente seguir el tratamiento y el Psiquiatra de Distrito ordenó su ingreso en una institución hospitalaria (Sec. 15 e). La decisión del Psiquiatra fue apelada ante el Tribunal de Distrito, el cual resolvió que la paciente no podía presentar la apelación. No obstante la mujer recurrió ante el Tribunal Supremo el cual hizo las siguientes consideraciones:

- En principio, la hospitalización forzosa de un inculcado incompetente infringe sus derechos constitucionales a la libertad, dignidad, autonomía y respeto a la imagen, por imponer un estigma.
- Sin embargo dichos derechos no son absolutos, cuando existan razones de seguridad pública o el paciente suponga una amenaza. Se precisa por ello hacer un balance entre los intereses públicos y los derechos del paciente, balance que ha de llevarse a cabo con las miras puestas en optar por el tratamiento menos lesivo de la libertad personal.
- El tratamiento ambulatorio alcanza esta meta ponderada y por ello ha de ser el elegido cuando el paciente no suponga un riesgo para la comunidad o para sí mismo (sec. 15 d).
- En relación a la apelación contra la orden de hospitalización del psiquiatra del distrito, el Tribunal Supremo declaró que si el paciente, según la ley, tiene derecho a apelar frente a la decisión de hospitalización dictada por un Tribunal, entonces hubo de tener el mismo derecho en relación a la decisión del Psiquiatra de Distrito.

Puede verse en definitiva, la amplia difusión que ha ido alcanzado el “tratamiento ambulatorio forzoso”, en sus diversas modalidades que son una manifestación del traslado del eje de intervención sobre el enfermo mental desde

el hospital hasta la comunidad⁶⁹ y que ha podido materializarse en buena medida por la introducción de nuevos instrumentos terapéuticos, cual fue el caso de la medicación psicotrópica a mediados de los cincuenta⁷⁰.

3. La situación en España:

3.1. Propuestas de regulación.

En España, por supuesto también se han producido casos de violencia protagonizados por enfermos mentales, en los que pudiera ponerse en cuestión el funcionamiento de la red asistencial. Baste la cita de dos, especialmente representativos: el primero por el número de víctimas y el segundo por el *modus operandi* (similar al caso Kendra).

El caso de G.E. alcanzó gran notoriedad por el largo historial criminal. Entre agosto de 1987 y septiembre de 1993 cometió 10 asesinatos consumados y uno frustrado. El llamado “asesino de los mendigos” –todas sus víctimas lo eran-, como se declara probado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 1ª de 27.2.1996: “Desde el año 1980 presentaba una actividad delirante y alucinatoria, con alucinaciones auditivas, creyendo oír voces imperativas que le dicen lo que tiene que hacer, como matar”. Tenía antecedentes penales y había sido “diagnosticado desde hace años como psicótico en los hospitales psiquiátricos por los que ha pasado”. Era por ello un buen conocido de la red asistencial social y sanitaria. Y sin embargo tuvieron que pasar seis años hasta que fue identificado.

En el caso de C.H., que padecía un “síndrome orgánico depresivo” y una “incipiente demencia” los hechos recuerdan lo acontecido a Kendra Webdale. El 28 de agosto de 1991 “movido por un irrefrenable impulso de causar un mal a terceras personas, se dirigió a la estación del Metro de Gran Vía y llegado al andén de la línea I, en dirección a Portazgo, se situó detrás de M.A., a quien no conocía, y el que, al igual que otros viajeros, se encontraba en [el] meritado andén próximo a su borde”. Pasados unos minutos “extendió los brazos, apoyó las manos en la espalda [de M.A.] y le dio un fuerte empujón, arrojándole a la vía cuando el tren estaba a punto de llegar a su altura”. Ello costaría a la víctima “la amputación de la pierna izquierda a la altura del tercio medio, así como de la mitad

⁶⁸ *Capp 2060/97 Valinchik v. Tel Aviv District Psychiatrist, IsrSC 52 (1) 697 (11.3.98).*

⁶⁹ *KLERMAN, G.: “National trends in hospitalization”, Hospital & Community Psychiatry, Vol. 30, 1979, pp. 110-113.*

⁷⁰ *WINICK, Bruce J.: “Outpatient Commitment...”, op. cit., pp. 107-108.*

de su pie derecho” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª, 15.10.1992).

Estamos ante casos en los que cabe preguntarse qué asistencia previa han tenido los enfermos mentales causantes de dichas desgracias, ya que está acreditada científicamente la mayor probabilidad de comisión de actos violentos de pacientes con trastornos psiquiátricos severos inadecuadamente tratados o simplemente no tratados⁷¹.

Sin embargo, en nuestro país, a diferencia de Estados Unidos en que –especialmente en el caso de Nueva York– un acontecimiento de fuerte impacto mediático ha generado un movimiento legislativo o de Alemania donde otro tanto ha sucedido cuando las víctimas han sido conocidos personajes públicos, la iniciativa de una propuesta legislativa sobre tratamientos ambulatorios forzosos ha tenido otros orígenes: fundamentalmente las asociaciones de familiares de enfermos mentales. Las propuestas de estas no tienen precedentes normativos ya que los permisos de ensayo o licencias temporales a que aludía el art. 30 del Decreto de 1931 solo guardan un parentesco lejano con el moderno tratamiento ambulatorio forzoso. En realidad representarían el modelo inverso en el que la hospitalización era la norma y el permiso la excepción, en lugar de ser la vida en comunidad la regla general y la hospitalización la excepción, en caso de incumplimiento del programa de tratamiento.

En el marco de los trabajos emprendidos por la FEA-FES (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales)⁷² y el CEIFEM (Centro Español de Información y Formación sobre la Enfermedad Mental” fue elaborada una propuesta de incorporación de

⁷¹ Cfr. en los últimos años los trabajos de: KASPER, J.A., HOGE, S.K., FEUCHT-HAVIAR, t. y otros: “Prospective study of patients’s refusal of antipsychotic medication under a physician discretion review procedure”, American Journal of Psychiatry, Vol. 154, 1997, pp. 483-489; SWANSON, J., ESTROFF, S., SWARTZ, M. y otros: “Violence and severe mental disorder in clinical and community populations: the effects of psychotic symptoms, comorbidity, and lack of treatment”, Psychiatry, Vol. 60, 1997, pp. 1-22; TAYLOR, P.J., LEESE, M., WILLIAMS, D. y otros: “Mental disorder and violence”, British Journal of Psychiatry, Vol. 172, 1998, pp. 218-226; SWARTZ, M.S., SWANSON, J.W., HIDAY, V.A. y otros: “Violence and severe mental illness: the effects of substance abuse and nonadherence to medication”, American Journal of Psychiatry, Vol. 155, 1998, pp. 226-231; ARANGO, C., BARBA, A.C., GONZÁLEZ-SALVADOR, T. y otros: “Violence in inpatients with schizophrenia: a prospective study”, Schizophrenia Bulletin, Vol. 25, 1999, pp. 493-503.

⁷² Asociación que ya venía mostrando su apoyo a medidas de tratamiento forzoso; Vid. “El tratamiento psiquiátrico obligatorio”, Encuentro, Boletín de la FEAFES, núm. 1, 1998.

un nuevo número, el 5, al vigente art. 763 LEC que rezaría así:

“5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y Ministerio Fiscal.

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses”.

Como consecuencia de la propuesta de incorporación anterior, se propuso igualmente que el título del art. 763 LEC rezara: “Tratamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico”.

En la práctica, según dio cuenta Nuria López, Fiscal de Incapacidades de Madrid, en dicha Comunidad Autónoma se vienen aplicando tratamientos ambulatorios forzosos, supeditando⁷³ el alta del paciente al cumplimiento de dicho tratamiento⁷³. Y otro tanto sucede en San Sebastián, según recoge el Informe-Propuesta de FEAFES-CEIFEM. En ambos casos se hace una interpretación amplia del art. 5 del Convenio de Oviedo que habla de “intervención” y no sólo de “ingreso”. Además, en algunos foros se ha planteado la necesidad de implantar esta figura en España⁷⁴.

3.2. Principios reguladores *de lege ferenda*.

Una futura regulación del tratamiento ambulatorio forzoso debe basarse en unos principios inspiradores que combinen el respeto a los derechos del paciente y la eficacia terapéutica. El Informe-Propuesta de Reforma Legislativa sobre Tratamiento Ambulatorio Involuntario de FEAFES-CEIFEM (2003-2004) hizo una propuesta de principios mínimos en este sentido. Por mi parte, y con ocasión

⁷³ Diario Médico, 28.6.1999, que recoge información sobre una Jornada de Debate sobre Derecho Sanitario organizada por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad.

⁷⁴ Así en el VII Congreso Nacional de Psiquiatría, octubre 2003. Lo defendió entre otros el Presidente de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense Leopoldo Ortega-Monasterio.

de abordar la descripción del Estudio EUNOMIA y del uso de medios coercitivos en la práctica asistencial hospitalaria psiquiátrica, hice otro tanto⁷⁵.

Una reelaboración de esta última propuesta, teniendo a la vista la enunciada por el Informe-Propuesta citado daría como resultado el siguiente elenco de principios:

1.- Principio de respeto a la dignidad personal y a los derechos humanos.

Todo tratamiento o medida de intervención involuntaria han de ser respetuosos con el principio de dignidad personal y con los derechos humanos. Toda limitación de los mismos habrá de legitimarse con la aplicación del resto de los principios aquí enunciados y justificarse en cada caso concreto. El respeto a dignidad y el reconocimiento de los derechos humanos está exigido en Declaraciones Internacionales (Principio 1.2 y 5 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 –en adelante Principios ONU- y art. 10 de la Recomendación No. R (83) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Protección Legal de las Personas que Padecen Trastornos Mentales, Internados como Pacientes Involuntarios), pero también aparece reconocido tanto en normas internacionales que han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno (art. 1 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997), como nacionales, a nivel constitucional (art. 10 CE) y de legalidad ordinaria (art. 2.1 Ley 41/2002).

El respeto a la dignidad personal implica una consideración de los propios valores del paciente. Lo que está en sintonía con lo establecido en el art. 2 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa, de que "la mera dificultad en adaptarse a los valores morales, sociales, políticos u otros no deben considerarse un trastorno mental". Y en similar sentido 4.2 Principios ONU.

La equiparación en materia de derechos humanos ha sido incluida además en el art. 4 de la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental⁷⁶.

⁷⁵ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", Derecho y Salud, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.

⁷⁶ Adoptada por vez primera el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales, en el transcurso del 40 Aniversario de la Federación, en Luxor

2.- Principio de legalidad.

Como ya he señalado en otro lugar *in extenso*⁷⁷ y luego volveré a insistir, el empleo de cualquier medio o medida coercitiva en psiquiatría requiere una previa habilitación legal que entiendo ha de tener rango orgánico.

3.- Principio de necesidad.

La llamada "indicación terapéutica" alude a la necesaria concurrencia del hecho clínico y la idoneidad subjetiva para la aplicación del tratamiento forzoso. Ello requiere una evaluación previa por parte de sanitarios ya que el fin es precisamente y en todo caso "sanitario"⁷⁸ (10.2 Principios ONU). Tal evaluación deberá hacerse "con arreglo a las normas médicas aceptadas internacionalmente" (4.1 Principios ONU).

Ello tiene necesariamente que ver con el beneficio directo del paciente; este es precisamente el destinatario del programa, debiendo quedar relegados a un segundo término las consecuencias colaterales que proporciona el mismo, por benéficas que puedan ser socialmente (orden y seguridad). Es decir, "la medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros" (10.1 Principios ONU). En definitiva, siempre ha de estar presente el servicio a "los supremos intereses del paciente" (apartado 1, Declaración de Hawaii, 1977, revisada en 1983).

4.- Principio de congruencia.

En general, el tratamiento sanitario ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad (siempre sanitaria recuérdese) que se pretende⁷⁹. Es preciso examinar, por una parte, la gravedad del peligro/desorden y, por otra, el valor jurídico del bien (libertad) que se limita⁸⁰.

(Egipto) fue ratificada por el Consejo de Administración de la Federación Mundial de la Salud Mental el 26 de agosto de 1989, con ocasión de su Congreso Mundial Bienal de la Salud Mental, celebrado en Auckland, Nueva Zelanda.

⁷⁷ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría...", op. cit., pp. 156-158.

⁷⁸ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: "Notas...", op. cit., p. 65.

⁷⁹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 362.

⁸⁰ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: La coacción administrativa directa, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1990, p. 384.

5.- Principio de prohibición de exceso.

Entre diferentes medios o medidas posibles a fin de conseguir un determinado resultado (en este caso la minoración o supresión del peligro de daño propio o ajeno) debe optarse por el que cause menor daño, origine menos molestias y afecte de la manera menos intensa la libertad del paciente. O lo que es lo mismo: han de agotarse los medios “menos incisivos”, menos intensos⁸¹.

Al igual que sucede con los internamientos involuntarios “las restricciones de la libertad personal del paciente deben limitarse únicamente a las que son necesarias debido a su estado de salud o para el éxito de su tratamiento” (art. 6 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa). Por lo que “todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros” (9.1 Principios ONU). En igual sentido el art. 5 de la Declaración de Luxor.

6.- Principio de temporalidad y programación.

La aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso ha de tener una limitación temporal –cual sucede con los internamientos involuntarios, art. 8.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa-, y ello sin perjuicio de las prórrogas o reaplicaciones futuras que sean menester. Pero, a diferencia del uso de otros medios coercitivos –singularmente contención y aislamiento- el tratamiento ambulatorio forzoso no precisa la concurrencia en el momento actual de un peligro de daño grave para sí, para terceros o incluso para bienes. No es preciso que el peligro de daño sea “inminente”⁸², pues no estamos ante un supuesto de aplicación “inmediata”, que justificaría la intervención psiquiátrica sin consentimiento por motivo de urgencia (8.1 Principios ONU, 8 del Convenio de Oviedo y 9.2.b Ley 41/2002).

Más que el principio de atención inmediata, que cita el Informe-Propuesta de FEAFES-CEIFEM, rige un principio de asistencia y programación. Detectada la idoneidad del paciente para someterse a un programa de tratamiento ambulatorio y cumplimentados los estudios pertinentes es preciso programar tiempos y actuaciones asistenciales.

⁸¹ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: op. cit., pp. 382-383.

⁸² Cfr. AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: op. cit., pp. 327-332.

La revisibilidad del programa está en sintonía con prescripciones contenidas tanto en la Declaración de Derechos de los Minusválidos aprobada por la Resolución 3447 de la ONU, de 9 de diciembre de 1975 como –por incorporación de ésta- en el art. 2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. El documento de la Organización Mundial de la Salud sobre salud mental de 2001 hace referencia también a la necesidad de acotar temporalmente cada intervención en salud mental y de evaluar periódicamente la misma⁸³.

Obviamente, y también por ser consecuencia del principio de necesidad/indicación terapéutica, el tratamiento ha de basar en “un plan prescrito individualmente” (9.2 Principios ONU). La individualización, con todo lo que ello comporta en el plano de respeto de valores propios, de singularización de las preferencias personales y características subjetivas del paciente y circundantes a él, deviene inevitable.

7.- Principio de idoneidad de medios.

Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales disponibles y aplicables. Precisamente aquí en particular, y también cuando se trata de la asistencia psiquiátrica en general, se encuentra el punto doliente del sistema de cobertura: la insuficiencia de medios de la red asistencial en salud mental.

El paciente inserto en un programa de tratamiento ambulatorio forzoso tiene derecho a la mejor atención disponible (1.1 Principios ONU) quedando proscrito el uso abusivo de fármacos⁸⁴.

8.- Principio de asistencia y cuidado.

El cuidado enfermero, la asistencia social y la evaluación facultativa periódica devienen inevitables cuando de implantación de un medio o medida coercitivo se trata.

⁸³ WORLD HEALTH ORGANIZATION: “Informe sobre la Salud en el Mundo 2001. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas”, Ginebra, 2001. Está disponible en la URL: http://www.who.int/whr2001/2001/main/sp/pdf/overview_sp.pdf.

⁸⁴ Cfr. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Uso y Abuso de Medicamentos Psicotrópicos, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio (Japón) octubre 1975 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial de Venecia (Italia), octubre 1983.

Esta asistencia y cuidado ha de estar presidida por la equiparación con los demás enfermos (8.1 Principios ONU). Lo que a su vez comporta asumir que el paciente mental también tiene derecho a ser tratado con humanidad (1.2 Principios ONU) y a que se respeten “las normas éticas pertinentes de los profesionales de salud mental” (9.3 Principios ONU)⁸⁵.

9.- Principio de documentación de actuaciones.

El empleo de medios y tratamientos coercitivos requiere, en cualquier caso, la documentación de las intervenciones clínicas. Y ello ya desde el inicio: la propuesta del programa de aplicación. Durante su puesta en vigor – evaluaciones periódicas, revisiones clínicas,...-. E, incluso, en el momento final: término del programa por la causa que fuere (incumplimiento del paciente, estabilización de su estado...).

Estamos ante actuaciones sanitarias que, como cualquier otra, debe documentarse (art. 2.6 Ley 41/2002), lo que se explicita en el caso de tratamientos psiquiátricos (10.2 y 11.10 Principios ONU).

10.- Principio de participación.

El tratamiento, aún forzoso, “estará destinado a preservar y estimular su independencia personal” (9.4 Principios ONU). Por tal razón el plan programa deberá ser examinado por el paciente (9.2 Principios ONU).

En este sentido tal vez han sido poco trabajadas en nuestro país las “instrucciones previas” en el campo psiquiátrico⁸⁶.

⁸⁵ Ha de tenerse en cuenta especial el contenido de la Declaración de Hawai, Versión aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría en Viena (Austria), Junio 1983; de la Proposición y Puntos de Vista de la AMP sobre los Derechos y la Protección Legal de los Enfermos Mentales, adoptada por la Asamblea General de la AMP en Atenas (Grecia), 17 de Octubre, 1989; de la Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre los Problemas Éticos de Pacientes con Enfermedades Mentales, adoptada por la 47ª Asamblea General de Bali (Indonesia), Septiembre 1995) y de la Declaración de Madrid, aprobada por la Asamblea General de la AMP, en Madrid (España), el 25 de Agosto 1996.

⁸⁶ Cfr. HALPERN, A. y SZMUKLER, G.: “Psychiatric advance directives: reconciling autonomy and non-consensual treatment”, *Psychiatric Bulletin*, Vol. 21, 1997, pp. 323-327.

11.- Principio de revisión y fiscalización.

La aprobación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso ha de requerir la intervención judicial. Es obvio que así sea por las mismas razones que demanda tal control el internamiento involuntario (art. 4.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa y art. 763 LEC). Para ello ha de garantizarse “una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional” (1.6 Principios ONU).

Lo que se pretende con ello es garantizar que en la intervención terapéutica sin consentimiento del paciente sea una “autoridad independiente [la que] compruebe el plan de tratamiento propuesto [y que éste] es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente” (11.6.c Principios ONU). No estamos en presencia de un tratamiento urgente –como ya quedó dicho-, que justificaría la administración de un tratamiento por mera prescripción de “un profesional de salud mental calificado” (11.8 Principios ONU).

Esta intervención no se limita al momento inicial, sino que con posterioridad parece pertinente la remisión de periódicos informes de seguimiento y, por supuesto, la adopción de prórrogas del programa –siempre limitado temporalmente como se dijo- demanda igualmente tal control jurisdiccional.

3.3. Instrumento regulador que se propone.

Como se habrá visto, la propuesta de FEAFES-CEIFEM aborda exclusivamente la reforma del art. 763 LEC, lo que me parece insuficiente.

En nuestro país sólo existe una modalidad de tratamiento ambulatorio forzoso, el previsto en la legislación penal. El art. 105.1.a Código Penal, prevé que en los casos previstos en los arts. 101-104 de dicho cuerpo normativo, que trata de los supuestos de exención de responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica, por trastorno mental transitorio o por comisión del hecho delictivo bajo los efectos de la intoxicación de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia –que conlleva medida de internamiento en centro adecuado-, la imposición de la medida de “sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario”, por tiempo no superior a cinco años.

Ninguna previsión hay sin embargo fuera del marco penal. El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 sí prevé el sometimiento a intervenciones que tengan por objeto tratar un trastorno mental grave aún sin su consentimiento (art. 7). En términos genéricos –sin mención expresa a los enfermos mentales ni a intervenciones específicas- 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, en su art. 9.2.b también contempla la posibilidad de llevar a cabo “las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento” “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. La única mención expresa a tratamientos involuntarios de enfermos mentales es la recogida en el art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula el “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”.

En España el déficit normativo en esta materia siempre ha sido notorio. Una regulación de la intervención forzosa en psiquiatría, propiamente tal y siempre referida al internamiento, sólo tuvo lugar con los Reales Decretos de 12 de mayo de 1985 (Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés) y 19 de mayo del mismo año (reglas para el ingreso de los dementes en los manicomios del Estado, provinciales y particulares)⁸⁷. Esta normativa fue sustituida por el Decreto de 3 de julio de 1931 “sobre asistencia a los enfermos mentales”⁸⁸. Es decir, estamos hablando de normas de rango meramente reglamentario.

Una materia tan importante, por afectar a la libertad personal, solo sería regulada con rango de ley con motivo de la reforma del Código Civil aprobada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que introdujo un art. 211 regulador del internamiento. Posteriormente, mediante la Disposición Final 12ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor se procedería a dar nueva redacción al citado art. 211 CC. En esta segunda fase, por tanto, la única regulación, aunque ya con rango legal, se encontraba inserta en un cuerpo sustantivo (el Código Civil), siendo llamativo que el contenido de la misma fuera

puramente procesal (el procedimiento de autorización judicial del internamiento).

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha introducido el mentado art. 763 que ubica, al menos con más acierto técnico-jurídico, dicha normativa dentro de un cuerpo procesal. Pero hete aquí que dicho procedimiento (autorización de ingreso) carece del correlativo referente sustantivo (pormenorización de las causas de ingreso involuntario, por ejemplo). Y digo esto porque la mera referencia al “internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí” no creo que colme las expectativas de una regulación sustantiva.

Nuevamente con la propuesta de reforma de este art. 763 LEC, para introducir el “tratamiento ambulatorio forzoso”, nos encontramos huérfanos de una propuesta omnicomprensiva de lo sustantivo y de lo procesal.

El problema del déficit normativo en materia de intervenciones en salud mental no es nuevo en España. Las carencias del art. 211 CC ya fueron puestas de manifiesto por la doctrina que habló de: “la parquedad normativa”⁸⁹, de haber “generado muchas cuestiones médico-legales, jurídicas y sociales que aun no están aclaradas”⁹⁰, de la falta de unificación de criterios y conceptos⁹¹; se habló entonces de una “regulación defectuosa”⁹² que “deja múltiples aspectos sin resolver”⁹³ y entre ellos el no insignificante de “no haber tipificado dichas razones o motivaciones de la privación de libertad”⁹⁴. Además, en el plano jurídico-administrativo “se echa de menos una clarificación en el papel de los ayuntamientos, de las propias Comunidades Autónomas...”⁹⁵. La necesidad de una legislación que ampliara y desarrollara el insuficiente art. 211 CC

⁸⁷ Este último sería aclarado por Real Orden de 20 de junio de 1885.

⁸⁸ Modificado por Decreto de 27 de mayo de 1932 y aclarados ambos por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932.

⁸⁹ RIBERA I GARIJO, Elena-Amalia: “Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1991, p. 172.

⁹⁰ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La Enfermedad mental ante la ley*. Edit. UPCO-ELA, Madrid, 1994, p. 299.

⁹¹ CARRASCO GÓMEZ, J.J.: *Responsabilidad médica y Psiquiatría*. Edit. Colex, Madrid, 1990, p. 172.

⁹² SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: “Algunas consideraciones sobre la regulación de los internamientos psiquiátricos”, *Justicia* 98, p. 104.

⁹³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 20.

⁹⁴ RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1988, p. 497.

⁹⁵ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La enfermedad...*, op. cit., p. 304.

fue prácticamente un clamor⁹⁶ y Bercovitz⁹⁷ y Cobrerros⁹⁸ muy especialmente se hicieron eco de tales insuficiencias.

Pero no sólo la doctrina reparó en estas carencias. La STC 129/1999, de 1 de julio abordó el tema del rango legal del entonces vigente art. 211 CC, a raíz de la cuestión de constitucionalidad formulada al Tribunal Constitucional por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orihuela núm. 6. Lamentablemente el Tribunal Constitucional se ciñó en exclusiva al análisis del párrafo 2º del 211 CC (es decir al preceptivo examen judicial y a la obligación de recabar el dictamen facultativo), soslayando el examen de constitucionalidad del párrafo 1º del 211 CC (supuesto de hecho del internamiento). Con todo no puede olvidarse que el máximo intérprete de la Constitución afirmó en su sentencia “que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica”; este enunciado, aunque tenga la condición de *obiter dicta*, es fundamental para entender la exigencia que aquí se defiende de que sea precisamente un ley orgánica la que regule los supuestos que legitiman el internamiento involuntario. El Magistrado García Manzano constató la relevancia de la cuestión subyacente. Y por ello en su voto particular a la sentencia citada afirmó que “no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí”, y en el concreto caso que aquí se trata la ley (art. 211 CC) “por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita”, razón por la cual “procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 211 del CC., por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona -...- sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad, en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental, ha de producirse”.

⁹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María: *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español*, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir.): *Psiquiatría Legal y Forense*, Colex, Madrid, 1994, T. II, p. 819.

⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: “*La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud*”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, 1984, pp. 971-972.

⁹⁸ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, pp. 383 y 403.

Ligado al tema anterior era debatida la cuestión de si era posible y deseable o no un desarrollo reglamentario. Según Mateo Díaz el “vacío reglamentario” que supuso la derogación del Decreto de 3 de julio de 1931 no fue colmado, lo que “está produciendo -afirmaba- un confusio-nismo notable, que se incrementa cada día”⁹⁹. Hubo autores que propugnaron tal tipo de desarrollo¹⁰⁰ e incluso parece sugerir tal posibilidad la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984. Pero finalmente tal hipótesis sería rechazada por el Informe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 1984, por ser materia vedada al ejercicio de la potestad reglamentaria y por no existir norma legal de remisión. Y a la misma conclusión llegó en la doctrina Cobrerros¹⁰¹, en su caso por dos tipos de razones: a) por falta de remisión legal a la colaboración reglamentaria y b) porque de aceptarse, se estaría pidiendo al Reglamento “que diga todo lo que no dice el artículo 211 CC”, lo cual sería inaceptable en el marco de las relaciones Ley-Reglamento. En cualquier caso, se echa en falta un texto normativo unitario “que cubra todo el campo de la asistencia sanitaria y social involuntaria”¹⁰².

Como puede comprobarse muchas de las críticas que entonces ya se hicieron a la primera regulación con rango legal en nuestro país aún son reproducibles. Básicamente, por lo que he dicho, por la falta hoy en día de una normativa legal sustantiva y en su caso la reglamentaria pertinente para regular la organización asistencial, aspecto que tradicionalmente suele regularse con este rango. Pero es más, entiendo que sólo por Ley Orgánica debieran regularse los supuestos de aplicación del tratamiento ambulatorio forzoso, como por Ley Orgánica debieran haberse regulado –lo que lamentablemente no se hizo– los supuestos del internamiento psiquiátrico involuntario. La afectación de derechos fundamentales justifica sobradamente este rango.

Entiendo por ello que una eventual incorporación a nuestro ordenamiento del “tratamiento ambulatorio forzo-

⁹⁹ MATEO DÍAZ, José: “*El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos*”, *Actualidad Civil*, núm. 25, 1986, p. 1764.

¹⁰⁰ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La enfermedad...*, op. cit., p. 312. Aunque no falten autores que consideren que la regulación legal entonces vigente (circunscrita al art. 211 CC) era más que suficiente: CAPILLA, T., GONZÁLEZ DURO, E. y ROIG-SALAS, A.: *Reflexiones sobre la práctica del Internamiento psiquiátrico*. *Rev. Asoc. España de Neuropsiquiatría*, 1986, Vol. 6, núm 18, pp. 485-489.

¹⁰¹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios*, op. cit., p.384, nota 687.

¹⁰² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *La protección jurídica*, op. cit., p. 972.

so” requeriría la incorporación a la Ley 41/2002 del correspondiente precepto que enumerara los supuestos y requisitos de aplicación de esta medida y de un precepto procedimental en la LEC que colmara las necesidades en este ámbito. Este marco debiera completarse a su vez con un desarrollo reglamentario con las especificaciones técnicas y organizativas de esta modalidad de intervención forzosa.

En líneas generales, por tanto:

- En la Ley 41/2002 se introduciría un precepto que regulara los supuestos de aplicación del tratamiento ambulatorio –y también del internamiento forzoso, asignatura pendiente-, el contenido en general del programa de intervención y una referencia al dispositivo socio-sanitario encargado de la aplicación.
- En la LEC se introduciría un nuevo apartado al art. 763 LEC en la línea de la propuesta de FEA-FES-CEIFEM para regular el procedimiento de control judicial de los tratamientos ambulatorios forzados, el plazo de remisión de los informes periódicos al Juzgado –estimo que es escaso el de 3 meses dada la naturaleza de un programa de intervención de estas características, por lo que tal vez debiera homologarse al plazo establecido para internamientos involuntarios, 6 meses-, el plazo máximo de aplicación del programa –comparto que pudieran ser 18 meses-, haciendo mención a su prórroga por igual período, los legitimados para instar la aplicación del programa –considero que debieran estarlo familiares y allegados y los servicios socio-sanitarios-, sistema de recursos.
- En la normativa reglamentaria de desarrollo –autonómica- se regularía la estructura de los servicios socio-sanitarios de aplicación y seguimiento del programa de intervención, el contenido posible y recursos disponibles, las normas de coordinación interadministrativa (Ayuntamientos-CCAA.), la organización y funciones del servicio de asistencia legal al paciente –el referente neoyorkino creo que puede ser de interés-...

Por supuesto siempre queda la solución alternativa de que el Estado regule los aspectos básicos y las CC.AA. asuman el desarrollo legislativo y reglamentario correspondiente.

Igualmente parece pertinente la elaboración de documentos de consenso (protocolos) para la evaluación de la capacidad de toma de decisiones del paciente (competencia en terminología anglosajona comúnmente aceptada, capacidad natural en la tradición jurídica continental) y del riesgo. Y ello es bien sabido que no es tarea fácil. Pero la máxima homogeneización de criterios me parece imprescindible.

Además de lo anterior, habría que resolver el tema operativo del tratamiento ambulatorio forzoso. Confieso que tengo dificultades en visualizar la materialización del mismo en supuestos concretos (paciente que violentamente se opone a ser medicado). En estos casos, el referente extranjero también debe tenerse a mano, y así los tribunales británicos han resuelto que no es posible la administración de tratamiento involuntario sin hospitalización¹⁰³. Evidentemente estaríamos entonces ante hospitalizaciones breves, internamientos de corta duración. Pero en tales casos el tratamiento sería administrado intrahospitalariamente.

Hace años ya reparó Ramos Chaparro en que cabría un internamiento de urgencia por plazo inferior a 24 horas, en cuyo caso más que de internamiento hablaríamos de tratamiento de urgencia, en el que no sería precisa la comunicación del ingreso al Juzgado¹⁰⁴. Más tiene razón García-Ripoll¹⁰⁵ cuando señala que tal interpretación es ciertamente dudosa y casa mal con el fin de la ley (la eliminación de las arbitrariedades en materia de internamientos) y con el propio tenor literal (entonces el art. 211.I CC afirma que del ingreso “se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas”). En similares términos se expresa en la actualidad el art. 763.1 pfo. 2º LEC. Personalmente me uno a esta última posición en aras de las garantías del paciente y de la evitación de eventuales abusos.

4. Luces y sombras del tratamiento ambulatorio forzoso.

Existe efectivamente un perfil definido de “candidato” al tratamiento ambulatorio forzoso: estaría diagnosticado de esquizofrenia, trastorno bipolar u otras psicosis,

¹⁰³ R v Hallstrom ex parte W (Nº 2) [1986] 2 All ER 306 (HC).

¹⁰⁴ RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, op. cit., p. 525.

¹⁰⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: La protección civil..., op. cit., p. 117.

sería incumplidor con la medicación y tendría antecedentes de numerosos ingresos hospitalarios¹⁰⁶. Y doctrinalmente se apoya en estos casos la aplicación de programas de intervención forzosa¹⁰⁷.

Sin duda, la clave es la falta de adherencia al tratamiento, ya que de contarse con la aquiescencia del paciente, el problema queda en buena medida resuelto. Ahora bien, la falta de adherencia al tratamiento en la esquizofrenia está condicionada por diversos factores: la ausencia de conciencia de enfermedad¹⁰⁸, la concurrencia de abuso de alcohol o drogas¹⁰⁹, la escasa o deficiente relación entre psiquiatra y paciente¹¹⁰, los efectos secundarios de la medicación –menos relevante que los tres factores anteriores¹¹¹, y otros factores (coste de la medicación, falta de acceso

a la medicación por ser “sin techo” o estar ingresado en prisión, confusión, depresión, la falta de mejora de los síntomas,...). Es preciso abordar todos estos factores. Y nótese que algunos no justificarían la intervención forzosa si, por ejemplo, hubiera una mejor relación entre el paciente y el psiquiatra (y este dispusiera de tiempo para atender debidamente a cada paciente y para ayudarle a tomar conciencia de su enfermedad), si disminuyeran los efectos secundarios (en buena medida los últimos avances en psicotrópicos facilitan esta tarea,...). Es decir, no todos los factores que coadyuvan a la no adherencia al tratamiento tienen por qué resolverse por vía forzosa.

No puede negarse que el tratamiento ambulatorio forzoso puede ser una opción válida en algunas circunstancias, con algunos pacientes. De hecho, al menos indirectamente, parece una hipótesis admisible para el Libro Blanco del Consejo de Europa realizado por el grupo de trabajo sobre Psiquiatría y Derechos Humanos del Comité Directivo sobre Bioética¹¹². Y en la práctica forense se constata la existencia en la geografía nacional de experiencias de tratamiento obligatorio en la comunidad basadas en la analogía con el procedimiento de incapacidad y la aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”¹¹³. Aunque como ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional este principio no permite una traslación automática¹¹⁴.

¹⁰⁶ TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 46, núm. 8.

¹⁰⁷ TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary: “Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 337-341.

¹⁰⁸ Cfr. TRAUER, T., SACKS, T.: “The relations between insight and medication adherence in severely mentally ill clients treated in the community”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 102, 2000, pp. 211-216; LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909; NOSÉ, M., BARBUI, C., TANSELLA, M.: “How often do patients with psychosis fail to adherence to treatment programmes?. A systematic review”, *Psychological Medicine*, Vol. 33, 2003, pp. 1149-1160; MUTSATSA, S.H., JOYCE, E.M., HUTTON, S.B. y otros: “Clinical correlates of early medication adherence: West London first episode schizophrenia study”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 198, 2003, pp. 439-446. La misma correlación existe en pacientes con trastorno bipolar: KECK, P.E., McELROY, S.L., STRAKOWSKI, S.M. y otros: “Compliance with maintenance treatment in bipolar disorder”, *Psychopharmacology Bulletin*, Vol. 33, 1997, pp. 87-91 y GREENHOUSE, W.J., BJÖRN, M. y JOHNSON, S.L.: “Coping and medication adherence in bipolar disorder”, *Journal of Affective Disorders*, Vol. 59, 2000, pp. 237-241.

¹⁰⁹ Cfr. KAMALI, M., KELLY, L., GERVIN, M. y otros: “Insight and comorbid substance misuse and medication compliance among patients with schizophrenia”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 161-163; HUNT, G.E., BERGEN, J., BASHIR, M.: “Medication compliance and comorbid substance abuse in schizophrenia: impact on community survival 4 years after a relapse”, *Schizophrenia Research*, Vol. 54, 2003, pp. 253-264 y HUDSON, T.J., OWEN, R.R., TRUSH, C.R. y otros: “A pilot study of barriers to medication adherence in schizophrenia”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 65, 2004, pp. 211-216.

¹¹⁰ LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

¹¹¹ Cfr. VANELLI, M., BURSTEIN, P., CRAMER, J.: “Refill patterns of atypical and conventional antipsychotic medications at a national retail pharmacy chain”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 1248-1250; DOLDER, C.R., LACRO, J.P., DUNN, L.B. y otros: “Antipsychotic medication adherence: is there a difference between typical and atypical agents?”, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 159, 2002, pp. 103-108 y

LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

¹¹² “White Paper on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment”, *CM(2000)23 Addendum, Meeting, 8 -March 2000*.

¹¹³ En la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo (Estudios de Derecho Judicial, número 26, Madrid 2000) existen referencias a este principio aplicado al tratamiento forzoso en salud mental.

¹¹⁴ STC 2ª, 16.7.2001, EDJ 2001/26471). Aunque la sentencia se centra en la comparación entre libertad y prisión provisional la doctrina que contiene creo que es de inequívoca aplicación a nuestra materia: “... el razonamiento ‘ad maiore ad minus’ sólo serviría para admitir, en su caso, que los preceptos relativos a la prisión provisional suponen la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental,...; pero, como afirma en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, no permite sostener que dicho conjunto de disposiciones aporta la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere, como hemos declarado (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 [EDJ 1991/1562](#), y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4 [EDJ 1997/6364](#)). Es decir, dicha genérica habilitación legal seguiría siendo insuficiente

Se argumenta a favor del tratamiento ambulatorio forzoso: la disminución de los tiempos de estancia hospitalaria, la mejora en la calidad de la vida de los pacientes, el incremento de las posibilidades de rehabilitación y la disminución de síntomas de la enfermedad. Y en cuanto a la efectividad de los OAT's se han publicado algunos benéficos efectos de la aplicación de la Ley Kendra: los incidentes por daños se redujeron en un 44% en los tres primeros años de aplicación de la Ley Kendra¹¹⁵, se disminuyó el número de los "sin techo" (*homeless*) en un 55% y se incrementó la adherencia al tratamiento¹¹⁶.

Pero junto a las luces, hay sombras. Los argumentos críticos contra el tratamiento ambulatorio forzoso se han centrado en el excesivo intervencionismo estatal, la interferencia al derecho a rechazar el tratamiento, los riesgos de abuso y el socavamiento de la relación terapéutica¹¹⁷. Además de todo ello, el ejemplo neoyorkino pienso que puede sernos en alguna medida útil. Veamos por qué.

En primer lugar, existen deficiencias derivadas de la configuración del propio sistema. Flug¹¹⁸ analizó las características que debe reunir un eficaz sistema de intervención en el medio comunitario y llegó a las siguientes con-

desde la perspectiva de la calidad de ley exigida para la protección del derecho fundamental a la libertad personal, dado que no prevé específicamente como garantía de aseguramiento personal del encausado la prohibición aquí considerada ni se precisan sus presupuestos y condiciones y su duración máxima;... Como tiene declarado este Tribunal, y al margen de que, ciertamente, prisión y libertad provisionales tienen rasgos comunes derivados de constituir medidas cautelares de carácter personal y de compartir la finalidad de asegurar la sujeción del encausado al proceso, los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento no son legalmente idénticos (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2 [EDJ 1989/4891](#)). Por lo que cabe estimar que una aplicación analógica de estas normas haría quebrar la garantía de previsibilidad de las restricciones acordadas por la autoridad judicial en la libertad personal del sometido a un procedimiento penal".

¹¹⁵ La disminución del número de incidentes violentos es precisamente un dato que subraya el NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH: "An Interim Report...", op. cit., pp- 10-12

¹¹⁶ New York State Office of Mental Health: "Kendra's Law: An interim report on the status of assisted outpatient treatment: 12 (Jan. 2003) y New York State Office of Mental Health: "Memorandum to Jon Stanley at the Treatment Advocacy Center (Nov. 4, 2003).

¹¹⁷ MULVEY, E.P., GELBER, J.L. y ROTH, L.H.: "The promise and peril of involuntary outpatient commitment", American Psychologist, Vol. 42, 1984, pp. 571-584. Se posiciona también muy críticamente la NYAPRS: "Position on Outpatient Commitment of the New York Association of Psychiatric Rehabilitation Services (NYAPRS)", Declaración del Presidente Jack Guastafarro, Buffalo, New York, Feb. 1999.

¹¹⁸ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, Winter, 2003, pp. 112-115 y 117-126. Con referencias a los distintos informes oficiales sobre el tema.

clusiones, que ponen de manifiesto la inadecuación del sistema instaurado por la Ley Kendra, desde el momento en que no proporciona instrucciones para llevar a cabo un adecuado tratamiento ambulatorio. El tratamiento ambulatorio según la doctrina mayoritaria ha de ser:

1.- Integral. La necesidad de un tratamiento intensivo precisa un despliegue comprensivo de los distintos servicios disponibles que abarquen la asistencia clínica, la rehabilitación, los servicios sociales... Sin embargo, la Ley Kendra se limita a establecer dos mínimos estándares: que el tratamiento sea el menos restrictivo posible y que vaya destinado al tratamiento o a intentar prevenir recaídas. No obstante el requerimiento de elaboración de un plan escrito de tratamiento no garantiza que los pacientes reciban un tratamiento integral, principalmente por la falta de recursos de que adolece la asistencia mental. Como afirma Seicshnaydre¹¹⁹, "los profesionales de la salud mental continuamente recomiendan servicios que no existen, lo que resulta frustrante". De este modo –confirma Flug– los planes de tratamiento tienen más que ver con la existencia de recursos que con las necesidades de los pacientes.

2.- Colaborativo. El tratamiento debiera considerar la colaboración de los pacientes en la planificación. Es menester que estos jueguen su propio rol en la toma de decisiones, pues ello lleva aparejada una mejora en los resultados obtenibles. Sin embargo, en la Ley Kendra esto no pasa de ser una quimera. La máxima colaboración del paciente tiene lugar en el inicio de la instauración del tratamiento, y la planificación de este se lleva a cabo en un plazo inferior a tres días -aunque dicha planificación se extienda hasta a seis meses de asistencia-. Incluso cuando se modifique el Plan Terapéutico, la ley se limita a requerir la autorización judicial y la notificación de ello al paciente, sin darle ocasión de intervenir de nuevo.

3.- Continuo. Dado que existe constancia de que las personas con trastornos mentales graves no se encuentran en buena parte de los casos en condiciones de manejarse en la maraña que constituye el sistema de salud mental. Y es precisamente la continuidad en la asistencia un componente crítico de la efectividad de la intervención terapéutica. Sin embargo, en la Ley Kendra concurren importantes distorsiones. Si el paciente precisa cambios en el Plan Terapéutico, la preceptiva autorización judicial puede

¹¹⁹ SEICSHNAYDRE, Stacy E.: "Community Mental Health Treatment for the Mentally Ill: When Does Less Restrictive Treatment Become a Right?", Tulane Law Review, Vol. 66, 1992, p. 1983.

interferir en la continuidad del propio tratamiento. La falta de flexibilidad y de acomodación del Plan es patente.

4.- Preventivo. El tratamiento tiene sus miras puestas en la evitación de las crisis de los pacientes, cual fue el caso de Andrew Goldstein, lo que supone como señala la Health Care Financing Administration, de un lado la prevención de los potenciales síntomas de la enfermedad mental antes de que aparezcan, y contrarrestar sus efectos una vez acontezcan. Aunque desde círculos oficiales se haya transmitido la idea de que la Ley Kendra ha supuesto la extensión y mejora del sistema de salud mental esto no ha sido así. Precisamente la extensión ha corrido en buena medida a cargo de las llamadas "Nuevas Iniciativas para Servicios de Adultos" (*New Initiatives for Adult Services*) a partir de 1999. Ahora bien, dichas iniciativas aunque inspiradas, o si se quiere bajo la cobertura de la Ley Kendra, no forman parte integrante de la propia cobertura legalmente establecida. Como consecuencia de ello los niveles de tratamiento ofertados a los sujetos que aceptan voluntariamente el tratamiento no son asimilables al de aquellos que lo rechazan.

Sin embargo, las críticas al sistema de tratamiento ambulatorio forzoso del Estado de Nueva York están muy extendidas, considerándolo inadecuado¹²⁰. La principal crítica de la Ley Kendra proviene de quienes consideran la ineficacia de la misma a la hora de asegurar mejores servicios asistenciales o mejorar la seguridad pública¹²¹. Y buena prueba de ello la tenemos en el hecho que dio origen a la propia norma: Andrew Goldstein, antes de llevar a cabo su criminal acción, había solicitado repetidamente tratamiento y ayuda a los servicios sanitarios públicos, no recibiendo contestación a tales requerimientos¹²².

La respuesta por tanto a hechos tan luctuosos como el que dio origen a la Ley Kendra estaría mas en la línea de mejorar los servicios asistenciales comunitarios, que en extender las intervenciones coercitivas a pacientes menta-

¹²⁰ Tal como se reconoce en WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", New York Times, 5.11.1999, p. B1 e igualmente se admite en TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: "Kendra's Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York", Catalyst. Con acceso el 30 de mayo de 2004 en la URL: <http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹²¹ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: "Opening Pandora's Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment", Psychiatric Services, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹²² WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", New York Times, 5.11.1999, p. B1.

les¹²³. Estas críticas a la falta de una adecuada dotación asistencial –que como se ha visto es anterior incluso a la Ley Kendra– han venido a ser asumidas incluso por los partidarios de este texto normativo¹²⁴.

El tema de la suficiencia/insuficiencia de los servicios comunitarios de salud mental es por tanto fundamental si lo que se pretende es garantizar una adecuada asistencia psiquiátrica. Son muchos los críticos de la Ley Kendra que, precisamente, se basan en la falta de reflexión sobre esta cuestión¹²⁵. Y es que la práctica demuestra que "la necesidad de leyes restrictivas está en inversa proporción a la calidad de la asistencia"¹²⁶. Afirmación ésta que incluso es compartida por el U.S. Surgeon General cuando llega a la conclusión de que "la necesidad de coerción debería ser significativa disminuida cuando sea una realidad la accesibilidad a unas adecuadas prestaciones de los individuos con dolencias mentales graves que supongan un grave peligro para sí o para terceros"¹²⁷. Se ha dicho, con toda razón, que este tipo de legislación no es la panacea cuando el sistema asistencial es el problema¹²⁸. La *National Alliance for the Mentally Ill*¹²⁹ se ha manifestado en el mismo sentido.

Esta realidad fue reconocida por el legislativo neoyorkino, como también lo ha sido en otros Estados, como

¹²³ STEFAN, Susan: "Preventive Commitment: The Concept and Its Pitfalls", Mental & Physical Disability Law Reporter, Vol. 11, núm. 4, 1987, pp. 288-302.

¹²⁴ TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: "Kendra's Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York", Catalyst. Con acceso el 1 de junio de 2004 en la URL: <http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹²⁵ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: "Opening Pandora's Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment", Psychiatric Services, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹²⁶ SLOVENKO, Ralph: "Civil Commitment Laws: An Analysis and Critique", Cooley Law Review, Vol. 17, 2000, p. 41.

¹²⁷ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES: "Mental Health: A Report of de Surgeon General", (1999). En la URL: <http://www.surgeongeneral.gov/library/mentalhealth>. Con acceso el 1 de junio de 2004.

¹²⁸ DIAMOND, Ronald J.: "Coercion and Tenacious Treatment in the Community: Applications to the Real World" en DENNIS, Deborah L. y MONAHAN, John: Coercion and aggressive community treatment: a new frontier in mental health law, Plenum Press, New York, 1996.

¹²⁹ Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment, aprobado por el NAMI Board of Directors el 7 de octubre de 1995. Disponible en la URL:

http://www.nami.org/Content/ContentGroups/Policy/Updates/Involuntary_Compmitment_And_Court_Ordered_Treatment.htm

Carolina del Norte, en donde se reconoce la ineffectividad de los tratamientos ambulatorios forzados cuando no se proporciona un adecuado y continuo nivel de servicios¹³⁰. También en un Forum sobre el tema se reconoció que el tratamiento ambulatorio forzoso es la materialización del deseo por el control del enfermo mental, aunque a la vez se admitió la necesidad de reforzar los servicios asistenciales¹³¹.

Tras el crimen cometido por Andrew Goldstein en la persona de Kendra Webdale, la Comisión para la Calidad Asistencial del Estado de Nueva York (*New York Commission on Quality of Care*) pretendió justificar la eficacia del sistema en el caso concreto¹³². Sin embargo, los hechos son tozudos. Como antes señalé, desde años antes al trágico suceso, Goldstein había venido demandando tratamiento y éste le fue denegado en la forma que el caso merecía. Así lo afirmaron los medios de comunicación social¹³³, y así se patentiza a la vista del propio Informe de la Comisión, como certeramente demuestra Flug¹³⁴. Y de hecho, la propia Comisión acabaría reconociendo que la problemática suscitada en el caso de Andrew Goldstein en absoluto era infrecuente. A la vista de lo expuesto es compartible la opinión de Stavis¹³⁵ de que el problema contemporáneo del tratamiento en salud mental es conseguir el mismo tratamiento, más que el rechazo a su imposición.

¹³⁰ SWARTZ, Marvin S. y otros: "Can Involuntary Outpatient Commitment Reduce Hospital Recidivism?: Findings From a Randomized Trial with Severely Mentally Ill Individuals", *American Journal of Psychiatry*, Vol. 156, 1999, p. 1974.

¹³¹ SIRICA, Coimbra: "National Health Policy Forum: Outpatient Commitment in Mental Health: Is Coercion the Price of Community Services?", *Issue Brief*, Vol. 2, núm. 757, 2000.

¹³² NEW YORK STATE COMMISSION ON QUALITY OF CARE FOR THE MENTALLY DISABLED AND THE MENTAL HYGIENE MEDICAL REVIEW BOARD: "In the Matter of David Dix", 1999. Disponible en la URL: <http://www.cqc.state.ny.us/dix.htm>. Con acceso el 30 de marzo de 2004. Nótese que el nombre de David Six era un pseudónimo que se utilizó para referirse a Andrew Goldstein.

¹³³ WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 y GOODE, Erica: "Experts Say State Mental Health System Defies Easy Repair", *New York Times*, 14.11.1999, § 2, p. 39.

¹³⁴ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, Winter, 2003, pp. 109-110.

¹³⁵ STAVIS, Paul F.: "The George Mason University First Annual Forum on Mental Illness and the Law", *George Mason University Civ. Rts. Law Journal*, Vol. 11, invierno de 2000, p. 7.

La enseñanza para el caso español me parece obvia. En nuestro país tenemos la inveterada costumbre de que cuando importamos los modelos ajenos lo hacemos tarde y mal. Si a ello unimos nuestra enraizada creencia en los efectos taumatúrgicos de la ley, el panorama es preocupante. Disponemos de datos foráneos bastante completos, y gracias precisamente a que llevan estos programas de intervención años de rodaje, tenemos la ocasión de aprender de los errores ajenos.

No discuto que una regulación del tratamiento ambulatorio forzoso pueda ser una medida idónea, insisto según los casos y según los controles y garantías que se establezcan. Pero tengo la firme convicción que, si no se aborda de una vez por todas, esa eterna asignatura pendiente que es la asistencia psiquiátrica en nuestro país, de poco o nada sirven nuevos proyectos legislativos. Un país que en otros campos asistenciales sanitarios pasa por ser puntero carece de suficientes recursos en el terreno de la salud mental. En este contexto introducir, sin más –insisto, aisladamente– una normativa coercitiva no va a ser demasiado útil. Máxime si tenemos a la vista la tercermundista situación española en el campo de la coerción psiquiátrica. Basten dos datos: sobre el empleo de medios coercitivos en psiquiatría (particularmente contención y aislamiento) carecemos de toda norma al respecto¹³⁶ y en el ámbito psiquiátrico-penitenciario (el último eslabón de la cadena asistencial, que entra en funcionamiento no infrecuentemente cuando lamentablemente la falta o escasez de asistencia psiquiátrica han propiciado trágicos sucesos) el nivel asistencial produce sonrojo: en el mayor centro de España, el Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, con 350 plazas –ya superadas– y una Unidad de Agudos de 35 camas, no se tiene asegurada la asistencia psiquiátrica continuada a lo largo del día, ni tan siquiera todos los días. Este es el "nivel asistencial" que goza el colectivo de enfermos mentales teóricamente más peligrosos –desde una óptica postdelectiva– del país.

¹³⁶ Debo admitir que esta carencia no es única de España. Precisamente el Estudio EUNOMIA pretende analizar la realidad práctica clínica y legal del empleo de medios y medidas coercitivas en el medio psiquiátrico en doce países, describir comparativamente los resultados hallados y conformar una Guía Europea que recoja las más pertinentes pautas de intervención, aplicación y control de aquellos medios y medidas. Una descripción del estudio puede verse en mis artículos: - "Coerción en psiquiatría", *Anales de Psiquiatría*, Vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 55-63 y el ya citado "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.

EL ENFERMO MENTAL: PROTECCIÓN JURÍDICA Y ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA

MESA REDONDA: “EL ENFERMO MENTAL: PRAXIS SOCIO-SANITARIA”

Moderador: Luis Fernando Barrios Flores
Área de Derecho Administrativo.- Universidad de Alicante.

Antes de todo, como es obligado, deseo transmitir a los organizadores de esta Jornada, en nombre de los ponentes integrantes de esta Mesa y en el mío propio, nuestro agradecimiento por haber sido invitados a la misma. Y al tiempo deseamos felicitarles por el acierto en su celebración.

El abordaje de la enfermedad mental, históricamente ha estado distorsionado. Más que de “acción” de la sociedad y el derecho, y en muy buena medida de la propia medicina, ha existido una “reacción” ante el individuo molesto o supuestamente peligroso.

Aunque hoy en día pudiera pensarse que tan desacertado enfoque está superado, por poco que se reflexione habrá de admitirse que queda mucho por andar. También los ilustrados decimonónicos pensaron haber revolucionado la práctica asistencial con la fractura de las cadenas (Pinel, 1793) y sin embargo cualquiera se sonrojaría hoy día con los “tratamientos” mentales que sucedieron tras aquel hecho paradigmático.

La práctica socio-sanitaria en los tiempos actuales adolece de muchas carencias. En esta Mesa se intentarán abordar algunas de ellas dentro del limitado tiempo disponible.

La enfermedad mental se sitúa entre la necesidad asistencial y el marco jurídico-institucional. El paciente precisa asistencia, cuidado, tratamiento. Pero será el marco jurídico e institucional el que señale los modos, tiempos, sistemas y medios para subvenir a aquella necesidad. Pero la enfermedad mental es ante todo y sobre todo el “factor humano”, el paciente y sus familiares cuidadores en primer

término, el ámbito social en general en un segundo plano tampoco desdeñable.

Vayamos por partes. El enfermo mental es ciudadano con la cualidad de enfermo. Será preciso describir brevemente cuál es la naturaleza de la enfermedad mental grave. Como ciudadano que es el paciente psíquico tiene derechos civiles. Más en ocasiones estos se encuentran restringidos en su ejercicio, que no en su titularidad, en razón de la propia enfermedad mental. Para el Derecho Privado es preceptivo calibrar la capacidad jurídica del sujeto actor. Para ello tendrá que acudir frecuentemente a una evaluación clínica –la competencia-. Aunque dicha evaluación, en el ámbito civil, originariamente tuviera por finalidad la protección del “patrimonio del paciente”-, en ocasiones lo que se pretende es la protección del paciente mismo, lo que incluye incluso una medida tan restrictiva y afectante de los derechos fundamentales como es la privación de libertad con un fundamento terapéutico (el internamiento involuntario). De todo ello nos hablará **Josep Ramos Montes**, Director Médico de Servicios de Salud Mental de San Juan de Dios (Barcelona).

La intervención judicial en el ámbito civil se residencia ante los órganos de esta jurisdicción. En este ámbito en el que casi todos estamos algo o bastante perdidos, el enfermo mental se encuentra ante un aparato que a veces no entiende y en otras que no justifica. Parece lógico pensar que es pertinente, y moralmente obligado, un apoyo psico-social experto a ciudadanos de las características de que aquí tratamos. Sobre esta cuestión disertará **Assumpta Benito Verdguer**, Trabajadora Social con experiencia en la materia.

En ocasiones no es la preocupación por la protección del paciente el interés primario, sino que este lugar lo ocupa el interés social en dar respuesta a un hecho delictivo. A finales del XIX, aunque en nuestro país la recepción jurídico-positiva de la idea tardara algunas décadas, se abogó por un sistema penal dual, de penas (para los sujetos responsables de la acción delictual) y medidas de seguridad (para los irresponsables, en lo que aquí interesa para los inimputables por razón de trastorno mental). Este sistema perdura. Tiene disfunciones. Es polémico. Y plantea cuestiones particularmente sensibles, cual es el empleo de “medios coercitivos” (aislamiento, contención física, medicación forzosa) en un “medio” en sí coercitivo (la institución penitenciaria). En todo este engranaje el psiquiatra ocupa un papel relevante. De estos temas nos hablará **Enric Vicens Pons**, Psiquiatra clínico y Director del Área de Servicios Psiquiátricos Penitenciarios de Catalunya.

Habrà podido comprobarse, llegados a esta presentación, hasta qué punto son distintas las instituciones que están en juego: Administración Sanitaria, Bienestar Social, Administración de Justicia... Y sin embargo todas con una pretensión que se muestra necesariamente unificadora en la persona del paciente y de sus familias. La a veces inextricable maraña institucional no puede perder de vista este objetivo. Recuérdese en este punto como son todos los poderes públicos los que están comprometidos con el empeño asistencial de los pacientes mentales (art. 49 CE). Surge así la necesidad de un diálogo inter-institucional

para dar cumplimiento a tal mandato. Esta tarea se muestra más compleja en un ámbito particularmente restrictivo y problemático, el penitenciario. Esta es la ponencia encomendada a **José Domingo Cabrera Ortega**, Director de Salud Mental de Navarra.

Finalmente disertará **Isabel Arboniés Bermejo**. El orden en la intervención no debe llevar a engaño. Será este el momento en el que muy especialmente se hable de los “protagonistas”: enfermos y familias. Sujetos activos y pasivos pero directos de la enfermedad mental. Históricamente la familia ha sido la tradicional cuidadora del paciente mental. A pesar del fenómeno institucionalizador que surge con el “gran encierro” de que hablara Foucault, lo cierto es que las familias siempre han estado ahí. Y hoy seguramente más de lo que el ajeno a esta materia pudiera creer. Producida la desinstitucionalización (hospitalaria) y en gran medida, faltos que estamos, de una red asistencial óptima, nuevamente ha recaído en las familias la asunción del cuidado de estos pacientes. Isabel ha ocupado cargos institucionales, pero está aquí en una doble condición. Una cuasi-institucional (es Presidente de la Asociación Navarra para la Salud Mental) y otra personal –aquí a mi modesto entender la más significativa-. Isabel es sobre todo la madre de un hijo que con autismo infantil ha llegado a desarrollar crisis psicóticas. Es por ello la voz del otro lado, del lado no institucional. Del que tal vez todos debiéramos aprender.

ENFOQUES DE LA PROBLEMÁTICA PSIQUIÁTRICA EN EL ÁMBITO CIVIL: LA HOSPITALIZACIÓN NO VOLUNTARIA Y LA INCAPACITACIÓN

Dr. Josep Ramón Montes

Director de Planificación y coordinación asistencial
San Joan de Déu, serveis de salut mental.

El enfermo mental grave: estados psicopatológicos y discapacidad.

Epidemiológicamente, el campo de los trastornos mentales contiene una extraordinaria diversidad, los límites de la cual continúan cambiando. Es una prueba evidente la alta frecuencia con la que aparecen nuevas y diferentes clasificaciones nosológicas. Fulford y Hope (1) pusieron de manifiesto en 1996 las diferencias existentes en el concepto de trastorno mental en los países europeos, tal y como se utiliza desde el punto de vista de la práctica legal.

El estudio *E.C.A.* (2) y posteriormente el *National Comorbidity Survey* (3) realizados en USA, han contribuido a consolidar el concepto de Trastorno Mental Severo, definido como una patología psiquiátrica con criterio de gravedad clínica y más de dos años de evolución, de forma continua o episódica recurrente, y tendencia a producir discapacidades a lo largo de la vida. La gravedad clínica está definida como distorsión grave de la realidad, comportamiento abiertamente desadaptado y falta de contención o conductas de riesgo para sí o para terceros. Este concepto incluye los diagnósticos de esquizofrenia, trastorno esquizoafectivo, trastorno bipolar, autismo, así como las formas severas de otras patologías como la depresión mayor, la crisis de angustia con agorafobia y el trastorno obsesivo-compulsivo. Algunos trastornos de personalidad como el trastorno límite o *borderline*, pueden cumplir criterios de enfermedad mental severa. (4)

En cualquier caso, el concepto de enfermedad mental grave o severa no sólo viene caracterizado por las alteraciones de las funciones superiores, sino también por el

sufrimiento, las cargas individuales, familiares y sociales, y en general por las graves interferencias que generan en la vida cotidiana.

Aún así, la efectividad de los tratamientos combinados (farmacológicos o biológicos y psicosociales) y de la rehabilitación, ha aumentado mucho en los últimos años. (5,6,7) En la actualidad, existe un amplio consenso respecto al beneficio terapéutico del tratamiento de estas personas, siempre que se tengan en cuenta todos los aspectos involucrados en la situación. A este beneficio se suma el ahorro económico que representa para la sociedad, mantener a estas personas adecuadamente tratadas, cuando se contabilizan todos los costes y no sólo los estrictamente sanitarios. (5)

La naturaleza de muchas enfermedades mentales, por ejemplo la esquizofrenia o la depresión mayor, hace que evolucionen de manera errática o por episodios. Las fases de compensación y recuperación pueden ser largas. A diferencia de un enfermo demenciado o un deficiente psíquico de cierta intensidad, el enfermo mental no siempre está instalado en la patología. Además, a menudo un cambio de actitud positivo hacia el tratamiento o la rehabilitación, puede generar mejoras muy importantes. Algunas de las variables a tener en cuenta son:

- el estado cognitivo y la propia conciencia de sí (y de la enfermedad) pueden variar en el tiempo,
- la capacidad para ejercer un rol depende también de muchos factores: del estado mental, del apoyo informal recibido, de la atención profesional...,
- el apoyo profesional ha de cambiar en función de la evolución del enfermo,

- el tipo de asistencia recibida (que sea aceptable por el paciente, que no lo estigmatice, etc.), es un factor significativo en la evolución de la enfermedad,
- las actitudes sociales (la imagen social del enfermo mental) determinan también la evolución del paciente; la discriminación frontal (no acceder a un trabajo por el hecho de tener un diagnóstico psiquiátrico), pero también la falta de estrategias de discriminación positiva, son factores claves.

La competencia mental en la clínica psiquiátrica

Ya hemos comentado algunos aspectos referidos a la vulnerabilidad del paciente con un trastorno mental grave. En muchos de estos casos, no existe una conciencia suficiente de la enfermedad, o bien esta conciencia está distorsionada patológicamente. En esta situación, difícilmente el paciente puede participar de manera realista en las decisiones sobre su propia salud.

La competencia mental es la capacidad del paciente para, una vez entendida la situación, así como las alternativas de actuación posibles y sus probables consecuencias, escoger, expresar y defender una decisión consecuente con sus propios valores. (8)

Beauchamp y McCullough (1987) (9) señalaban que las características de una decisión autónoma tienen su

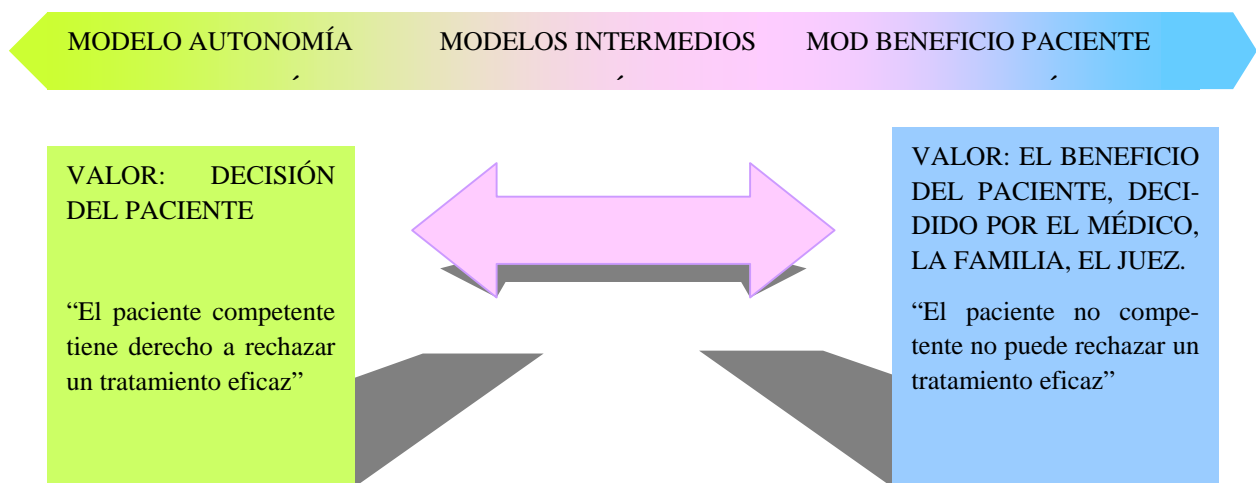
fundamentación en un conocimiento suficiente, en la comprensión y la intencionalidad, y sin la influencia de coacciones internas y externas.

Las dificultades que comporta en la clínica la evaluación de la competencia mental en una situación concreta, son importantes. ¿En qué circunstancias se ha de considerar el principio del beneficio del paciente por encima del de autonomía? Por tanto, ¿cuándo se ha de forzar un tratamiento psiquiátrico en contra de la voluntad del paciente?. ¿Sólo cuando represente un peligro para si mismo o para los otros?. ¿Se puede forzar en función de este riesgo de manera preventiva, en base a la predicción considerada por su terapeuta? El riesgo de rotura social, laboral o familiar, ¿tiene que ser considerado?. ¿Y el de la exclusión social?

La competencia se basa en una decisión autónoma orientada a una finalidad concreta. La autonomía es un *continuum*, una dimensión teóricamente cuantificable que puede aumentar o disminuir. La competencia en cambio, es dicotómica, categorial: para una decisión concreta se es o no se es competente (10)

En la figura núm.1 se muestra, sobre la dimensión de autonomía, las tres situaciones o modelos de relación asistencial, en función de la categoría “competencia”.

Fig. 1: Modelos básicos de relación asistencial en razón de la competencia del paciente



La competencia ha de ponerse siempre en relación con el tipo de decisión que se ha de tomar. Por ejemplo, se considera válido el consentimiento de un disminuido leve para aceptar un tratamiento efectivo y vital, que comporte pocos riesgos. No obstante, probablemente el mismo paciente sería incompetente para rechazarlo.

El motivo resulta claro: el tipo de decisión y sus consecuencias determinan los requisitos que se necesitan para ser competente. (11) Cuanto más incierta y arriesgada es una decisión, más cualidades son necesarias para poder tomarla.

Por tanto, los factores que un usuario competente ha de poder evaluar para tomar una decisión asistencial, son:

- la efectividad del tratamiento propuesto,
- la evaluación de los riesgos que comporta el tratamiento,
- la necesidad de asistencia en razón de la situación clínica y psicosocial del sujeto, así como los riesgos derivados de no hacer efectivo el tratamiento, y
- la existencia de otras alternativas viables.

La capacidad del paciente para comprender racionalmente sin coacciones estos factores ahora y aquí, y tomar una opción razonable y también coherente con sus valores, es entonces el objeto de estudio del profesional.

En las situaciones de crisis aguda, los pacientes tienen más dificultades para evaluar racionalmente las diversas alternativas y sus consecuencias. Por el contrario, el internamiento prolongado obligatorio requerirá en la mayoría de los casos un consentimiento regularmente renovado, y si es posible, con la participación de los familiares.

La hospitalización de agudos: beneficios y riesgos de la intervención y de la no intervención en las diferentes situaciones clínicas.

Definimos un proceso de internamiento de agudos como **una hospitalización temporal, de entre dos y cuatro semanas de duración, en un entorno normativo y a menudo restrictivo, vigilado y seguro, donde se producen tratamientos biológicos y psicosociales intensivos dirigidos a asumir la recuperación clínica más rápida posible del paciente psiquiátrico en situación de crisis.**

Entendemos por internamiento no voluntario¹ en psiquiatría, aquel que, indicado por un psiquiatra y bajo el control previo o posterior de un juez, se basa estrictamente en la necesidad de salud de un paciente que no tiene la competencia mental necesaria para prestar consentimiento responsable, independientemente de que acepte o rechace la medida.

En cambio, el internamiento voluntario es aquel que se produce bajo criterio médico cuando el paciente es capaz de consentir o rechazar, de acuerdo a sus preferencias y valoraciones. El paciente siempre mantiene el derecho a rechazar el consentimiento previo en cualquier momento, asumiendo por escrito su responsabilidad. Sólo la existencia de un riesgo alto de daño físico para el paciente o para terceros, que debería ser valorado por un segundo médico, puede suspender provisionalmente este derecho, mientras no sea autorizado por un juez.²

En el Convenio Europeo (12), cualquier tratamiento no voluntario de una persona no competente para consentir, sólo está justificado en base al principio de protección de la salud del individuo y por tanto, a una necesidad sanitaria. El Libro Blanco (13) recupera, en diferente orden, los criterios adoptados por la O.M.S.(14) explicitando más claramente la necesidad de la presencia de un trastorno mental como causa del riesgo, y también la no existencia de alternativas menos restrictivas. Este mismo documento instaura, en su artículo 7, el principio de protección a la salud del propio paciente como única justificación para un tratamiento no consentido en los casos de trastorno mental grave, bajo las condiciones ya conocidas, de vigilancia, protección, control y existencia de vías de recurso.

1 A lo largo de este trabajo los términos "no voluntario", "no consentido", "forzoso" e "involuntario" (éste, en la terminología legal española) son sinónimos.

2 En otras ocasiones hemos tratado del abuso que, a nuestro entender, significa proceder a llenar de internamientos voluntarios los centros psiquiátricos siguiendo una idea equivocada de "buena imagen" del hospital, amparándose en la seguridad que da el hecho de poder cambiar a la modalidad involuntaria urgente siempre que el médico lo estime oportuno. Por respeto al paciente y a la relación terapéutica, esta modificación jurídica se tendría que reservar para situaciones excepcionales, bien sea por la aparición de un riesgo grave, en términos de daño físico, sobrevenido, bien sea porque en el momento del ingreso no fue correctamente valorado. En cualquier caso, un cambio así del pacto inicial, tendría que ser muy bien explicado al paciente y la familia, explicitando nuestro malestar por tener que tomar tal grave medida e informando de que será el juez quien, finalmente, lo autorice o no.

a) Efectividad y riesgos asociados en la hospitalización de agudos

En general, no se considera que la simple custodia o vigilancia sea un beneficio suficiente para el paciente, a menos que se trate de una condición necesaria para un proyecto terapéutico más amplio. En algunos países europeos se permite legalmente el internamiento obligatorio en algunos casos, pero se requiere el consentimiento del paciente para el tratamiento farmacológico. Esta disociación entre tratamiento (que es en definitiva la finalidad real) y control, plantea algunas dificultades éticas, pues si bien es cierto que el internamiento forzoso no tendría que implicar necesariamente que el médico tome todas las decisiones durante el tiempo de la hospitalización (por ejemplo, la terapia electroconvulsiva), tampoco parece éticamente aceptable prolongar una situación de restricción que no se base en la efectividad esperable de un tratamiento.

Cuando el objetivo de la hospitalización es realizar un tratamiento efectivo que no se puede dar en la comunidad, las incomodidades o riesgos no evitables que puede comportar la situación de internamiento, son básicamente asumibles. En realidad, las normas y obligaciones se dirigen a procurar la modulación de la conducta inapropiada o desadaptativa, la confrontación con el principio de realidad o bien la contención de las ansiedades, a menudo muy catastróficas, del enfermo mental en crisis. El control reasegura al paciente y le proporciona la capacidad de volver a sentirse integrado, capaz de pensar y decidir.

Estos elementos normativos son una parte inseparable de las técnicas terapéuticas y condicionan enormemente el éxito de todo el proceso de recuperación dentro del hospital, pero fácilmente se convierten en medidas puramente defensivas o represivas, vividas como imposiciones abusivas o bien forman parte de dinámicas actuadoras de acción - reacción, sin contenido terapéutico, cuando no existe un tratamiento específico eficaz.

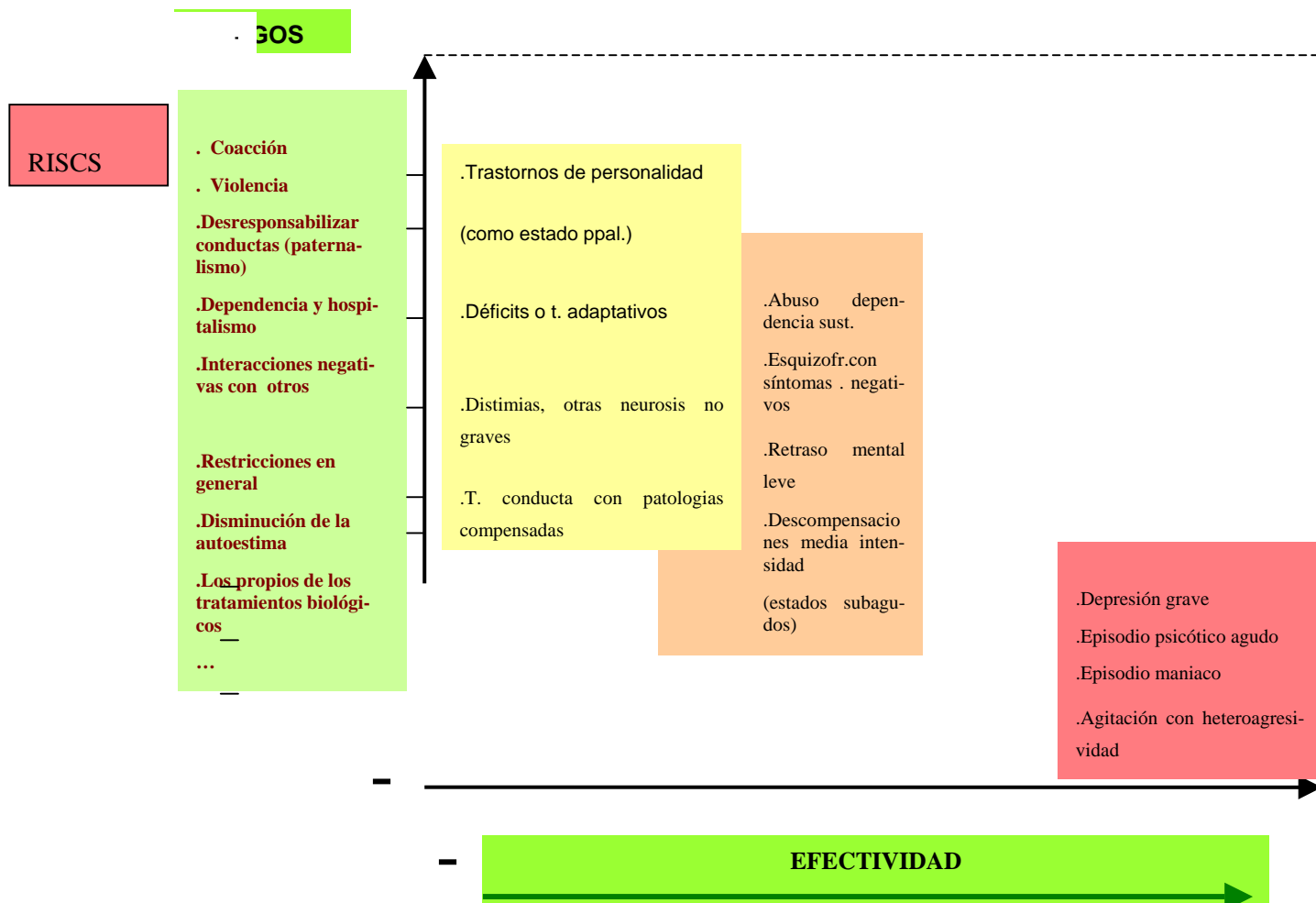
Con respecto a los tratamientos, existe evidencia suficiente de la altísima eficacia, comparable a otros ámbitos

de la medicina y la cirugía, de los tratamientos farmacológicos específicos tanto en las situaciones agudas como en la evitación o disminución de las recaídas (5). También la rehabilitación psicosocial ha mostrado su efectividad cuando el paciente y la familia colaboran en el proceso. (7). Fuera de algunos efectos yatrogénicos muy graves pero extremadamente raros como el Síndrome neuroléptico maligno, hoy es posible un control seguro en la aplicación de los tratamientos psiquiátricos habituales y existe una clara tendencia a la disminución de los tradicionales efectos secundarios de los nuevos fármacos y a una mayor tolerabilidad. Con todo, no se han de menospreciar estos riesgos ni las consecuencias sobre la calidad de vida del paciente, cuando se trata de terapias prolongadas y a menudo, permanentes.

En la figura 2 mostramos la relación entre los riesgos asociados a la hospitalización (internamiento y tratamientos) y la efectividad de esta intervención, para cada una de las grandes tipologías de trastornos que habitualmente se presentan. Los términos de "coacción" y "violencia" se refieren a la aplicación de medidas muy restrictivas de tipo físico –básicamente contención física y aislamiento– como respuesta a conductas graves de pacientes no mediatizadas para una distorsión del estado mental, es decir, conductas responsables.

Como se puede apreciar, la efectividad es máxima y los riesgos derivados de la situación restrictiva del internamiento, mínimos, en las situaciones clínicas más agudas y graves de la práctica psiquiátrica. En el otro extremo, son las patologías que cursan con menos perturbación mental y para las que no existe un tratamiento efectivo en el curso de una hospitalización corta, las que presentan más riesgos asociados en la situación de internamiento. Obviamente, la decisión sobre una intervención clínica de estas últimas características – baja efectividad e importantes riesgos psicológicos- tendría que ser tomada por pacientes competentes. No parece profesionalmente aceptable forzar a estas personas a un tipo de intervención de tal naturaleza.

Fig 2: Efectividad y riesgos de la hospitalización de agudos (internamiento y tratamientos), según las distintas situaciones psicopatológicas.



b) Necesidad de salud y efectividad de la hospitalización de agudos: la competencia mental ante el consentimiento.

Otro de los factores de competencia que citábamos es el grado de necesidad de la intervención. Está claro que uno de los elementos es el impacto de la afectación mental y de discapacidad que comporta la situación clínica y, ligado a esto, los riesgos que previsiblemente aparecerían si no se hiciera efectiva la medida. Se trata de dos elementos que correlacionan perfectamente, y que constituyen lo que podríamos llamar “nivel de necesidad de atención”.

En la figura 3, parece claro que los riesgos de la no intervención y la efectividad de la medida son máximos en

la clínica de depresión grave, episodio psicótico agudo, episodio maniaco o agitación con auto o heteroagresividad, independientemente del trastorno principal causante del cuadro. En estas condiciones de grave riesgo y gran efectividad de la medida, los requisitos que tendría que tener un paciente para poder rechazar, tendrían que ser altísimos, y en todo caso muy lejos del estado mental característico de estas situaciones. Hay que recomendar claramente el internamiento no consentido como norma general.

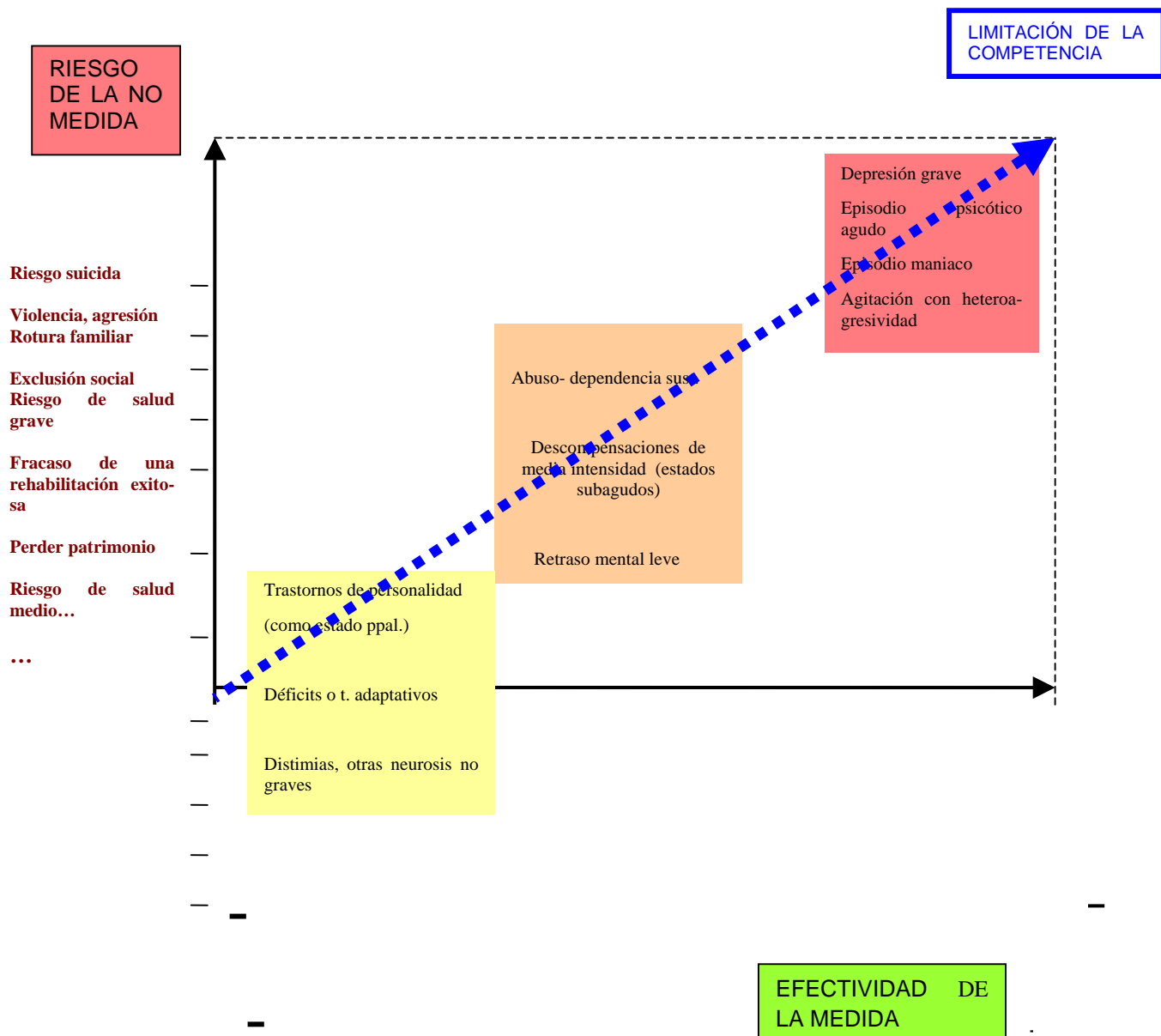
Por el contrario situaciones de poco riesgo derivado de la patología mental y también poca efectividad de una hospitalización de corta duración, no parecen indicaciones técnicamente correctas. Ésta tendría que ser una eventualidad excepcional, pero, en cualquier caso, perfectamente compatible con competencia mental conservada. La hos-

pitalización tendría que ser pactada en base a un contrato terapéutico libremente consentido por el psiquiatra y el paciente.

En situaciones intermedias se encontrarían otros estados patológicos que admiten incorporar criterios con la

historia anterior del sujeto respecto a los resultados en otras experiencias similares, o al uso de los servicios o simplemente, perfilar mejor los riesgos concretos caso por caso. Como norma general, se puede partir de la voluntad.

Fig. 3. Hospitalización de agudos: Estado clínico y relación entre riesgo de no hacer efectiva la medida y la efectividad terapéutica en la disminución de la competencia mental



En psiquiatría, y en especial en los casos más graves, cuanto mayor es la afectación mental, menor es la conciencia de enfermedad. Ya hemos visto que a este factor fundamental, se añaden muchos otros característicos de la

propia naturaleza del enfermar y de la evolución de los trastornos mentales. Si a esto unimos el hecho de que son precisamente los estados psicopatológicos más graves los que tienen más necesidad (o más riesgos si no actuamos),

menos riesgos asociados a la intervención y donde esta resulta más efectiva, entonces es muy claro que la competencia para decidir se ha de plantear, no tanto sobre la pregunta de si el paciente puede aceptar (la cual resultaría irrelevante), sino sobre si está suficientemente capacitado para rechazar. Así pues, los criterios para un internamiento no consentido son:

1. Existencia de un trastorno mental significativo que implique un riesgo grave para la integridad física, la salud, la vida familiar o relacional, o los intereses en general de la propia persona.
2. En la situación actual, el estado mental del paciente le impide la competencia necesaria para tomar una decisión responsable y conforme a sus propios intereses.
3. Según los conocimientos disponibles, la medida de hospitalización es razonablemente más efectiva y beneficiosa para el paciente que cualquier otra alternativa terapéutica menos restrictiva.

Naturalmente, y como consecuencia de todo lo que hemos dicho, el internamiento no consentido sólo ha de durar lo que el estado de no competencia del paciente dure, independientemente del tiempo de hospitalización. Es altamente recomendable acompañar al paciente hacia la aceptación del internamiento a través del proceso de consentimiento informado, lo cual mejora la relación terapéutica y la conciencia de enfermedad. (8)

La figura de la incapacitación

La segunda de las situaciones legales más relevante en la asistencia a los enfermos mentales es la figura de la incapacitación. Mientras en la hospitalización de crisis el objetivo perseguido es la recuperación lo más inmediata posible de la salud del paciente, perturbada de manera significativa por la aparición del episodio agudo, en la incapacitación se pretende dotar al paciente discapacitado de la protección legal y asistencial necesaria para asegurarle, de manera continuada, la mejor calidad de vida posible.

Pero, ¿cómo es la discapacidad de un enfermo mental?

Las enfermedades mentales graves son el grupo que más discapacidad, medida en “años vividos con discapacidad”, generan en el mundo. (15)

Esto quiere decir que muchos de estos pacientes no pueden llevar una vida completamente autónoma, que no pueden trabajar, que necesitan un apoyo o una supervisión constante. En el concepto técnico de discapacidad se mide sobre todo el funcionamiento social y las limitaciones para ejercer un rol social (ser padre o madre, una profesión...).

Sin embargo, la discapacidad no es un concepto estático. Con frecuencia, su origen se debe más a las consecuencias personales y sociales producidas por la presencia de un estado mental activo, no tratado, que a un estado de deterioro procesual (funcional) establecido. En cualquier caso, la discapacidad debida a trastorno mental procede tanto del deterioro psíquico y cognitivo producido por la frecuencia de episodios agudos a lo largo de la vida, como a las consecuencias sociales de la enfermedad. Variables como el tipo de asistencia recibida a lo largo de la vida (apoyo profesional), la cantidad y calidad del soporte informal (familia, red social) o la actitud social frente a las enfermedades mentales y la consiguiente presencia o ausencia de oportunidades sociales disponibles, influyen de manera directa sobre la evolución de la enfermedad.

Por la misma razón, la posibilidad de ejercer derechos y obligaciones como cualquier ciudadano, puede variar mucho en función de los factores citados.

Generalmente, el enfermo mental grave que vive en la comunidad es una persona frágil y muy vulnerable a los cambios normales de la vida (la negación de la enfermedad expresada en conductas de riesgo, la no aceptación de las autolimitaciones necesarias para su salud, el abandono del tratamiento, etc., son tentaciones permanentes).

Otros, en menor cantidad, están instalados en una situación mental y psicosocial extremadamente desestructurada, y requieren medidas de soporte y protección permanentes.

Para medir la discapacidad debemos tener en cuenta los siguientes factores (anexo, tabla 1):

- El diagnóstico de la enfermedad o del déficit
- La gravedad clínica
- La dependencia
- La situación de riesgo social

Es importante resaltar que, a diferencia de la valoración de la competencia mental (ahora y aquí) en función del estado mental actual para decidir una hospitalización de agudos, la medida de la discapacidad requiere una vi-

sión longitudinal de la vida del paciente (al menos durante 6 meses), a ser posible en condiciones de estabilización médica. De lo contrario, es decir evaluando transversalmente el estado mental del sujeto en situación de descompensación, corremos el riesgo de abrir un procedimiento de incapacitación a un paciente recuperable. La valoración técnica debería incluir:

- Si el paciente tiene capacidad para moverse libre y responsablemente
- Si puede administrarse sus propios recursos económicos
- Si es capaz de autocuidados suficientes de la vida diaria
- Si también puede ocuparse de su salud
- Si puede relacionarse con los demás
- Si puede ejercer roles sociales
- Si tiene capacidad de defenderse y buscar ayuda cuando lo necesite

La situación típica en la que está indicada la incapacitación es aquella en la que, por causa de un trastorno mental grave y de larga evolución, se dan condiciones de discapacidad significativa y persistente y condiciones de vulnerabilidad social. Algunas situaciones concretas que pueden actuar como factores de alarma son:

- Enfermo mental grave con padres mayores y sin otro apoyo social o familiar
- Mal uso y riesgo de pérdida de recursos económicos y patrimoniales, ligado a su funcionamiento mental
- Situaciones de abuso por parte de terceros
- Riesgo de exclusión social debido a enfermedad mental tratable
- Persona mayor con deterioro o déficit cognitivo que requiere apoyo permanente
- Enfermo crónico institucionalizado, sin posibilidades de inserción comunitaria.

La incapacitación comporta un compromiso enorme para aquellos que participan en la decisión, especialmente cuando se refiere a casos en los que no se dan plenamente los factores antes citados (por ejemplo, en pacientes bipolares donde el riesgo aparece circunscrito a los episodios o fases maníacas, o en jóvenes disruptivos con patología

combinada). Por ello es fundamental cuidar todo el proceso y asegurar la participación en él de todos los implicados. A mi juicio, debería exigirse una valoración psiquiátrica y social evolutiva, es decir, sucesivos informes del estado del paciente y de su situación psicosocial, siempre con la participación de profesionales asistenciales y no únicamente de peritos judiciales. Es fundamental hacer esfuerzos para que el paciente reciba asistencia profesional adecuada durante el procedimiento, primero por su propio beneficio y segundo, para poder evaluar su estado en las mejores condiciones de asistencia y tratamiento posibles.

La incapacitación debería tener siempre un objetivo de efectividad, y no meramente sancionador de una situación de necesidad. No tiene sentido incapacitar si con ello no se ofrecen instrumentos concretos para evitar el riesgo o procurar el cuidado del paciente. Esto significa dotar de contenido real la figura del tutor en cada caso (sus atribuciones, sus instrumentos de intervención, sus responsabilidades, el apoyo emocional y legal), mejorar la formación y la capacidad de seguimiento del sistema judicial, estar dispuesto a recapacitar si conviene, y mejorar la capacidad técnica y de intervención de la red de salud mental. En realidad, todos deberíamos *capacitarnos* más para poder *incapacitar*.

Por tanto, la incapacitación no debería ser:

- Una manera de colocar la responsabilidad a alguien
- Una manera de quedarnos satisfechos con nuestra conciencia social.
- Una consecuencia *lógica* de un diagnóstico psiquiátrico, por mas grave que sea
- Una figura que desresponsabiliza al paciente
- La negación de total capacidad del paciente (incluso para un ingreso voluntario).
- Una vía para acceder más directamente a una institución o a un techo
- Una condición para toda la vida, independientemente de la evolución del paciente

Bibliografía

1. Fulford KW, Hope T: Control and Practical Experience", en Koch HG, Reiter-Theil S, Helmchen E (eds) Informed Consent in Psychiatry, 1996

2. Robins LN, Regier DA (eds.) : Psychiatric Disorders in America: The Epidemiologic Catchment Area Study. New York, Free Press, 1991.
3. Little RJ, Lewitsky S, Heeringa S, Lepkowsky J, Kessler RC: Assesment of weighting methodology for the National Comorbidity Survey. *Am J Epidemiol* 1997; 146(5):439-49
4. Servei Català de la Salut: El Pla de Serveis Individualitzat. Ed. Interna del Consell Assessor de Salut Mental, 1998
5. The National Advisory Mental Health Council (Special Report): Health Care Reform for Americans with Severe Mental Illnesses. *Am J Psychiatry* 159: 10 october 1993.
6. Lehman AF, Carpenter WT, Goldman HH et al: Treatment outcomes in schizophrenia: implications for practice, policy and research. *Schiz Bulletin* 21: 669-675, 1995
7. Falloon IR H: Optimal Treatment for Psychosis in an International Multisite Demonstration Project. *Psychiatr Serv* 5: 615-618, 1999
8. Ramos j, Llovet JM: Mental Competence and Consent in Severe Mental Disorders. En: Rendtorff JD, Kemp P: Report to the European Commission of the BIOMED II Project "Basil Ethical Principles in Bioethics and Biolaw"(Vol II). Ed Centre for Ethics and Law (Copenhagen) and Institut Borja de Bioètica (Barcelona).
9. Beauchamp TL, McCullough LB: *Ètica Mèdica*. Labor. Madrid, 1987
10. Llovet JM, Ramos J: Capacidad mental y consentimiento en los trastornos mentales graves. En: *La Bioètica, lugar de encuentro*. Ed Asociación de Bioètica Fundamerntal y clínica. Madrid, 1999
11. Drane J: The Many Faces of Competency. The Hasting Center Report. April, 1985
12. Consejo de Europa: Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Ed. Ministerio de Asuntos Exteriores. Oviedo, 1997
13. Grupo de expertos: Libro blanco sobre la proteccion de los derechos humanos y la dignidad de las personas afectas de trastorno mental, con especial referencia a los ingresados de forma involuntaria en un centro psiquiátrico. Consejo de Europa, 2000
14. O.M.S.: Evaluación de los métodos de tratamiento de los trastornos mentales. Ginebra, 1991
15. Murray CJL, Lopez Alan D: *The Global Burden of Disease*. W.H.O., 1996

PROPUESTA DE INCAPACITACIÓN LEGAL. CRITERIOS CLÍNICOS Y PSICOSOCIALES

Nombre y apellidos:

D.N.I.:

DOMICILIO:

Criterio diagnóstico: (uno de los dos criterios es condición necesaria)

- Diagnóstico psiquiátrico estable, grave-severo y con más de dos años de evolución
- Otros diagnósticos relacionados con déficit cognitivo importante no reversible

B. Criterios clínicos: (al menos dos de los cuatro)

- Déficit cognitivo persistente evaluado instrumentalmente
- Juicio de la realidad marcadamente afectado, fuera de las situaciones agudas
- No conciencia de enfermedad o del déficit
- Impulsividad y conductas de riesgo derivadas o relacionadas con la enfermedad o el déficit

C. Dependencia: (necesarios dos de los tres criterios)

- El paciente necesita supervisión constante
- En la situación actual, el paciente no puede ejercer un rol social (progenitor, trabajador,...), ni siquiera de manera supervisada
- G.A.F. de menos de 50

D. Criterios sociales (al menos dos criterios)

- Precariedad social y económica
- Soledad, aislamiento y falta de red social de apoyo
- Uso inadecuado de dinero: estimula la enfermedad, pone en riesgo el patrimonio o el propio futuro
- Claudicación familiar
- Evidencia o sospecha razonable de manipulación de terceros
- Cualquier otra circunstancia que haga pensar en un riesgo de marginación social
- El enfermo lleva más de dos años ingresado involuntariamente y esta condición no es aún modificable

(los siguientes criterios E i F orientan a la valoración complementaria de la capacidad i, añadidos a los anteriores, a la incorporación de los cuidados de salud entre las áreas a tutelar)

E. Utilización de servicios:

- Frecuentes hospitalizaciones en el último año (normalmente involuntarias)
- El paciente no acepta tratamiento ambulatorio, tras haberlo intentado varias veces
- El enfermo no acepta rehabilitación, aunque la necesite

F. Criterios evolutivos:

- Alta frecuencia de recaídas, en relación a la falta de seguimiento de las prescripciones
- Pronóstico hacia el deterioro o un mayor grado de este

nombre, firma y fecha (clínico y t. social)

ENFOQUE EN LA ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA CON PROBLEMÁTICA PENAL

Dr Enric Vicens Pons. Director
Àrea Psiquiatria Penitenciaria.
Sant Joan de Déu Serveis de Salut Mental.

El modelo general de la atención psiquiátrica con causa penal

1. Las medidas de seguridad

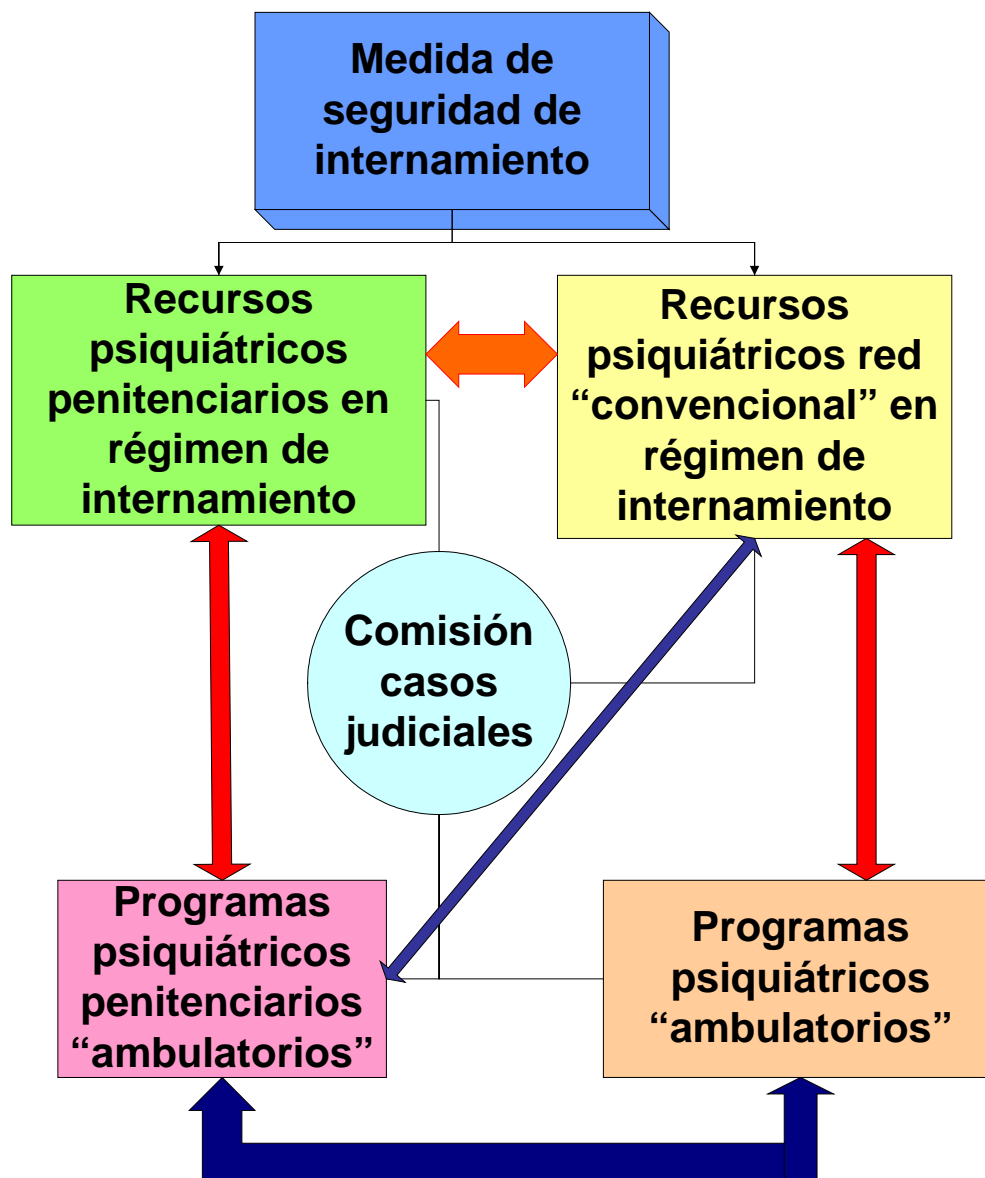
Cuando en una sentencia se considera que el hecho delictivo está directamente relacionado con la presencia de una enfermedad mental suele quedar definida la adopción de las llamadas medida de seguridad. La finalidad de las mismas tiene una naturaleza eminentemente asistencial y desempeña una finalidad esencialmente preventiva. La medida de seguridad se orienta a la evitación de futuros delitos, lo cual se pretende conseguir mediante la aplicación de un tratamiento asistencial adecuado a la persona enferma mentalmente y que ha cometido un hecho delictivo. Se puede presuponer que en la medida de seguridad prima el tratamiento de la enfermedad mental y éste debe darse en el lugar adecuado. La ley no especifica cual sería el centro más adecuado para proceder al internamiento. Podríamos pensar que estos deberían ser unidades de hospitalización psiquiátricas pero la interpretación y por tanto la indicación corresponde al Juez. Así vemos como en Catalunya prácticamente la mitad de las medidas de seguridad se cumplen en unidades psiquiátricas de la llamada red "civil" y la otra mitad en enfermerías psiquiátricas de los centros penitenciarios.

Es indudable que la medida de seguridad implica una gestión clínica que va desde el internamiento al tratamiento ambulatorio. Establece un itinerario que debe consignarse siguiendo criterios clínicos que englobe:

- el estado psicopatológico
- la necesidad de cuidados
- los diferentes riesgos del paciente (no cumplimiento de tratamiento, consumo de sustancias, conductas violentas....)
- variables sociales: apoyo familiar...

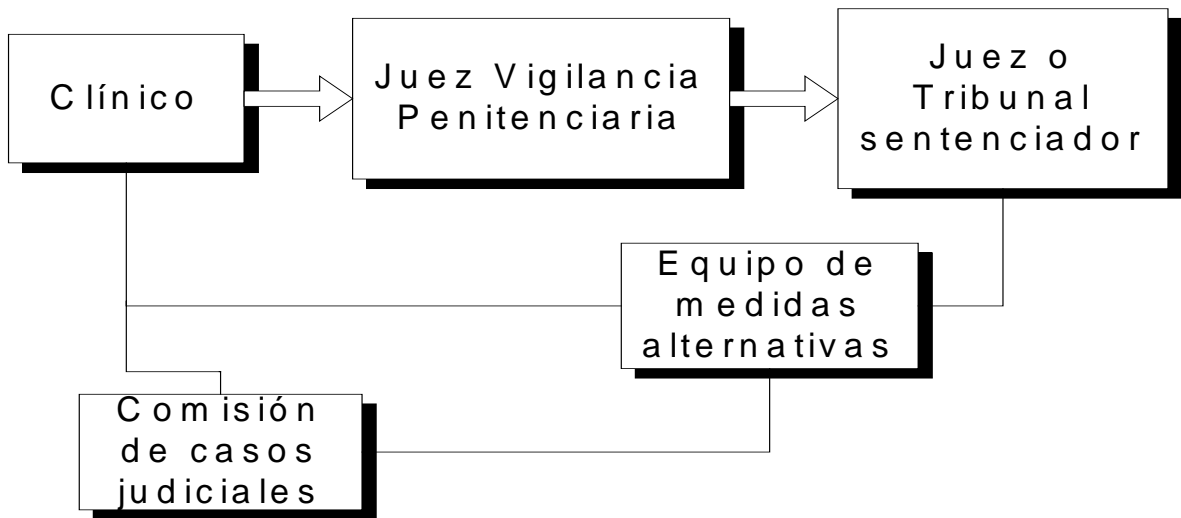
Es muy importante que quede definido el tipo de intervención y el plan de tratamiento señalando los objetivos que se plantean, cuando se revisaran y como se evaluaran.

El elemento esencial de la eficacia de la aplicación de la medida de seguridad es la necesidad de garantizar la continuidad asistencial. Sin continuidad de asistencia y de tratamiento la medida no habrá cumplido su fin. En este sentido es primordial la conexión entre los recursos psiquiátricos penales y civiles. La comisión de casos judiciales formada por profesionales de ambas redes podría garantizar que en todo momento el paciente pudiera estar en el recurso donde podría recibir el mejor tratamiento. Así un paciente podría estar en un recurso penal y pasar a uno civil y al revés, lógicamente todo ello argumentado en una evaluación sólida y con la garantía jurídica correspondiente:



Es bueno recordar la necesidad de informar periódicamente a l Juez de Vigilancia Penitenciaria al menos cada 6 meses elevando las propuestas que se consideren atendiendo a la evolución y a la evaluación del caso. La existencia de equipos como los existentes en Catalunya cuales son los de medidas alternativas oficiados en muchos casos para hacer el seguimiento mediante los llamados delegados

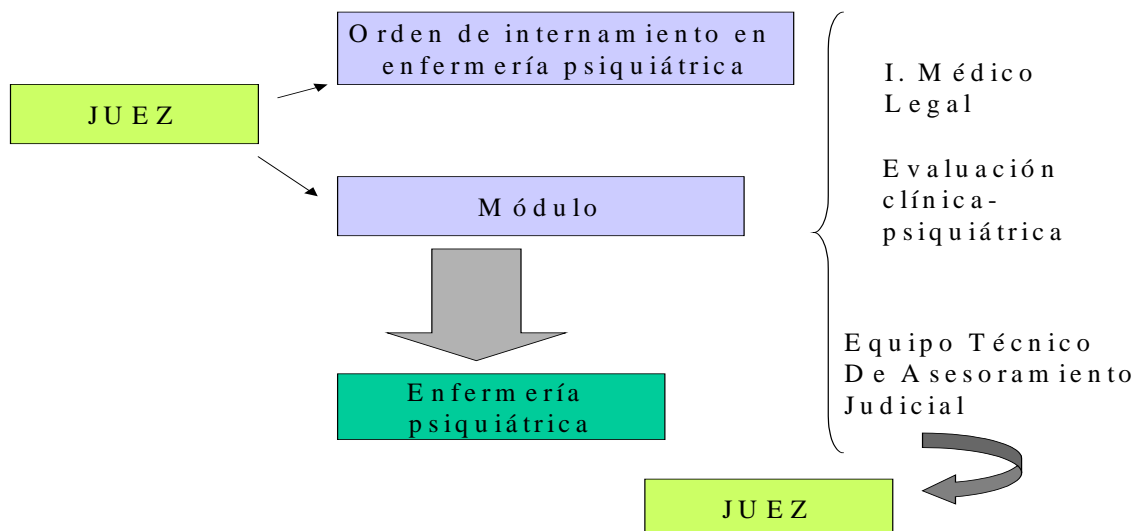
judiciales permiten una mejor comunicación entre los equipos técnicos y las instancias judiciales. Aunque si quisiéramos anotar los diferentes protagonistas que intervienen en la gestión de la medida de seguridad deberíamos de añadir el Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y el Instituto de Medicina Legal y Forense con sus psiquiatras forenses el circuito básico seguiría el siguiente esquema:



2. Enfermedad mental en preventivos

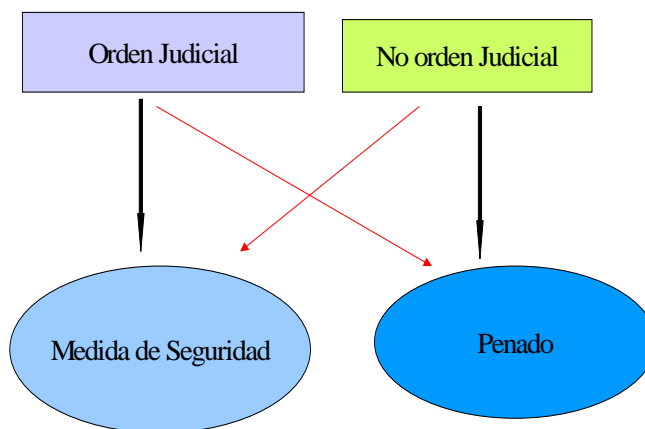
Aunque hayamos empezado hablando de las medidas de seguridad hay un paso previo cual es el ingreso preventivo. El ingreso preventivo puede venir ya matizado por la sospecha de enfermedad mental indicándose el ingreso en las llamadas enfermerías psiquiátricas. Esta circunstancia obedece a la orden judicial cuyo objetivo sería la observa-

ción de la persona internada y/o tratamiento para confirmar la existencia o no de enfermedad mental o para estabilizar la clínica claramente existente. El ingreso establece una vía de dialogo entre el Instituto Médico y Forense (quien se asumirá la pericia psiquiátrica en caso de ser solicitada), el llamado equipo técnico de asesoramiento judicial y el propio equipo clínico de la enfermería psiquiátrica del centro penitenciario:



Unos desde la información clínica, otros desde la pericia (la evaluación determinante como luego veremos) deben de ayudar a definir la necesidad o no de tratamiento

especializado independiente del punto de partida inicial:



3. Enfermedad mental no considerado medida de seguridad

Aquí nos estamos refiriendo no a trastornos psiquiátricos considerados menores (como por ej. Trastornos adaptativos, de ansiedad....) sino a trastornos del espectro de la esquizofrenia que no han sido recogidos en la sentencia. Señalar que la medida de seguridad se aplica en relación a la conducta imputada no a un diagnóstico, lo que quiere decir que no por ser una persona con un diagnóstico de esquizofrenia hay que considerarlo no responsable y por tanto aplicable automáticamente la medida de seguridad. Inicialmente si es considerado penado no hay reconocimiento de enfermedad mental. El papel del psiquiatra asistencial es importante para detectar la presencia de enfermedad mental y si esta es grave y persistente deberá de priorizarse la asistencia médica y gestionar el caso desde lo sanitario.

Hay que conocer las posibilidades del propio reglamento penitenciario que lo permiten. Ejemplos serian la propia enfermedad sobrevenida en donde cesa la intervención penal y se garantiza la asistencia médica en el recurso más adecuado.....

Las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del enfermo mental en la causa penal

En el enfermo mental en la causa penal no hay otro derecho restringido que el de la privación de libertad. En el caso de que se adopte cualquier otra medida de ámbito restrictivo este debe de estar motivada e indicada en clave

terapéutica. La medida restrictiva debe de adoptarse el mínimo tiempo que se considere necesaria.

El principio básico de autonomía sólo debe de cuestionarse cuando la enfermedad mental o mejor dicho el estado psicopatológico influye de una manera clara en la toma de decisiones del sujeto. Es así que el psiquiatra deberá estar atento a valorar la competencia mental que puede alterar la decisión en temas como:

- El rechazo al internamiento en Unidades psiquiátricas especializadas en el caso de penados
- El rechazo al tratamiento
- La conducta disruptiva
- Dar consentimiento a la información a terceros: familiares....

Como vemos la respuesta terapéutica no debe de diferir de la que se da en la asistencia psiquiátrica civil. La única diferencia que se daría sería el solicitar el consentimiento para el internamiento separado del tratamiento involuntario en el caso de penados (este apartado no está legislado en el ámbito penal).

Aparte de la adopción de las medidas restrictivas como son el aislamiento y la contención mecánica insisto sin excepción con indicación terapéutica se pueden dar restricciones en la comunicación con el exterior: visitas familiares, visita con abogados o incluso para la asistencia a juicios.

Todos estos cambios significativos deben de estar siempre argumentados de manera consistente, evaluados de manera continuada e informado a las instancias correspondientes.

El psiquiatra asistencial en los procedimientos penales

A nivel conceptual no hay ningún tipo de duda de que la asistencia psiquiátrica es especializada ya que el primer nivel asistencial es la propia medicina primaria de salud con sus médicos de cabecera llamados en nuestro entorno como médicos de módulo o de galería. Como ocurre en la red de salud pública estos son los que deben de atender las patologías menores contando siempre con el apoyo del servicio especializado. Conviene señalar que la asistencia psiquiátrica no debe de recaer solo con la presencia esporádica de un psiquiatra sino que en los procedimientos penales deben de existir equipos especializados en salud mental compuestos por distintas disciplinas.

Brevemente y de manera muy esquemática resumiré las funciones del psiquiatra asistencial en clave penal:

1. Función evaluadora:

- Detectar patología mental
- Valorar influencia del trastorno mental en la conducta del recluso
- Valoración de riesgos en internos identificados y en su caso indicación de las medidas oportunas
- Valoración de capacidades y deficits de la persona con enfermedad mental ya detectada
- Definir un plan de tratamiento en función de las necesidades detectadas y el recurso más adecuado para cumplir con dicho plan.

Las dificultades que nos encontramos para una buena evaluación son múltiples. Destacamos:

La complejidad de los diagnósticos: complejidad psicopatológica, comorbilidad (tóxicos, deficiencias mentales, discapacidades...enfermedades físicas existentes...)

Dificultad de disponer de otros referentes que permitan diagnósticos longitudinales y evolutivos.

Los propios intereses del evaluado: la simulación, sobresimulación o por el contrario la disimulación... Sobre todo en los preventivos y en penados con sanciones..

Para ello hay que considerar que la evaluación más allá de la entrevista en despacho que recoja la evaluación de la conducta objetivada en el funcionamiento del interno sea de gran importancia para la evaluación.

En este proceso de evaluación podemos ser llamados por el Juez como peritos, testigos o testigos-peritos. En este proceso el dilema siempre aparece en como debe de situarnos ante dicha llamada. Nuestra función clínica debe de mantenerse en este proceso evaluativo ya que las diferencias para una y otra tarea son claras. Veamos:

Perito:

- Evalúa si un estado mental tuvo que ver o no con una determinada conducta que ocurrió en un momento concreto y en unas circunstancias concretas que obran en un expediente.
- Busca relación
- Da una interpretación a partir de ese conocimiento de hechos y psicopatología
- Es sustituible (no es el referente del paciente).
- Utiliza un método de exploración basado en confrontación.
- No existe confidencialidad.

Testigo:

- Describe lo conocido.
- Su objetivo es ayudar, mejorar al paciente.
- Se basa en la clínica en un diagnóstico, en la necesidad de tratamiento.....
- Es insustituible (es el que ha tratado el caso)
- Principio de confidencialidad (de lealtad al paciente)
- No relaciona el estado psicopatológico con el hecho concreto evaluado

Dicho de otra manera los clínicos o clínico que ha tratado el caso puede ayudar a que el perito de un sentido de conjunto referido al objetivo principal de la pericia.

2. Función de intervención:

- Tratar adecuadamente las enfermedades mentales identificadas
- Evitar la psiquiatrización de comportamientos relacionados con la vida penitenciaria (de convi-

vencia, regimentales, de relaciones interpersonales....)

- Monitorizar las conductas relacionadas con patología mental y que suponen un riesgo evaluado
- Incluir en la intervención todos aquellos elementos que puedan influir positivamente en la evolución del paciente (familia, entorno social, laboral....)
- Revisar los objetivos marcados en la definición inicial del plan de tratamiento individual

3. Función informante o de colaboración con las instancias judiciales:

- Informes de evaluación: preventivos con OJ, preventivos donde se detecta patología mental, medidas de seguridad, penados (propuestas de enfermedad sobrevenida...).
- Informes de seguimiento: medidas de seguridad
- Solicitud de permisos, salidas programadas...
- Informando de cualquier restricción de derechos fundamentales
- Informe de propuestas de incapacidades parciales, totales...que garanticen una mejor evolución

SERVICIO DE SOPORTE PSICOSOCIAL A LOS JUZGADOS CIVILES 40 Y 59 DE BARCELONA – ESPECIALIZADOS EN INGRESOS INVOLUNTARIOS Y CAPACIDADES.

Doña Assumpta Benito Verdaguer
Trabajadora Social, adscrita al Servicio.
(St. Joan de Deu S.S.M.).

Antecedentes.

En mayo del 1999 y a petición del Magistrado del Juzgado Civil nº 40 de Barcelona, especializado en procesos de incapacitaciones e ingresos involuntarios, se inicia como experiencia piloto el “Servicio de Soporte al Juzgado”.

Don Ignacio Sancho Gargallo, responsable en aquel entonces de dicho juzgado, hizo la demanda al Programa de Salud Mental del Servicio Catalán de Salud. De la creación de este servicio, se encargó a St. Joan de Deu S.S.M. (Barcelona), empresa de larga experiencia en el campo de la Salud Mental.

Esta demanda corresponde a:

- Las múltiples peticiones de orientación y asesoramiento (ocasionada por la no utilización de recursos).
- La necesidad de derivar y vincular adecuadamente aquellos usuarios que, no siendo necesario el ingreso involuntario (pedido por la familia), se considerará que se les puede ayudar a seguir un tratamiento (haciéndose un cierto control en el juzgado).
- Descargar al personal del Juzgado de la presión emocional que conlleva esta demanda.
- Dar una respuesta adecuada al ciudadano.

Objetivos.

En un inicio, los objetivos marcados son:

- Canalizar la demanda.
- Orientación y asesoramiento.
- Vincular al usuario a la red correspondiente.
- Hacer un seguimiento de los usuarios que se les ha indicado tratamiento (forzoso de manera verbal, no escrita).
- Ser un espacio contenedor en situaciones de conflicto.

En el año 2000 se crea el Juzgado nº 59.

Actividades y coordinaciones.

Se realiza un trabajo de coordinación con los forenses de los dos juzgados.

Se pone énfasis en la demanda, cada vez más emergente, de jóvenes, incluso niños, casos en la mayoría muy graves, ya que se mezcla el Trastorno Mental, más el consumo de tóxicos seguido de actuaciones agresivas con los padres.

Se intenta evitar al máximo el ingreso psiquiátrico del usuario, ayudándolos a vincularse a la red de Salud Mental.

En según que casos, se realiza un seguimiento periódico en el Juzgado, que puede durar de 1 a 3 meses. En

adolescentes este seguimiento se intenta acordar y coordinar con su terapeuta.

Es importante resaltar que al tratarse de adolescentes, el resultado de la obligatoriedad al tratamiento es muy favorable, hay casos que la intervención en el juzgado no solo beneficia al joven, si no que también contribuye a la sensibilización de algunos padres respecto al problema de sus hijos.

Para ayudar a la vinculación, se ha elaborado una carta que el usuario entrega al: CSM, CSMIJ, CAP o CAS, esta carta esta consensuada por el Servicio Catalán de la Salud y equivale a un volante de derivación preferente.

Se ha establecido una fluida colaboración con toda la red de Salud Mental, Servicios Sociales, Policías y Ambulatorios.

En los procesos de incapacitaciones, se interviene siempre que los Jueces o la Fiscalía ha necesitado otra opinión para la designación del Tutor.

Se da un Servicio de Orientación tanto de familia como de Servicios, referente al proceso de incapacidad y se ayuda a la valoración de la necesidad de la misma.

Se coordina con la Fiscalía de Menores Civil, ingresos de niños con trastornos conductuales y de consumo. En algunos casos puntuales se ha realizado, conjuntamente con el terapeuta de referencia, el seguimiento del caso después del alta hospitalaria. En estos casos se ha podido constatar una evolución favorable.

Consideraciones.

- Es evidente que la problemática que se presenta en estos juzgados especializados han de formar parte de un conjunto de estrategias asistenciales, sanitarias y sociales, dirigidas a las personas con patología mental y sus familias.
- A pesar de la independencia de las decisiones judiciales, el Servicio de Soporte, al igual que todo el conjunto de redes asistenciales, tiene que procurar ayudar a los jueces en este trabajo. La presencia “in situ” de este servicio contribuye extraordinariamente a la mejora de la relación.
- Progresivamente, las necesidades de asesoramiento respecto al Servicio, se han incrementado y extendiendo a diversas redes públicas y privadas de naturaleza diferente.
- El aumento de adolescentes con conflictos, que cabalgan entre los ámbitos judiciales y de Salud Mental aumenta progresivamente. El Juzgado puede realizar una función preventiva muy importante.

En este momento el “Servicio de Soporte” depende totalmente del ámbito Sanitario, con una aceptación verbal del Departamento de Justicia.

La corresponsabilización del Departamento de Justicia o su implicación oficial, contribuiría enormemente en su aceptación por parte de los estamentos judiciales.

La inexistencia de esta formalización puede provocar que los ciudadanos frente a un mismo conflicto, obtenga diferente, respuesta y atención según el Juzgado que le ha tocada.

EL ENFERMO MENTAL: PRAXIS SOCIOSANITARIA

Isabel Arboniés.
Presidenta de ANASAPS

1)– INTRODUCCIÓN

Lo primero que pensé y más que pensar me pregunté fue: ¿que voy a decir si no hay praxis socio-sanitaria como tal? **hay praxis virtual**, documentos, planes de papel, o en todo caso **un espacio sanitario-social**, donde el peso de la atención y de inversión económica sigue estando en lo sanitario.

En la Justificación de estas Jornadas se menciona al Informe de la Sociedad Española de Salud Pública (SESPAS) del 2002. Lo primero que me gustaría destacar es la **CANTIDAD DE TESTIMONIOS OFICIALES SOBRE LLAMADAS DE ATENCIÓN E INCUMPLIMIENTOS SISTEMÁTICOS RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LOS ENFERMOS MENTALES**, entendiendo que me refiero a las **personas con trastornos mentales crónicos que represento en esta Mesa**. Por citar **sólo los más recientes**:

EN NAVARRA

- **Memoria de Salud Mental 2001** – “un año más el desarrollo de recursos socio-sanitarios para personas con enfermedad mental ha encontrado serios problemas. Todo esfuerzo sanitario para mejorar la atención de los enfermos graves puede ser insuficiente si no se desarrolla el área socio-sanitaria”
- **Plan Foral de Salud 2001-2005** – Donde se reconoce que “los trastornos mentales graves son uno de los grupos más prevalentes, más incapacitantes y de duración persistente que plantean necesidades que superan con creces lo que puede ofrecer el sistema sanitario”. Se detecta pacientes crónicos jóvenes con demanda de servicios en el espacio comunitario y con un elevado peso sobre sus propias familias.

- **Memoria de Salud Mental 2002** (la última publicada) – reconoce que “La atención Sociosanitaria es la asignatura pendiente de la reforma psiquiátrica.
- **Memoria 2002 del Servicio Navarro de Salud – (SNS-O)** – reconoce que “No ha sido posible avanzar en el 2002 en el desarrollo de recursos socio-sanitarios dirigidos a enfermos mentales.”
- **Informe Especial de la Defensora del Pueblo sobre la atención a la Salud Mental en Navarra – del 2003**, califica la situación de emergencia social y recomienda retomar la reforma del 86 con un nuevo modelo de gestión; constituir una red de servicios integrados de Salud mental; una Carta de Servicios que atienda el derecho a los servicios sociales y atención comunitaria; un mayor esfuerzo en la prevención y promoción de la salud mental y establecer marcos de actuación con las organizaciones sociales entre otras.

EN EL AMBITO ESTATAL

- **Informe 2002 de la Sociedad Española de Salud Pública (SESPA)** que critica el trasvase de responsabilidad desde el sector sanitario público a otros sectores sin una dotación adecuada de recursos. Según el SESPAS persiste una notable insuficiencia de recursos humanos y materiales, acentuadamente en lo que se refiere a dispositivos comunitarios de atención a los grupos más vulnerables de enfermos; falta de equidad dentro del sistema sanitario español y de la ausencia de mecanismos eficaces de coordinación y de sistemas de evaluación estables. Dicho **Informe solicita** entre otros puntos: el establecimiento de un **mapa estatal de servicios sociosanitarios** en Salud Mental; la **aplicación del principio de la discriminación positiva**; **acabar con la conten-**

ción de costes en la planificación y la asignación de recursos en salud mental.

- **El Informe de Situación de Salud Mental del Ministerio de Sanidad** de octubre del 2002 donde el Ministerio corrobora lo que algunos llevamos años reclamando como: la **carencia de un espacio socio-sanitario**, específicamente para los pacientes crónicos que falta desarrollar; la **indefinición de una Cartera de Servicios**; En sus **conclusiones** constata una gran diversidad de sistemas, programas y proyectos piloto en cada Comunidad. La carencia de algún elemento o dispositivo de atención a la salud mental en prácticamente todas las Comunidades y los desajustes de recursos y dispositivos de las redes. **E Ministerio recomienda** entre otras cuestiones: **elaboración** conjunta del Ministerio y las Comunidades de unos **estándares de atención** para evitar las grandes diferencias regionales; establecimiento de **indicadores** básicos en Salud Mental **para su plena eficacia**; elaboración de una **Cartera de Servicios, subsanar las carencias de coordinación socio-sanitaria** para evitar los vacíos de asistencia y revisar cada 3-5 años el desarrollo de las recomendaciones de este Informe.
- Las **XVII Jornadas de Defensores del Pueblo en noviembre del 2003 dedicadas a la salud mental**, concluyeron en la necesidad de instar a las Administraciones Públicas a garantizar el derecho de asistencia, a desarrollar la regulación de los servicios de salud mental y recoger las reivindicaciones de las Asociaciones españolas que reclamamos desde hace años un tratamiento integral y no sólo sanitario.
- Y también merece recordar las **conclusiones de las III Jornadas de Responsables de Salud Mental de las 17 CCAA** del 2003, donde se acordaron entre otras cuestiones: que la rehabilitación en salud mental es un tratamiento sanitario y una prestación universal; promover el modelo de atención bio-psico-social integral; elaborar unos criterios comunes y **una Cartera de servicios** y dar relevancia a los valores éticos.

2) – ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL CRÓNICA

El tratamiento de las personas con enfermedad mental que tiene 3.500 años de historia.

Los egipcios y los griegos ya la trataban como una enfermedad que afectaba a las funciones del cerebro. En la Edad Media las enfermedades mentales fueron consideradas por la Iglesia Católica como posesiones demoníacas y la tortura y la hoguera fueron prácticas comunes. El tratamiento científico se retoma con la Ilustración en el siglo XVIII, siglo donde la ciencia levanta grandes expectativas que luego se frustran. En el siglo XIX el tratamiento de los enfermos mentales en España tiene un enfoque asilar y de beneficencia. Entre 1879 y 1919 se crean los grandes manicomios, de los que el 55% los crean las ordenes religiosas como las hospitalarias. Uno de ellos es el de Pamplona que este año celebra su centenario y que se ha reconvertido en psicogeriátrico. El gobierno Central no asume la asistencia psiquiátrica y pasa la patata a las Diputaciones que deben sostener unos centros de extra-radio que deben auto-satisfacer todas las necesidades de subsistencia, con un enfoque de custodia de enfermos. Y ya en los años 50 el tratamiento de las personas afectadas da un giro importante con el descubrimiento, de fármacos de contención que posibilitaron, entre otras cosas, la salida de los psiquiátricos. Portanto, LA ENFERMEDAD MENTAL ARRASTRA COMPONENTES ideológicos, religiosos y filosóficos AJENOS AL TRATAMIENTO CIENTÍFICO DE LA PATOLOGÍA.

3) – LA SITUACIÓN QUE SE CREA A PARTIR DE LA REFORMA PSIQUIATRICA DEL 86,

merece también un pequeño análisis que concretaré en LOGROS (positivos) y (negativos) o CUESTIONES NO RESUELTAS:

LOGROS

La Reforma que posibilitó la salida de los Psiquiátricos, tiene una importancia capital y la consideramos altamente positiva, desde el punto de vista humano y social.

1º) Dio inicio a un complejo proceso de rehabilitación e incorporación social que dignificó la existencia de las personas recluidas y dignificó también al conjunto de la sociedad que rescató a unos ciudadanos históricamente condenados al aislamiento social por su modo diferente de

interpretar la realidad, también por el miedo irracional a no saber cómo adaptarlos y adaptarnos todos nosotros a marco común de convivencia. Por supuesto dignificó también al contexto administrativo y político que tuvo la sensibilidad de promover y ampliar el abanico de posibilidades de las personas con enfermedad mental y promover las oportunidades de apoyo social para lograr una integración que tiene mucho que mejorar. Como otras reformas sociales fue fruto de aquél contexto que se vivió en la década de los 80, con una Constitución reciente que reconocía derechos individuales, derechos civiles, que abolía la discriminación, las barreras y establecía la igualdad de oportunidades entre individuos y grupos sociales, garantizando el cuidado en situaciones de dependencia y vulnerabilidad .

2º) Permitió recuperar el status ciudadano para este amplio colectivo social y mejorar las condiciones de tratamiento al hilo también de los avances científicos. Se socializó la enfermedad mental como el resto de enfermedades crónicas multifactoriales adaptándonos unos y otros a una convivencia de creciente normalización gracias a una labor importante y sostenida que hemos hecho las Asociaciones de afectados a lo largo de las últimas décadas.

CUESTIONES NO RESUELTAS Y QUE SE HAN IDO ACUMULANDO

1º) Se ha ignorando, que algunos crónicos no pueden soportar los estresores externos, los conflictos emocionales y requieren vivir a cubierto de una institución permanentemente. Y hoy varias decenas de personas están fuera de Navarra, algunas en Málaga lejos de todos sus referentes con un coste emocional y económico familiar, además de algunas por su edad ya les es imposible viajar a otras CCAA.

2º) **No se han desarrollado** en 18 AÑOS POLÍTICAS SOCIALES PÚBLICAS de **protección** ante la vulnerabilidad de las personas con trastornos mentales graves, para **aminorar los efectos negativos y el impacto** que produce la discapacidad temprana. **Políticas activas** para responder a los retos CONOCIDOS YA en La década de los 70 COMO:

DISMINUCIÓN DEL TAMAÑO DE LAS FAMILIAS,

ENVEJECIMIENTO POBLACIONAL,

INCORPORACIÓN DE LA MUJER AL MUNDO LABORAL,

CRECIMIENTO DE LOS TRASTORNOS MENTALES,

3º) No se ha previsto el hecho de que una SOCIEDAD COMPLEJA, COMPETITIVA, CONVERTIDA EN UN MERCADO, PODIA requerir AUMENTAR y DIVERSIFICAR **estructuras externas** de atención y cuidado, y por supuesto adoptar medidas de PREVENCIÓN EN SALUD MENTAL para detección precoz de población de riesgo. (**Prevenir siempre es más barato y eficaz**).

4º) EL NO DESARROLLO DE LA REFORMA **ha tenido y tiene graves consecuencias para la población afectada de forma crónica. Da la impresión DE QUE EN AQUEL MOMENTO INICIAL LA REFORMA SE CENTRÓ EXCLUSIVAMENTE EN CUBRIR LA SALIDA DE PACIENTES DE LOS PSIQUIÁTRICOS.**

4) – EL MOMENTO ACTUAL EN LA SALUD MENTAL DE NAVARRA

Navarra pone en marcha en **1987** una Red sanitaria pública de Salud Mental que fue potente en aquellos momentos e inició atendiendo a **5.919 pacientes y 38 mil consultas**. En el **2002 el número de pacientes fue de 17.616 y el de consultas fue de 91 mil**. Por destacar lo más significativo de los datos oficiales de la red pública, ya que nada sabemos de los datos de la red privada que existe, nos vamos a referir con preocupación al aumento de un 38,74% de menores de 16 años diagnosticados entre 1998 y el 2002 y el aumento en este mismo periodo de un 18,12% en los trastornos graves.

La red sanitaria pública de Salud Mental en Navarra fue otro de los logros de aquella Reforma, necesitada hoy de una revisión en su capacidad, más que nada en recursos humanos y en la calidad asistencial, ya que fue creada para una prevalencia de la enfermedad mental del 1,7% de la población, PERO NO para un **4% o 5% actual**. Hoy se ha convertido en un cuello de botella por que donde realmente **NO SE HA INVERTIDO ES EN LOS RECURSOS SOCIALES** que iban a garantizar la continuidad de los cuidados.

La atención en la Comunidad que requería la puesta en marcha de dispositivos y prestaciones sociales ha sido prácticamente inexistente. Ha habido una fuerte resistencia y contención desde las Administraciones Públicas a poner en marcha recursos y dispositivos de atención en la Comu-

nidad. Lo poco que se ha creado ha venido por el sistema de cuenta – gotas y bajo gran presión. Un ejemplo son las 30 plazas ocupacionales anunciadas en el 2000, que se han puesto ahora en marcha. Es un tercio de la lista de espera de casos muy graves, que en algún caso que conocemos sólo llevaba cuatro años y medio esperando. No olvidemos que la base de la reforma era precisamente la provisión de recursos comunitarios.

La coordinación de los dispositivos sanitarios y sociales ha sido otro caballo de batalla que nos ha tenido a las familias como las perlotas de ping pong. No se ha modernizado la gestión de los servicios públicos. HAY QUE IR HACIA UNA GESTIÓN PÚBLICA HORIZONTAL Y ACCIONES TRASVERSALES.

¿A QUE NOS HA CONDUCIDO TODO ESTO?

A CARGAR SOBRE EL RECURSO FAMILIAR o más precisamente a LAS MUJERES – UN 80% CON UNA MEDIA DE EDAD DE 57 AÑOS, el 30% supera los 60 años para cubrir TODAS LAS CARENCIAS, INCLUYENDO LA RESPONSABILIDAD PÚBLICA INCOMPLETA. Es el ESTADO DE BENFICENCIA PURO Y DURO, que no se **entiende** en una Comunidad como **Navarra** con capacidad de autogestión y nivel socioeconómico de los más altos de todo el Estado.

NOS PREGUNTAMOS ¿QUIEN NOS VA INDEMNIZAR POR HABER NOS UTILIZADO COMO SUSTITUTOS DE RECURSOS Y Responsabilidades que COMPETÍAN A ESTAMENTOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? Con o sin intención se NOS CARGÓ el PESO DE UNA REFORMA ESTANCADA Y EL RESULTADO HA SIDO BRUTAL.

EL MOMENTO ACTUAL tiene luces y sombras.

La esfera profesional, estamentos de la Administración Públicas y las familias SABEMOS LO QUE HAY QUE HACER, cosas prácticas y concretas, donde está el horizonte de la Salud Mental, pero **persiste** EL BLOQUEO DE DECISIONES, ACCIONES, DE PRESUPUESTO Y EN DEFINITIVA DE VOLUNTAD. **Todo ello tiene que emanar de la esfera política. La salud mental tiene que tener hueco en la agenda política**, ser prioritaria y concretarse en compromisos económicos, como se hace con otros intereses políticos.

RETOS NECESARIOS DE ABORDAR (desde ANASAPS):

- **adecuación de dispositivos y recursos humanos de la red de SM actual.** Rentabilizar esos centros, mejorar la calidad de su asistencia y establecer con urgencia la atención preferente y ágil para los crónicos y graves. No podemos seguir atrapados en los atascos.
- **garantizar la equidad** en relación al riesgo de los pacientes.
- prácticas clínicas basadas en la evidencia científica y en la eficiencia demostrada de los tratamientos,
- Racionalidad y seguridad en el uso de los fármacos.

SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LOS PACIENTES POLIMEDICADOS.

- Aplicar soluciones eficientes y prácticas para cada caso.
- **Puesta en marcha ;YA! de dispositivos y prestaciones sociales retenidos**, integración de los que ya existentes para completar una atención global a la Salud Mental.
- Reforma de los Servicios Sociales de Base, con una COORDINACIÓN UNICA también con la red educativa
- **Prevención temprana** a través de programas de educación para la salud y estilos de vida saludables y **detección precoz de población de riesgo.**
- **Equipos de atención comunitaria** en crisis y respiro familiar en el caso de crónicos y graves.

Consideramos que se debe ir hacia un modelo de atención bio-psico-social integral. Las próximas Jornadas de salud mental de ANASAPS en octubre tendrán como título "El modelo bio-psico-social como tratamiento integral de las personas con trastornos mentales crónicos".

PARA ELLO HACE FALTA ;YA!:

1º - **Asumir y articular la responsabilidad pública** en la atención de las personas con enfermedad mental en Navarra.

2º - Planificar las acciones, dotarlas de soporte presupuestario anual, calendario de ejecución y evaluación de resultados.

3º - Regular por Ley la atención sociosanitaria a este colectivo y al colectivo de personas con discapacidad y dependencia – derechos, deberes, prestaciones y servicios.

ASPECTOS A REGULAR Y GARANTIZAR:

A - Universalidad de los servicios sociosanitarios. Que no necesariamente significa la gratuidad de todos ellos, pero NADIE QUEDE COMO AHORA SIN SERVICIO, porque se consideren gratificables o en el peor de los casos una cuestión de beneficencia.

B - La equidad según riesgo, situación socio-familiar y distribución geográfica de los recursos.

C - Cartera de servicios y prestaciones públicas clara con sus baremos, forma de acceso, financiación, etc.

D - Red integrada de servicios sociosanitarios de coordinación unificada, ágil y flexible donde estarían integrados los recursos ya existentes y los de nueva creación, con una distribución geográfica planificada.

4º - La Transversalidad, flexibilidad, agilidad y prioridad para la población cronificada que presenta patologías duales, consumos y retraso mental. Estos grupos se encuentran olvidados cuando no son rechazados.

5º - **Prestaciones económicas “mínimamente suficientes”** para las personas con trastornos mentales graves. No olvidemos que el Estado de Bienestar Social y la calidad de una sociedad se mide por cómo trata a sus miembros más vulnerables.

5) – EL PAPEL DEL MOVIMIENTO ASOCIATIVO DE AFECTADOS Y FAMILIARES Y EL DE ANASAPS frente a una situación que tiene que ser urgentemente superada.

ANASAPS nace en 1987, tras la reforma psiquiátrica, creada por un Grupo de familiares de enfermos mentales que salieron del psiquiátrico. Hoy con casi 900 socios y 5 Delegaciones – Pamplona – Tudela – Tafalla – Estella y Zona Norte, **ejerce una doble función:** por un lado la **defensa colectiva** de los intereses que representamos y por otro **la colaboración con las Administraciones Públicas** en la prestación de una serie de servicios comunitarios diversificados y especializados en las zonas de Navarra donde tenemos ubicación geográfica.

A) En la vertiente de prestadores de servicios públicos subvencionados mayoritariamente por el Gobierno de Navarra y últimamente también por algunos Ayuntamientos

de Navarra que van tomando conciencia de esta realidad ciudadana y colaboran con ANASAPS. Nos hemos ido **COMPROMETIDO ACTIVAMENTE EN SOLUCIONES CONCRETAS** a lo largo de estos 17 años, en parte porque era necesario avanzar en soluciones que luego han ido siendo acogidas por la Administración Foral que ha visto que nuestro servicio cubre necesidades reales, resulta mucho más barato, ágil y flexible. Así hemos ido desarrollando una serie de Servicios y Programas:

para las personas con enfermedades crónicas – Servicio de Intervención Sociocomunitaria, Servicio de Ocio, Promoción Cultural y Deporte Adaptado (con la mayoría de actividades desarrolladas en espacios públicos normalizados), programas de Vacaciones, de Fines de Semana, Programas Extraordinarios de Fiestas y Excursiones y una Comisión de Usuarios es muy activa.

para las familias – Servicio de Atención Directa, Escuela de Familiares, Grupo de Autoayuda, Servicio Jurídico, Comisiones de Trabajo – Comisión de Sensibilización y Acogida, T.L.P.,

para la Sociedad – Toda una gama de actividades volcadas en la sensibilización social con: jornadas, charlas, encuentros monográficos, centros educativos, Universidades y medios de comunicación, para avanzar en el marco de la normalización social.

Desde nuestra experiencia de puesta en marcha de servicios y programas de atención comunitaria para personas con trastornos mentales crónicos, la madurez que va alcanzando nuestro proyecto asociativo y la **URGENCIA DE DAR RESPUESTA A UN RETO SOCIAL INAPLAZABLE**, nos hemos lanzado a **la creación de la Fundación ANASAPS para la atención integral de las personas con enfermedad mental CRÓNICA ante:**

1º la apremiante necesidad de las familias mayores donde la edad, la degeneración o la falta de uno de los progenitores demandan de forma dramática tener a sus hijos dignamente asistidos.

2ª Cumplir nuestra finalidad de **VELAR POR LA CALIDAD DE VIDA DE LAS PERSONAS QUE REPRESENTAMOS** manteniendo su **atención, fuera de intereses con ánimo de lucro**. Queremos responsabilizarnos directamente de **personas altamente vulnerables** que no pueden verse sometidas a dinámicas de mercado.

El objeto principal de la Fundación es la cobertura de las necesidades residenciales y de apoyo comunitario de las personas con trastornos mentales crónicos, utilizando

toda la gama de servicios y programas que ya dispone ANASAPS par lograr que la vida diaria de estas personas tenga calidad y tenga un cometido práctico.

B) - En la vertiente de movimiento social de defensa de los intereses colectivos de afectados y familiares

Tenemos sin duda una historia que contar como movimiento social pero que no ha lugar aquí de nuestra trayectoria, de los **cambios más recientes** que han supuesto la revitalización incluso generacional, nuevas ideas, más dinamismo, mayor impulso, crecimiento de socios, expansión geográfica y sobretodo mayor conciencia de nuestros derechos humanos y civiles. Así **hemos salido de la invisibilidad, del silencio y de la apatía** que nos ha contenido durante 17 años para **reclamar nuestros derechos ciudadanos de forma pública y activa**. En este marco se sitúan las **Jornadas de octubre** donde se alcanzó un consenso unánime respecto a la urgencia de solucionar nuestra problemática y alcanzar un acuerdo global de todos los sectores implicados.

El Día Mundial de la Salud Mental salimos al monumento a los Fueros junto con Foro Salud mental para reivindicar un compromiso público global que superara el retraso histórico en el tratamiento de la enfermedad mental y equiparara la atención de la enfermedad mental al resto de las enfermedades.

ANASAPS ha trasladado a diferentes foros e Instituciones públicas, no sólo nuestra protesta, sino también nuestras ideas y propuestas. Nuestro objetivo pendiente ha sido y es lograr compromisos. Esto nos llevó a comparecer el 21 de noviembre ante las Comisiones de Salud y Asuntos Sociales en el Parlamento y el 23 de diciembre a las puertas del Parlamento para reclamar públicamente mayor

responsabilidad pública en la salud mental y compromisos con contenido económico. Y el próximo día 25 tendremos la visita de las Comisiones de Sanidad y Asuntos Sociales del parlamento de Navarra en las instalaciones de ANASAPS en un momento donde **CORREMOS EL RIESGO DE UN ESTRANGULAMIENTO ECONÓMICO EN SERVICIOS Y PROYECTOS**.

Esto no quita para nada que sigamos creyendo que **el mejor método de trabajo Y NUESTRA VOCACIÓN es la colaboración con las instituciones navarras**, tanto Forales como locales. Nos parece que y superar los retos ciudadanos para los que habrá que contar con **sólo desde un marco de colaboración y entendimiento es posible avanzar**.

6) - LLAMAMIENTO

Finalizaré haciendo un **llamamiento público a la responsabilidad institucional de los gobiernos, de nuestro Gobierno de Navarra** para acabar con la indigna situación que viven las personas con enfermedad mental y las familias cuidadoras, que **pongan en marcha los recursos comunitarios retenidos** por los sucesivos gobiernos desde 1986, **especialmente los recursos sociales necesarios para la continuidad de los cuidados sanitarios**, imprescindibles para las personas afectadas por trastornos mentales graves y crónicos. **Que se incluya la Salud Mental en la agenda política y se adquieran compromisos presupuestarios**.

Una sociedad sana no puede permanecer impasible ante el sufrimiento de una parte de ella vulnerable y a la que tiene el deber moral de cuidar.

ACTO DE CLAUSURA

Ilmo. Sr. Javier Caballero Martínez
Consejero de Presidencia, Justicia e Interior
del Gobierno de Navarra

Señoras y señores. Estoy muy complacido por haber sido invitado al acto de clausura de esta Jornada técnica sobre la protección jurídica y atención socio-sanitaria del enfermo mental. En primer lugar, me gustaría agradecer a la Asociación de Juristas de la Salud y al Instituto Navarro de Administración Pública su invitación a este acto de clausura. También felicitarles por haber tenido la iniciativa de organizar esta jornada técnico-jurídica con el objetivo de profundizar en el estudio del status y necesidades de los enfermos mentales durante el proceso de asistencia socio-sanitaria y, en particular, sobre el respeto de sus derechos como pacientes y personas.

Advierto, de entrada, que soy lego en esta materia. No obstante, mi condición de jurista, de la que me siento profundamente vocacionado, a la que añado actualmente la de político con responsabilidades públicas en el ámbito de justicia e interior, me hacen ser especialmente sensible respecto a la observancia de los derechos de las personas garantizados constitucionalmente y, por ende, me exige estar muy atento a que por las instituciones, centros y servicios de la Administración de la Comunidad Foral se garanticen y respeten en todo momento y en cualquier circunstancia los derechos humanos. Y ciertamente, en el ámbito en el que estamos es inevitable que la eficaz asistencia y cuidado de los enfermos mentales ocasionalmente exija limitar sus derechos fundamentales a la libertad personal, a la intimidad y a la autonomía de la voluntad. Pues bien, desde mi doble condición de jurista y político me gustaría hacer unas breves reflexiones en torno a los instrumentos que nuestro ordenamiento jurídico ha diseñado para la protección jurídica del enfermo mental cuando es objeto de internamiento involuntario y de tratamientos forzosos en centros psiquiátricos.

En lo que hace a los internamientos involuntarios, es de todos ustedes conocido el artículo 763 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el internamiento involuntario de personas por razón de trastorno psíquico sometándolo a autorización judicial. Este precepto, que

sustituye al artículo 211 del Código Civil perfeccionándolo, es, sin duda, una cautela imprescindible en cuanto exige la autorización judicial, medida absolutamente necesaria siempre que se produzca una intervención coactiva que comprometa la libertad personal del presunto enfermo. Pero, acertadamente, la medida cautelar no termina en la mera autorización. El precepto legal exige, además, un examen personal por el Juez del estado del enfermo así como una información periódica de su evolución. Se establece así un procedimiento que satisface las pautas establecidas por nuestra Constitución y por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En cuanto a los tratamientos forzosos de enfermos mentales internados, por el contrario, nuestro ordenamiento jurídico no había abordado una regulación, aunque sea básica, de este delicado tema. Hemos tenido que esperar a fechas muy recientes para acometer esta regulación. Y por resultar pionera, me siento gozoso de poder citar la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos de los pacientes, en la que, a la par que otra ley catalana similar, por primera vez se regula, si bien esquemáticamente, esta cuestión disponiendo su artículo 8.2 que cuando el enfermo mental, a criterio del médico responsable de la asistencia, no sea capaz para tomar decisiones porque su estado psíquico no le permite hacerse cargo de su situación, el médico responsable recabará el consentimiento de las personas a él vinculadas por razones familiares o de hecho. A sensu contrario, si el paciente psiquiátrico es capaz de entender su situación, deberá consentir expresamente los tratamientos médicos a que se someta. Y es que, salvo supuestos de extremada urgencia o de peligrosidad, el consentimiento, la voluntad personal del afectado, es el elemento legitimador de la intervención médica. Felizmente, esta previsión ha sido incorporada a la legislación básica estatal por medio de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

Sin embargo, obligado es decirlo, la normativa existente dirigida a la protección de los enfermos mentales se

reduce a la reseñada. En lo esencial protege los derechos de los pacientes en el ámbito de su libertad personal y en el de la autonomía de la voluntad, pero no es suficiente. De ahí que la doctrina científica sea unánime en reclamar un desarrollo y complementación de esta normativa, fundamentalmente desde el ámbito de la legislación administrativa autonómica, que ha de ocuparse de regular suficientemente todo lo relativo a los procedimientos, modos, formas y técnicas de internamiento y tratamiento forzoso de enfermos psiquiátricos. Es un reto que tienen por delante todas las Comunidades Autónomas, también la Comunidad Foral de Navarra. Empieza a ser urgente la necesidad de dotarse de la normativa administrativa necesaria para garantizar plenamente los derechos que amparan a los enfermos mentales como personas y como pacientes, haciendo compatibles y complementarios criterios médicos y legales o jurídicos.

Estoy plenamente convencido de que los trabajos expuestos por los ponentes en esta jornada, así como el debate habido y las conclusiones alcanzadas, que según tengo entendido van a ser publicados en breve, servirán de acicate y de valioso apoyo técnico a los gobiernos y parlamentos de las Comunidades Autónomas, no sólo para acometer la elaboración y promulgación de esa normativa a la que me vengo refiriendo, sino también para mejorar y complementar los recursos sanitarios y sociales destinados

a la atención integral no sólo de los enfermos mentales, sino también de otros enfermos asimilables, como los de anorexia, alcoholismo, drogadicción, trastornos de la vejez, etc. Tarea ésta hoy ya ineludible y que en nuestra Comunidad Foral hemos abordado decididamente dentro de los Planes de Salud y de Atención Socio Sanitaria.

Para terminar, sólo me resta dar mi más cordial enhorabuena y felicitación a todos los ponentes por la alta calidad y rigurosidad de sus aportaciones, así como agradecer a todos ustedes el esfuerzo y sacrificio realizado para acudir a esta jornada de trabajo restando tiempo a sus tareas habituales. No puedo menos de valorar muy positivamente el interés y la atención prestada por todos ustedes, así como su activa participación en los coloquios. Creo que el esfuerzo realizado por todos, organización, ponentes y participantes, ha merecido la pena. Sin duda, el resultado de este esfuerzo constituirá una importante aportación a la asistencia socio-sanitaria de enfermos mentales, de la que se aprovecharán tanto las instituciones públicas como las privadas con responsabilidades asistenciales en este campo.

Muchas gracias a todos. Declaro clausurada esta jornada.