Medidas Coercitivas e Impositivas en Psiquiatría

Documentos Sevilla 2023

Julio Antonio Guija
María José Moreno

(Directores)

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

© FEPSM

© Del prólogo: Los directores
© De la obra: Los autores
© De la edición:

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B
28033 Madrid (España)
fepsm@fepsm.org
www.fepsm.org

Editado por Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B
28033 Madrid (España)
e-mail: fepsm@fepsm.org

Primera edición: 2024
N.º de páginas: 144
ISBN: 978-84-09-59173-2

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización correspondiente escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares.

La Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los capítulos del libro.

Medidas Coercitivas e Impositivas en Psiquiatría

J. A. Guija, M. J. Moreno

(Directores)

XVII Jornadas de Documentos Jurídicos-Psiquiátricos

Sevilla 6 y 7 de octubre 2023

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

Madrid, 2024

© FEPSM

Relación de participantes

- Arnaldo Enrique. Magistrado. Tribunal Constitucional. Madrid.
- Arsuaga José. Magistrado. Presidente Audiencia Santander.
- Baca Enrique. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
- Bascarán Teresa. Departamento de Psiquiatría Universidad de Oviedo.
- Bobes Julio. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Oviedo.
- Caballero Rafaela. Psiquiatra. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
- Carrasco José Luis. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
- Conesa Llanos. Psiquiatra. Jefa Servicio de Psiquiatría. HGU. Valencia.
- Crespo Benedicto. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
- De Andrés Marta. Periodista. Redactora en “La Razón”. Madrid.
- De Arce Rosario. Psiquiatra. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
- De Arcos Luis. Magistrado. Letrado CGPJ. Madrid.
- De Porres Eduardo. Magistrado Tribunal Supremo. Madrid.
- Díaz-Marsá Marina. Psiquiatra. Profesora Titular de Psiquiatría. Madrid.
- Domínguez José María. Médico. Medicina Intensiva. Presidente de la Comisión Central de Deontología. Organización Médica Colegial. Sevilla.
- Elizagárate Edorta. Psiquiatra. Profesor de Psiquiatría. Vitoria.
- Fernández Juan Manuel. Magistrado. Vocal del CGPJ. Presidente del Foro Justicia y Discapacidad. Madrid.
- Ferreirós Carlos. Fiscal. Alicante.
- Flores Ignacio. Catedrático Derecho Procesal Penal. Sevilla.
- Franco María Dolores. Psiquiatra. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
- García-Portilla Paz. Psiquiatra. Catedrática de Psiquiatría. Universidad de Oviedo.
- Giner José. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.

© FEPSM

- Gómez Esperanza. Psiquiatra. Profesora Titular de Psiquiatría. Universidad Internacional de Cataluña. Barcelona.
- González Torres, Miguel Ángel. Profesor Titular de Psiquiatría. Bilbao.
- Guija Julio Antonio. Psiquiatra. Médico Forense. IML y CF. Sevilla.
- Guillén Pilar. Médico Forense. Directora IML y CF. Cantabria.
- Gutiérrez Miguel. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Universidad País Vasco. Vitoria.
- Hernández Javier. Magistrado. Tribunal Supremo. Madrid.
- Ibáñez Ángela. Psiquiatra. Jefa Servicio de Psiquiatría. Hospital Universitario Ramón y Cajal. Madrid.
- Jaén Mª José. Psiquiatra. Profesora de Psiquiatría. Córdoba.
- Jiménez Jorge. Magistrado. Director de la Escuela Judicial. Barcelona.
- Laliana Ana Libertad. Magistrada. Profesora de la Escuela Judicial. Barcelona.
- Malo Pablo. Psiquiatra. Osakidetza. Vizcaya.
- Marín Rocío. Médico Forense. Directora IML y CF. Sevilla.
- Martín Manuel. Psiquiatra. Presidente de la Sociedad Española de Psiquiatría y Salud Mental. Pamplona.
- Mayoral Jacqueline. Psiquiatra. Subdirectora médica Hospital Muñoz Cariñanos adscrito al Hospital Universitario Virgen del Rocío. Sevilla.
- Menchón José Manuel. Psiquiatra. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
- Méndez Rosa. Magistrada. Escuela Judicial. Barcelona.
- Moreno Mª José. Psiquiatra. Profesora Titular de Psiquiatría. Córdoba.
- Nicasio Isabel. Magistrada. Juzgado Primera Instancia n.º 16. Sevilla.
- Núñez María. Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 6. Sevilla.
- Oliveras Angustias. Psiquiatra. Alicante.
- Ordóñez Pilar. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia n.º 10. Sevilla.
- Parra María Ángeles. Magistrada. Tribunal Supremo. Madrid.

© FEPSM

- Pérez-Puig Rocío. Magistrada en excedencia. Letrada en despacho Ramón y Cajal. Madrid.
- Pérez Víctor. Psiquiatra. Presidente de la Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental. Barcelona.
- Ramírez José Luis. Magistrado. Audiencia Provincial Sección 7ª. Sevilla.
- Roncero Carlos. Psiquiatra. Profesor Titular de Psiquiatría. Salamanca.
- Rueda Yolanda. Magistrada. Juzgado de Instrucción n.º 3. Sevilla.
- Saiz Jerónimo. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
- Saiz Pilar. Psiquiatra. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
- Sanz Yolanda. Magistrada. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Sarramea Fernando. Psiquiatra. Jefe de sección de la Unidad de Hospitalización del Hospital Universitario Reina Sofía. Córdoba.
- Soria Virginia. Psiquiatra. Directora del servicio de salud mental de adultos. Hospital del Parc Taulí. Sabadell. Barcelona.
- Vaz Francisco. Psiquiatra. Catedrático de Psiquiatría. Badajoz.
- Velilla Natalia. Magistrada. Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de familia e incapacidades. Móstoles. Madrid.

© FEPSM

Índice

Relación de participantes 4

Prólogo 9

Ponencias:

1. ¿Sigue siendo necesario hablar de medidas de contención? Objetivo “Contención 0” .. 11

2. Contención mecánica en la realidad clínica: ¿Sólo mecánica? 19

3. Medidas coercitivas en Psiquiatría y Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 40

4. Régimen jurídico de las medidas coercitivas en psiquiatría 60

5. Situación actual del consentimiento informado en el acto médico 83

6. ¿Existe una imposición social de conductas saludables? 113

7. El papel de los medios de comunicación en la prevención del suicidio 124

8. El juicio de proporcionalidad en las restricciones de la libertad 130

Conclusiones 139

© FEPSM

© FEPSM

Prólogo

La XVII edición de estos documentos jurídicos-psiquiátricos ha tratado el tema de las «Medidas coercitivas e impositivas en Psiquiatría». Un tema de completa actualidad pues puede atentar a uno de los derechos fundamentales de la persona: la libertad.

Es cierto que, en el momento actual, la contención se utiliza como forma de poder llevar a cabo determinadas medidas terapéuticas en circunstancias extraordinarias de amenaza urgente o inmediata para la vida y/o la integridad física del propio paciente o de terceros. Y que no solo se lleva a cabo en el ámbito psiquiátrico, sino también en otros entornos como, por ejemplo, las Unidades de Cuidados Intensivos, centros sociosanitarios, penitenciarías o en las intervenciones de las Fuerzas de Orden Público. En base a esto, parece complicado plantear la contención cero como objetivo, pero, sin duda, sí hay que pretender que esté lo más humanizada posible y con una valoración previa del riesgo-beneficio.

La singularidad del trastorno mental, en el que se producen alteraciones cognitivas, emocionales y de comportamiento, conlleva la aparición de estados de urgencia como la agitación y agresividad en las que, a veces, solo la utilización de contención puede aliviar al paciente. Por supuesto, cuando se habla de contención no solo nos referimos a la física, pues, previa a esta, se puede utilizar la verbal o psicológica y la farmacológica.

Cuando tratamos cualquier tema que atente a la libertad de la persona nos situamos en un dualismo dialéctico, difícil de resolver, si lo que se pretende es ir más allá de la mera conceptuación; es decir, si lo que se quiere es adoptar medidas que, aunque retraigan la libertad, su fin es hacer el bien. Lo ideal sería tener el consentimiento del paciente, pero eso es harto complicado cuando nos hallamos en estas situaciones de emergencia en las que el sujeto puede tener abolida su capacidad.

Respecto a las medidas impositivas el tema giró en torno a las conductas saludables. Todos somos conscientes del enorme potencial que representa la promoción de comportamientos relacionados con la salud, otra cosa, es imponer esas conductas.

La imposición de conductas saludables puede ser un enfoque controvertido, ya que tiende a sugerir la aplicación forzada de ciertos comportamientos en lugar de fomentar la autonomía y la toma de decisiones informadas.

La clave está en crear entornos que faciliten la adopción de comportamientos saludables de manera voluntaria, respetando la autonomía individual y considerando la diversidad de las personas y comunidades.

© FEPSM

Los medios de comunicación desempeñan un papel importante en la promoción de conductas saludables, pero es esencial abordar este papel con responsabilidad y considerar el equilibrio entre la promoción de la salud y la evitación de la imposición, porque los medios también pueden tener impactos negativos, como la promoción de estándares de belleza poco realistas, la normalización de comportamientos poco saludables o la desinformación, entre otros.

Se debe abogar por un enfoque ético y equilibrado en la presentación de información relacionada con la salud en los medios de comunicación, promoviendo mensajes positivos y respaldados por evidencia científica. Además, la alfabetización mediática y la capacidad crítica entre el público son fundamentales para interpretar y filtrar la información de manera efectiva.

La puesta en común, entre juristas y psiquiatras, de temas de tanta relevancia ha supuesto una puesta al día en conocimiento para todos de contenidos de enorme actualidad.

Julio Antonio Guija, María José Moreno

DIRECTORES

© FEPSM

1

¿Sigue siendo necesario hablar de medidas de contención? Objetivo “Contención 0”

PAZ GARCÍA-PORTILLA

1. ¿SIGUE SIENDO NECESARIO HABLAR DE MEDIDAS DE CONTENCIÓN?

Cuando se cumplen 75 años desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) el debate sobre el uso de medidas coercitivas e impositivas en las personas que sufren trastornos mentales sigue vigente. Desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas dictase este documento, son muchos los documentos elaboradas posteriormente sobre este tema (ver Tabla 1), en un intento de conciliar los cambios sociales y las consecuentes adaptaciones de los derechos humanos con la práctica médica en general, y con la de la psiquiatría en particular.

Organismo, año	Documento
Naciones Unidas, 1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
Consejo de Europa, 1997	Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina.
Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2004	Recomendación 10, de 19 de febrero de 2004, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas que padecen Trastornos Mentales.
Naciones Unidas, 2006	Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.
Comité de Ministros del Consejo de Europa, 2009	Recomendación CM/Rec 3, de 2009, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Seguimiento de la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas que padecen Trastornos Mentales.

© FEPSM

Consejo de Europa, 2019	Resolución 2291, de 2019, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa “Acabando con la Coerción en Salud Mental: la necesidad de una aproximación basada en los Derechos Humanos.”
Fiscalía General del Estado, 2022	Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad.

Tabla 1. Documentación relevante sobre el uso de medidas de contención en la práctica clínica psiquiátrica

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas 1, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, proclama en su preámbulo el reconocimiento de la dignidad y los derechos iguales e inalienables de los seres humanos. Este documento representa la aspiración de alcanzar los derechos humanos plenos también en las personas con discapacidad, incluyendo las personas con trastorno mental, y supone el fruto de muchas reivindicaciones históricas de estas personas. De hecho, la Organización Mundial de la Salud se ha basado en el documento de esta Convención para elaborar un instrumento de calidad y derechos (OMS, 2015) en el que se establecen estándares relacionados con las medidas coercitivas para incentivar una práctica que garantice los derechos de las personas con problemas de salud mental y sus allegados. Se entiende como medidas coercitivas al uso de aquellas técnicas que se utilizan en contra de la voluntad de la persona y suponen una restricción de su libertad. Estas pueden ser la hospitalización involuntaria, la contención física, mecánica y química, así como el uso de intervenciones sin el consentimiento expreso de la persona. Algunos de estos procedimientos suponen una vulneración de los derechos de las personas con discapacidad previamente mencionados. Por ello, la Organización Mundial de la Salud (2015) recomienda en su documento métodos alternativos al aislamiento y la contención para atenuar la escalada de crisis potenciales.

Los documentos señalados anteriormente comparten, en lo que al uso de medidas de contención se refiere, una hoja de ruta con el objetivo final de “Contención 0” o al menos la reducción drástica del uso de estas medidas, reservándolas únicamente para situaciones muy concretas y aplicadas bajo unas altas medidas de seguridad física y psicológica para todos los intervinientes. Es necesario señalar a este respecto, que, incluso en Europa, la

© FEPSM

asistencia sanitaria a las personas con trastornos mentales es muy diversa, lo que significa que el seguimiento de las directrices de estos documentos requerirá distintos esfuerzos de adaptación e inversión en los distintos países.

2. CONCEPTO Y TIPOS DE CONTENCIÓN

Existen distintos tipos de medidas de contención en función de su naturaleza y del entorno en que se aplique. Así, se puede contener a una persona mediante medios psicológicos, farmacológicos, mecánicos y manuales o personales.

Si nos centramos en el ámbito de la práctica clínica psiquiátrica en nuestro entorno, el objetivo de "Contención 0" se dirige fundamentalmente a la contención física, bien sea mecánica o manual-personal. La contención física consiste en la restricción de movimientos del paciente, mediante cualquier método manual, dispositivo mecánico, material o equipo conectado o adyacente a su cuerpo y que no puede retirar fácilmente.

Esta se define como un

1. Método "extraordinario" con finalidad "terapéutica",
2. Que se utiliza en instalaciones "adecuadas", bajo supervisión médica, y
3. Sólo "**tolerable**" ante aquellas "situaciones de emergencia que comporten una amenaza URGENTE O INMEDIATA para la vida y/o integridad física del propio paciente o de terceros" que "no puedan conjurarse por otros medios terapéuticos"

He querido resaltar en negrita la elección de la palabra "tolerable" como adjetivo descriptivo de la aplicación de esta herramienta, ya que considero que no es un término neutro, como debieran ser las palabras utilizadas para hablar de evidencias científicas. El término "tolerable" confiere un matiz estigmatizante a esta herramienta que, por otra parte, la propia definición reconoce como terapéutica. Creo que hubiera sido más acertado la elección de la palabra "indicada (Sólo indicada ante aquellas situaciones de urgencia …)", que implica la aprobación, por parte de las autoridades reguladoras competentes, de su uso en la práctica médica, tal como es el caso.

Por otra parte, es necesario señalar que la contención no es un instrumento exclusivo de la psiquiatría, ni tan siquiera de la medicina, sino que se utiliza también en centros sociosanitarios, penitenciarios, y en determinados casos en los que intervienen las fuerzas del orden público. Sin embargo, la controversia y denostación de la misma en algunas de estas instancias no alcanza, ni de lejos, el nivel que tiene actualmente en el ámbito de la psiquiatría. En este sentido, resulta chocante la Instrucción 1/2022, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas

 © FEPSM

mayores y/o con discapacidad. Explícitamente, esta instrucción señala que "Quedan al margen de esta instrucción el uso de contenciones en el ámbito sanitario u hospitalario cuando las mismas **responden a necesidades de intervención aguda, constituyendo un ejemplo la actuación en las unidades de cuidados intensivos en supuestos de inmovilización por sedación tras intervención quirúrgica, como tratamiento de un estado confusional agudo o ante una intoxicación en las áreas de urgencias."** Parece pues, que las contenciones en los Servicios de Psiquiatría de los hospitales españoles no responden a necesidades de intervención aguda ni se producen en el ámbito sanitario u hospitalario. Así, dependiendo del Servicio en el que se encuentre ingresado una persona, ante una misma situación aguda que requiera el uso de una contención, se aplicaría esta instrucción o no. Creo que esta instrucción viene a agravar más la situación de estigma que sufre la Psiquiatría y su práctica en nuestro país.

Otro pequeño apunte merece la cuestión de la contención farmacológica que se recoge también en la anteriormente mencionada Instrucción 1/2022. En este documento se explicita que la característica que ha de tener un psicofármaco para ser incluido en el grupo de contenciones farmacológicas es la de producir sedación, y en base a ello, incluye en esta categoría a las benzodiacepinas y a los antipsicóticos. Señala además esta Instrucción, que es "precisamente el uso crónico de la sedación donde surgen los conflictos con la limitación de derechos, … y las preferencias de usuarios y familias referidos a las distintas posibilidades de abordaje clínico." Ante este texto, al clínico se le plantean rápidamente varias cuestiones que considero se deberían tener en cuanta; ¿Son contenciones farmacológicas sólo las dirigidas a contener el comportamiento (las sedativas) o también las dirigidas a contener las alteraciones del contenido del pensamiento (es decir, la ideación delirante) y las de la sensopercepción (las alucinaciones), origen en la mayor parte de los casos de las alteraciones del comportamiento? ¿Cómo se debiera catalogar el uso crónico de antipsicóticos con fines antipsicóticos, bien terapéuticos o preventivos? ¿En qué lugar se sitúa el uso de antipsicóticos por "prescripción" judicial?

3. OBJETIVO "CONTENCIÓN FÍSICA 0"

Con independencia de que sea o no posible en su totalidad, teniendo en cuenta las características de la atención sanitaria a los pacientes con trastornos mentales en nuestro medio, el marco conceptual en el que asienta este objetivo lo podemos encontrar ya en el Juramento Hipocrático y en los 4 principios en los que asienta la ética médica: Beneficencia, No maleficencia, Autonomía y Justicia (Ver Figura 1).

© FEPSM

Figura 1. Principios que rigen la Ética Médica

El objetivo de "Contención física 0" confronta el beneficio clínico frente a los derechos, principios y valores del ser humano. Desde el punto de vista médico, resulta evidente que evitar una amenaza urgente o inmediata para la vida y/o integridad física del paciente o de terceras personas es un claro beneficio clínico que justifica la aplicación de este método excepcional. Pero que se obtenga un beneficio clínico no exime del compromiso que supone para los derechos, principios y valores del ser humano recogidos en la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad (Nueva York, 13 de diciembre de 2006) que entró en vigor en España en mayo de 2008. (Ver Figura 2).

Figura 2. Conflicto entre el beneficio clínico y los derechos, principios y valores del ser humano.

© FEPSM

En un intento de evitar esta confrontación, el Departamento de Salud del Reino Unido, en el marco de su estrategia de Cuidados Positivos y Proactivos (*Positive and Proactive Care*), propone adelantarnos a la posible aparición de una situación aguda que requiera esta intervención y prevenir su aparición. Así, establece una serie de principios de actuación ante situaciones que puedan requerir el uso de medidas de contención, encaminadas fundamentalmente a intentar prevenir el uso de estas medidas y a aminorar daños físicos y psicológicos, tanto para los pacientes como para los miembros del equipo, si, finalmente deben ser utilizadas. Las principales líneas de actuación se resumen a continuación:

- Aproximación preventiva y proactiva hacia comportamientos que pueden ser percibidos como amenazantes
    - Formación del personal en técnicas de contención personalizadas para la evitación de situaciones que vayan a requerir contención
        - Refuerzo de comportamiento positivo
        - Desescalada o contención psicológica
    - "Debriefing" del personal y del paciente tras el episodio

En nuestro entorno, el Consenso Español sobre Buenas Prácticas Clínicas para la Contención de Personas con Trastorno Mental en Estado de Agitación (García-Portilla y Grande Coords., 2020), avalado por la Sociedad Española de Psiquiatría, fotografía el estado del uso de estas medidas en nuestro país y describe estrategias para minimizar en la medida de lo posible su utilización y, en caso de necesidad, aplicarla de forma segura. (Disponible de libro acceso en: https://fepsm.org/publicaciones/apartado/14/otras-publicaciones/4).

4. ACCIONES QUE NOS ACERCAN AL OBJETIVO "CONTENCIÓN FÍSICA 0"

Dado que en nuestro país coexisten distintos modelos de asistencia sanitaria, cada uno con sus peculiaridades y retos, identificar las acciones estratégicas que ayuden al sistema sanitario a acercarse al objetivo "Contención 0" no es el objeto de esta intervención. Sin embargo, sí creo conveniente recopilar algunas de las acciones clave que han llevado a otros países o incluso a algunas CCAA de nuestro país a estar muy próximos a este objetivo.

Las acciones clave que considero de mayor relevancia y, que no siempre, requieren una partida presupuestaria específica y cuantiosa, se enumeran a continuación:

1. Promoción e implementación sistemática de un modelo asistencial basado en Cuidados Positivos y Proactivos

© FEPSM

2. Mejora de las condiciones físicas de los dispositivos asistenciales, especialmente los hospitalarios
    - Condiciones habitabilidad que protejan los derechos humanos y la dignidad de las personas. Teniendo en cuenta la ausencia de daño somático de las personas que ingresan en un Servicio de Psiquiatría, se debería intentar lograr al mayor nivel posible un ambiente de confort, un menor hacinamiento, facilitación de tiempos de ocio o terapia al aire libre, etc.
    - Estancias que faciliten la contención psicológica y que proporcionen una Contención Física menos restrictiva.
    - Evitación al máximo de los llamados ingresos “ectópicos”, realizados en otros Servicios del hospital, en los cuales, ni las condiciones físicas ni la formación del personal son adecuadas para realizar el tratamiento agudo hospitalario y garantizar la seguridad del paciente.
3. Dotación de personal suficiente que permita una intervención “Uno a Uno” cuando se identifiquen indicios de que puede aparecer una situación de crisis aguda, con el fin de prevenirla.

Estas acciones, que pueden ser chocantes desde un punto de vista de “hospital al uso”, se enmarcan en las recomendaciones de la Resolución 2291 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 2019, en la que se insta a todos los estados europeos a adaptar sus sistemas de atención a la salud mental al contenido y espíritu de la Convención Internacional de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, de las Naciones Unidas (2006).

5. CONCLUSIÓN

Para concluir contestando a la pregunta de mi ponencia, me gustaría compartir las siguientes reflexiones:

- La “Contención 0” debe ser un objetivo de la práctica clínica psiquiátrica actual.
- Sin embargo, es necesario tener en cuenta que se trata de un objetivo utópico y, como tal, debe marcar la tendencia a seguir en la práctica clínica psiquiátrica.
- El grado en que podamos aproximarnos a esta utopía dependerá de múltiples factores, siendo el primordial la inversión en recursos humanos, formación y adaptación de los dispositivos asistenciales que los Gobiernos de los estados estén dispuestos a realizar.

© FEPSM

- Entre tanto, el uso de estas medidas cuando clínicamente estén indicadas y cuando se apliquen con las medidas de seguridad requeridas, constituye una herramienta clínica indispensable para garantizar la seguridad de las personas.
- Resulta indispensable liberar a la contención física del estigma que sufre en la actualidad. Espero que estos Documentos Jurídico-Psiquiátricos contribuyan a este objetivo de “Estigma 0”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Naciones Unidas, 1948. [https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights].
- Cabra de Luna MA, Bariffi F, Palacios A. Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2007.
- Fiscalía General del Estado. Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 11 de febrero de 2022, 36:18260-79.
- García-Portilla MP, Grande I. Consenso Español sobre Buenas Prácticas Clínicas para la Contención de Personas con Trastorno Mental en Estado de Agitación Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental. 2020. [https://fepsm.org/publicaciones/apartado/14/otras-publicaciones/4].
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado, 21 de abril de 2008, 96:20648-59. https://www.boe.es eli/es/ai/2006/12/13/(1).
- Naciones Unidas. Convención Sobre Los Derechos de Las Personas Con Discapacidad. 2006. [https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf].
- Organización Mundial de la Salud. Instrumento de Calidad y Derechos de La OMS. (Escuela de Salud Pública Dr. Salvador Allende, Facultad de Medicina U de C, ed.). Chile; 2015.

© FEPSM

2

Contención mecánica en la realidad clínica: ¿Sólo mecánica?

MARINA DÍAZ MARSÁ - MARÍA DEL PILAR PAZ OTERO

¿POR QUÉ HABLAMOS DE CONTENCIÓN MECÁNICA EN PSIQUIATRÍA? LA ESENCIA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

La Psiquiatría es una especialidad con actuaciones muchas veces controvertidas. Pero la controversia nace del desconocimiento de la esencia de las enfermedades mentales y del desconocimiento de las causas y del origen de las actuaciones médicas de los especialistas en Psiquiatría. Actuaciones que no están destinadas a otra cosa que a proteger y velar por las personas con trastorno mental cuando no son capaces de hacerlo por ellas mismas o a proteger a los familiares o a la sociedad de las conductas heteroagresivas fruto de la patología mental.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud mental como "un estado de bienestar en el cual cada individuo desarrolla su potencial, puede afrontar las tensiones de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera, y puede aportar algo a su comunidad". Señala, además, que la salud mental se trata de una parte esencial de la salud y el bienestar, resultando un elemento clave para el desarrollo personal, comunitario y socioeconómico, y que trasciende la mera ausencia de los trastornos mentales (1). En contraposición, un trastorno mental se caracteriza por una alteración clínicamente significativa de la cognición, de las emociones o/y del comportamiento de un individuo que, ocasionalmente, y en algunos trastornos, se acompaña de una pérdida o merma de la voluntad y de la pérdida o merma de la libertad para controlar su conducta y comportamiento, pudiendo representar un riesgo para su vida y/o para la de otros. (2). Estas alteraciones de la cognición, de las emociones y de la conducta pueden dar lugar a situaciones de angustia significativa, desorganización conductual y episodios de agitación psicomotriz que ponen en riesgo la integridad de la persona con enfermedad mental o la integridad de los otros y por tanto pueden requerir, en último término, de sujeción mecánica. Además, el miedo y el sufrimiento que provocan estas alteraciones pueden contribuir a aumentar la agresividad o la violencia que justifique el uso de medidas de contención.

En el año 2022, la OMS emitió un Informe mundial sobre salud mental, en el que señala cómo aproximadamente una de cada ocho personas en el mundo sufre algún trastorno mental, siendo estos la principal causa de años perdidos por discapacidad (APD) y teniendo un importante impacto económico, funcional y social (3). Si nos centramos en los datos de prevalencia ofrecidos por el Ministerio de sanidad, a partir de los registros clínicos de

 © FEPSM

atención primaria, observamos cómo la prevalencia global de los problemas de salud mental en España es del 27,4%, siendo más frecuente en mujeres (30,2 frente a 24,4 en hombres) y existiendo un gradiente social, con una mayor frecuencia de problemas de salud mental a medida que desciende el nivel de renta (4). Dada esta elevada prevalencia, los casos de agitación psicomotriz y conductas de riesgo para el paciente o para otros constituyen escenarios habituales a los que los médicos especialistas en Psiquiatría nos tenemos que enfrentar. De hecho, muchas de estas situaciones son atendidas de forma urgente bien en el ámbito de las urgencias hospitalarias, bien en el ámbito domiciliario e incluso en la vía pública (5). En este sentido, las urgencias domiciliarias más frecuentes suelen responder a problemas derivados de los trastornos mentales y estos pacientes requieren ser trasladados a las urgencias psiquiátricas terminando la mayoría de las veces en un ingreso hospitalario. Los casos agudos de patología mental en los que los pacientes tienen gravemente alteradas sus emociones, su cognición y su conducta pueden generar también situaciones de riesgo durante la hospitalización, requiriendo, si la contención verbal y farmacológica no ha sido eficaces, medidas de contención mecánica (6).

No obstante aunque la contención mecánica se ha relacionado tradicionalmente con la práctica psiquiátrica, no es la única causa que genera este tipo de prácticas. Las contenciones son habituales también en otras circunstancias, tales como la prevención del riesgo de caídas en pacientes ancianos o con deterioro cognitivo, pacientes con delirium o sintomatología confusional, o en otras situaciones de riesgo derivadas de estados de intoxicación por alcohol u otras sustancias, entre otras. A pesar de que sean muchos y heterogéneos los escenarios que puedan llevar a pautar una contención farmacológica o mecánica en el entorno, la protocolización de esta medida y su aplicación por profesionales sanitarios correctamente formados y entrenados para ello es primordial en todos los casos y debe, ante todo, preservar la seguridad, la dignidad y los derechos de la persona atendida.

ENFERMEDADES PSIQUIÁTRICAS QUE DAN LUGAR A SITUACIONES CLÍNICAS SUSCEPTIBLES DE CONTENCIÓN MECÁNICA

Como señalamos previamente, la contención mecánica supone el último escalón de los posibles abordajes utilizados ante situaciones de riesgo en los que no pueden utilizarse o son insuficientes otras medidas terapéuticas verbales y farmacológicas. Merece la pena conocer qué trastornos mentales pueden cursar con alteraciones en la esfera cognitiva, afectiva y/o conductual que pueden derivar en situaciones críticas (agitación o riesgo para la integridad del enfermo o del entorno) en las que se precise de este tipo de intervenciones. Estos episodios que se pueden dar en el transcurso de alginas enfermedades mentales no sólo dependen de la enfermedad mental en sí, sino que influyen otros factores como el estrés, factores ambientales, familiares o sociales (6).

© FEPSM

En este sentido, clasificaremos estas situaciones en las derivadas de trastornos psicóticos y otras derivadas de trastornos sin alteraciones en la esfera psicótica.

Trastornos Psicóticos que pueden dar lugar a episodios de agitación psicomotriz y otras situaciones clínicas susceptibles de contención mecánica

Los trastornos de la esfera psicótica son un grupo de trastornos mentales caracterizados por presentar alteraciones en la sensoperceptivas y alteraciones de la percepción de la realidad como las alucinaciones, alteraciones del contenido y curso del pensamiento como los delirios, alteraciones extremas de las emociones que conlleven comportamientos eufóricos y conductas desorganizadas con alteraciones motoras importantes que pueden derivar en situaciones de riego para el individuo, en situaciones de riesgo para los otros o en episodios de agitación psicomotriz (7). Ejemplo de ello puede ser la persona que se defiende con agresividad porque piensa que lo persiguen, la persona que oye voces que le invitan a tirarse de un séptimo piso, la persona que sintiéndose acorralada grita y patalea poniendo en riesgo la propia integridad y la de su familia o el individuo que en una fase maniaca de su trastorno bipolar piensa que puede volar y quiere tirarse desde un precipicio.

Los trastornos mentales psicóticos que se asocian a estas situaciones son:

1. La Esquizofrenia

La esquizofrenia es un trastorno mental complejo y crónico, que afecta aproximadamente al 1% de la población mundial. Los síntomas comprenden una amplia gama de alteraciones cognitivas, emocionales y conductuales, con presencia de dos o más de los síntomas psicóticos mencionados previamente (delirios, alucinaciones, discurso y/o comportamiento desorganizado o síntomas negativos (como el aplanamiento afectivo o la abulia). Estos síntomas persisten en el tiempo y suelen conllevar un importante deterioro del funcionamiento a nivel social o laboral.

2. El Trastorno delirante

Los trastornos delirantes tienen como característica principal la presencia de delirios, entendiendo estos como creencias firmes que se presentan de modo irreductible a la argumentación lógica. En el trastorno delirante, a diferencia de la esquizofrenia, las alucinaciones, si existen, no son importantes, y el funcionamiento laboral o psicosocial no está tan comprometido, presentando generalmente un comportamiento menos extravagante y un menor deterioro global.

3. El Trastorno esquizoafectivo

El trastorno esquizoafectivo se caracteriza por presentar: un episodio mayor del estado de ánimo (episodio maníaco o episodio depresivo mayor), que concurre con sintomatología similar a la esquizofrenia (delirios, alucinaciones, pensamiento o comportamiento desorganizado…). Además, según el DSM-5, los delirios o

© FEPSM

alucinaciones deben existir durante dos o más semanas sin la presencia de alteraciones en el ánimo durante el curso total de la enfermedad.

4. El Trastorno bipolar

Los Trastornos Bipolares se caracterizan por oscilaciones extremas del estado del ánimo de tipo depresivo o de tipo eufórico. Los episodios maníacos se caracterizan por presentar un periodo de al menos una semana en la que el paciente experimenta un estado de ánimo exaltado o irritable, así como un aumento de la actividad o la energía. Este estado de ánimo, además, se acompaña de otros síntomas como aumento de la distraibilidad, pensamiento acelerado o disminución de las necesidades del sueño. Por otro lado, los episodios depresivos se caracterizan por un estado de ánimo bajo o con pérdida de interés o de la capacidad de disfrute, que además se puede acompañar de otros síntomas como la fatiga, los sentimientos de incapacidad o culpa, pensamientos recurrentes sobre la muerte u otros.

En cualquiera de los dos polos del trastorno bipolar (polo maníaco y polo depresivo), podemos encontrar sintomatología psicótica (delirios o alucinaciones) que acompaña a los síntomas afectivos. Así, un paciente que presenta un episodio maníaco puede presentar, entre otros, delirios de grandeza, de invulnerabilidad o de persecución (por ejemplo, la persona puede pensar que tiene una misión o un poder especial, o que es perseguido por espíritus malignos), y también un paciente con un episodio depresivo mayor puede presentar delirios o alucinaciones que, en este caso -aunque no siempre- suelen ir en consonancia con los temas depresivos, como pueden ser los delirios de culpa, ruina o enfermedad, en los que el paciente puede llegar a creer que está muerto o que ha cometido actos ilícitos.

Ambos extremos emocionales pueden producir situaciones de riesgo que requieran contención. Tanto el ánimo depresivo como el ánimo eufórico pueden asociarse a conductas que ponen en riesgo la integridad del individuo. La depresión puede entrañar ideas y conductas autolíticas y en la euforia típica de los episodios de manía se dan conductas impulsivas (deambular por una autopista, andar por los tejados...) e ideas sobrevaloradas o delirantes sobre las capacidades del sujeto que pueden tener que ver con creer tener poderes especiales como poder volar o ser resistente al fuego por ejemplo. El estado de ánimo exaltado o irritable así como el aumento de la actividad o la energía pueden ocasionar también situaciones de peligro para el paciente o para el entorno.

5. Trastornos depresivos

Como hemos mencionado en el apartado previo, los episodios depresivos -tanto en el seno de un trastorno bipolar como en el de un trastorno depresivo- pueden acompañarse de sintomatología psicótica y de ideación y de conducta suicida. Mención aparte merece,

© FEPSM

además, la depresión agitada, más típica de los ancianos y los niños. En esta, el individuo experimenta, además de los síntomas típicos depresivos, un estado de agitación psicomotora significativa en la que puede hacerse necesaria la contención para protección del paciente.

Trastornos no Psicóticos que pueden dar lugar a episodios de agitación psicomotriz y otras situaciones clínicas susceptibles de contención mecánica

Dentro de los trastornos sin síntomas psicóticos los que pueden dar lugar a situaciones susceptibles de contención serían:

1. Ataques de ansiedad / Crisis de pánico

Se caracteriza por una aparición imprevista y brusca de una sensación de intenso miedo o malestar, que alcanza su máxima expresión en cuestión de pocos minutos y que se puede acompañar de sintomatología física. Cuando esto ocurre de manera recurrente, nos encontramos ante un trastorno de pánico. A veces pueden darse situaciones de agitación psicomotriz significativas.

2. Comportamientos de "Acting-out" o "paso al acto"

El término *"acting-out"* se utiliza en psiquiatría y psicología para describir un comportamiento generalmente impulsivo y muchas veces, agresivo, que aparecen en el seno de diferentes trastornos mentales como forma de lidiar, de manera desadaptativa, con emociones internas. Estos comportamientos pueden ser, en muchas ocasiones, de riesgo para el paciente o para el entorno.

3. Intoxicación o abstinencia a sustancias

Son muchos y variados los efectos que tienen tanto la intoxicación como la abstinencia a alcohol u otras sustancias, debido a su impacto directo sobre el sistema nervioso central y el comportamiento. Así, un estado de intoxicación puede conllevar episodios de agitación, impulsividad o incluso sintomatología paranoide (por ejemplo, delirios de persecución), mientras que la abstinencia puede favorecer estados de elevada ansiedad o irritabilidad.

4. Trastornos de la conducta alimentaria

Los trastornos de la conducta alimentaria como la anorexia o la bulimia nerviosa son enfermedades que cursan con una alteración persistente en la alimentación o en el comportamiento relacionado con la alimentación, y que causan un deterioro significativo en la salud física y/o en el funcionamiento psicosocial. Este grupo heterogéneo de trastornos mentales puede asociar un compromiso nutricional importante, sintomatología comórbida de tipo depresivo, aislamiento social, alteraciones conductuales o conductas autolesivas o suicidas, entre otros.

© FEPSM

5. Trastornos de la personalidad

Los trastornos de la personalidad se refieren a un patrón constante y duradero de experiencia interna y de comportamiento, que se desvía de forma importante de lo que generalmente se espera de su entorno social y cultural (7). Este modo de sentir, pensar y comportarse es generalizado y estable en el tiempo, comenzando en la adolescencia o al inicio de la edad adulta, y persistiendo de una manera poco flexible. Estos, como el resto de los trastornos mentales, cursan con un malestar significativo en el individuo y su entorno, así como un deterioro franco a nivel laboral y/o social. Los patrones de comportamiento disfuncionales asociados, en menor o mayor medida, a los diferentes trastornos de la personalidad, suelen afectar a la vida diaria de las personas que los padecen y a sus relaciones interpersonales. Algunos de ellos, como por ejemplo el trastorno de la personalidad límite, paranoide, narcisista o antisocial, cursan en muchas ocasiones con alteraciones de la conducta significativas como episodios de heteroagresividad, autolesiones e ideas e intentos de suicidio.

6. Discapacidad intelectual, demencia y síndrome confusional agudo

Las alteraciones de conducta asociados a la discapacidad intelectual, la demencia o los síndromes confusionales agudos, pueden variar tanto en su naturaleza como en su gravedad. Algunos síntomas como la agitación o las conductas auto o heteroagresivas son transversales a todos ellos, mientras que otros como la desorientación o las alucinaciones, especialmente de tipo visual, son más frecuentes en el síndrome confusional agudo, también llamado delirium, y en determinados tipos de demencia. Es imprescindible comprender que estas alteraciones conductuales suelen ser fruto de una interacción compleja entre los desafíos cognitivos y emocionales de cada condición, requiriendo su manejo un enfoque individualizado.

LA AGITACIÓN PSICOMOTRIZ

La agitación psicomotriz se caracteriza por un aumento significativo de la actividad motora, que puede ir desde la inquietud hasta una franca agitación y que puede cursar con agresividad o violencia hacia uno mismo o terceros, y que se acompaña además de una tensión emocional en forma de ansiedad, pánico, enfado, euforia, miedo u otras emociones. La agitación puede ser un síntoma de diferentes trastornos, tanto médicos como mentales, y supone una situación de urgencia médica y psiquiátrica (8). Además, es importante reconocer la agitación como una situación clínicamente heterogénea y relativamente frecuente, tanto en la práctica de los servicios de Urgencias como durante las hospitalizaciones, siendo imprescindible una correcta interpretación de su significado para poder intervenir de manera rápida, en aras de garantizar la seguridad del paciente.

© FEPSM

El tratamiento y manejo de la agitación deben ser individualizados de acuerdo con la causa y con las necesidades del paciente. La atención de la agitación por profesionales cualificados es fundamental para evaluar, diagnosticar y abordar adecuadamente estas situaciones

Cuando se procede a realizar una contención mecánica en Psiquiatría hay que pensar siempre que estamos ante una:

- *Persona enferma con un Trastorno Mental*
- *Persona que sufre y hace sufrir al entorno*
- *Persona incapaz de gobernar su pensamiento, su emoción y su conducta*
- *Persona con conducta imprevisible*
- *Persona vulnerable*
- *Persona con riesgo de auto/heteroagresividad/conductas de riesgo*
- *Persona con una conducta que puede tener consecuencias nefastas y legales*

EL PACIENTE, LA FAMILIA Y EL PSIQUIATRA ANTE LA CONTENCIÓN MECÁNICA

Como citamos previamente, cuando se procede a realizar una contención mecánica estamos ante una persona enferma con un trastorno mental que sufre, aunque la percepción externa es que son los familiares, el entorno o los profesionales los que se sientan más asustados. De hecho, la manifestación conductual que requiere contención esconde a un paciente asustado y con miedo, perdido, desesperado, vulnerable, que siente que no hay salida y que intenta defenderse, siendo esto precisamente lo que desencadena la agitación. De esta manera, debemos tener en cuenta que cuando se produce un episodio de agitación, el llevar a cabo la contención puede desencadenar una escalada de resistencia o agresividad en un intento de autodefensa.

En este sentido, destacar que algunos estudios señalan que la contención desde la percepción del paciente es la práctica que un mayor malestar produce durante los ingresos en las plantas de hospitalización psiquiátrica por la sensación de pérdida de control y por no sentirse atendidos por los profesionales en sus demandas lo que aumenta la angustia subjetiva (9). Siguiendo esta perspectiva, una revisión que explora el posible daño físico y psicológico asociado a las sujeciones mecánicas, realizada en el año 2018, señala que sin un adecuado protocolo y seguimiento, las contenciones pueden suponer un trauma o una retraumatización de un trauma pasado (10). Por ello, la humanización, el seguimiento de protocolos consensuados, la profesionalización de las técnicas y el contar con suficiente personal pueden preservar los derechos y la dignidad del paciente cuando son necesarias estas prácticas que habitualmente tienden a limitarse y a utilizarse en casos límites.

© FEPSM

Como decíamos previamente, los familiares asisten también preocupados y con angustia a las situaciones de contención, aunque previamente hayan podido sentir su integridad física en riesgo. Los allegados pueden tener un importante impacto emocional provocando no sólo sufrimiento, sino también sentimientos de frustración, culpa o responsabilidad. Para atenuar, en la medida de lo posible, parte de este impacto, es necesario ofrecer a la familia una adecuada información acerca de la finalidad y del tiempo estimado del uso de contenciones, explicando que las medidas verbales o farmacológicas han resultado ineficaces (10).

Por último, los profesionales sanitarios en general y, especialmente, los psiquiatras (que pautan y supervisan la sujeción mecánica) y el equipo de enfermería (encargado de coordinar y ejecutar la contención), presentan también un sufrimiento emocional al tener que autorizar o pautar contenciones mecánicas con los dilemas éticos que ello supone. Además, el personal sanitario conoce que estas prácticas pueden comprometer la relación terapéutica con el paciente. En esta línea, estudios recientes analizan tanto la culpa que generan estas prácticas en el personal sanitario como el temor a que no existan alternativas terapéuticas seguras (11). Otro ejemplo ilustrativo del malestar de los profesionales lo encontramos en un estudio reciente realizado en Madrid y que está centrado en el análisis de las experiencias de los profesionales en formación en el uso de sujeciones mecánicas. En este estudio, se sugiere que el *miedo* es la experiencia clave en estos profesionales, miedo que abarca desde el temor a ser agredido, el temor a que el paciente se haga daño o el temor a las consecuencias legales o institucionales si no autorizan la medida. También produce temor el que la prescripción de la medida de contención pueda ser inadecuada (13).

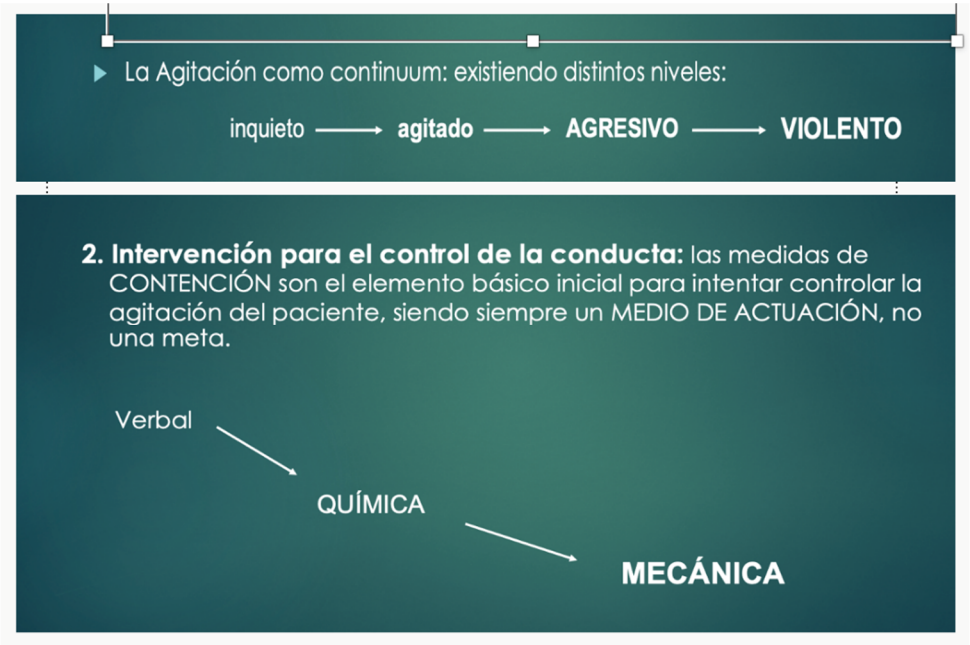
ABORDAJE DE LA AGITACIÓN PSICOMOTRIZ

Para evitar contenciones mecánicas hay que entender que la agitación forma parte de un *continuum* en el que se pueden identificar previamente distintos niveles de malestar que van desde la inquietud psicomotriz, la agitación psicomotriz y las conductas agresivas hasta llegar a la violencia. Esta concepción nos permite comprender la necesidad de realizar un diagnóstico y una intervención precoz ya que la actuación temprana abortará la escalada de conductas potencialmente peligrosas y, por tanto, evitará también la necesidad de llegar a utilizar una contención mecánica. Hacer un diagnóstico diferencial con patologías médicas que puedan provocar estas situaciones es algo imprescindible (14).

Se debe realizar una primera intervención o los allegados deben pedir ayuda cuando el enfermo es abordable verbal o farmacológicamente, es decir, cuando aparecen los primeros síntomas clínicos de ansiedad, inquietud, baja tolerancia la frustración, rechazo a cooperar, realización de insultos o un estado disfórico significativo. En esta situación la contención

 © FEPSM

verbal y farmacológica pueden ser suficientes. Si no actuamos, se pasará a un estado de agitación psicomotriz con pánico, irritabilidad, enfado, ideación paranoide, labilidad afectiva, discurso acelerado y exaltado e inquietud psicomotriz severa que puede derivar finalmente en situaciones de rabia, ira, ánimo explosivo, agresividad, conductas imprevisibles y violencia incontrolable en las que la contención mecánica puede ser la única medida eficaz.



El abordaje gradual ante un episodio de agitación tiene que tener en cuenta los siguientes aspectos y fases:

1) Medidas ambientales y medidas de seguridad

El primer paso será establecer una serie de medidas ambientales y medidas de seguridad protocolizadas, priorizando la salvaguarda de la seguridad del paciente y del personal asistencial, y respetando la privacidad de la intervención.

Estas medidas incluyen:

- Facilitar un espacio físico adecuado para la atención del paciente agitado: un ambiente amplio y tranquilo, libre de objetos peligrosos, privado y provisto de una salida fácil. Se debe intentar reducir o eliminar estímulos sensoriales como el

© FEPSM

exceso de ruido o de luz, que pudieran incrementar las respuestas agresivas o violentas en el paciente.

- Sacar del entorno a personas que irriten o entorpezcan el proceso, priorizando que se encuentren presentes únicamente aquellas personas -acompañantes tranquilizadores o personal del centro con autoridad- que intervengan o faciliten el abordaje de la situación.

- Recurrir al apoyo de otros profesionales en la medida en que esto pueda suponer un mejor acompañamiento del paciente y los profesionales, avisando además al equipo de seguridad en caso de ser necesario. En general, es preferible no realizar la entrevista en solitario cuando se detecta una posible situación de agitación, asegurando una salida accesible para el paciente y el profesional. En caso de que existiesen armas, sería necesario interrumpir la intervención.

2) Contención verbal

La contención verbal será siempre el paso clave y prioritario para intentar controlar la conducta del paciente (14,15). La contención verbal debe ser flexible y adecuada a cada paciente y cada situación, aunque siempre debe transmitir una intención de proteger al paciente. Por lo general, para realizar una contención verbal hay que tener en cuenta que:

- Siempre se debe ser respetuoso con el paciente, empleando una voz calmada y neutra. Debemos evitar subir el tono de voz o emplear un lenguaje o discurso que el paciente pueda interpretar como amenazante o agresivo. Otras conductas que también pueden ser percibidas como intimidantes y que, por tanto, deben ser igualmente evitadas, serán el contacto visual fijo durante un tiempo prolongado o las actitudes hostiles o dominantes.

- Se deben crear condiciones de seguridad adecuadas para no mostrar temor o falta de control de la situación, en aras de transmitir calma, firmeza y seguridad al paciente.

- Nunca debemos emitir juicios de valor sobre la actitud o los hechos transmitidos por los pacientes. No sólo no es esta nuestra labor, sino que, además, esto puede contribuir a incrementar el riesgo de violencia. Tampoco se debe en ningún caso avergonzar al paciente por la situación o hacerle sentir culpable por lo que está sucediendo.

- La aproximación al paciente debe incluir una actitud y un diálogo empático, tratando de comprender la situación en que se encuentra. Es importante buscar una alianza con el paciente, calibrando juntos posibles soluciones y tratando de ofrecer estrategias para canalizar el malestar.

© FEPSM

3) Contención farmacológica

Cuando las medidas ambientales y la contención verbal han resultado insuficientes, puede ser necesario emplear medidas farmacológicas que ayuden al manejo de la agitación. Existe una amplia variedad de fármacos que pueden resultar útiles en estas situaciones, siendo el medicamento ideal aquél que tenga un inicio rápido de acción y una duración corta; que sea seguro y se tolere bien, que no sea estigmatizante, y que consiga un efecto tranquilizador, pero no necesariamente sedante (16). En muchos casos, es cada situación concreta y la experiencia clínica del profesional lo que va a determinar el uso de una u otra opción farmacológica, debiendo iniciarse la medicación con la mínima dosis eficaz y priorizando la monoterapia.

Entre las posibles vías de administración de la medicación ante un episodio de agitación se encuentran la vía inhalada, la vía oral y la vía inyectable (intramuscular o intravenosa), siendo la vía oral la primera línea en casos menos graves y aplicándose la vía intravenosa generalmente como el último recurso al precisar una supervisión y monitorización más estrecha.

- Vía inhalada. Esta vía de administración ofrece la ventaja de presentar un rápido inicio de acción, siendo su aplicación no invasiva y generalmente segura y efectiva. En España, la Loxapina (Adasuve®) es el único fármaco por vía inhalada con indicación para tratar la agitación leve o moderada en pacientes adultos con Esquizofrenia o Trastorno Bipolar (17,18). Se trata de un antipsicótico atípico y entre los efectos adversos destaca el broncoespasmo, estando contraindicado en pacientes con asma o EPOC. La principal limitación a la hora de emplear este fármaco es el hecho de que no se encuentre disponible en muchos centros.

- Vía oral. Esta es una vía de fácil administración y poco invasiva, aunque su inicio es generalmente más lento que la vía inhalada. Su administración puede realizarse en forma de solución (p.ej. Haloperidol o Risperidona), cápsulas o comprimidos, y también se pueden emplear comprimidos bucodispersables que se deshacen bajo la lengua y facilita una absorción más rápida (p.ej. Olanzapina orodispersable). Entre los fármacos más utilizados por esta vía estarían las benzodiacepinas, preferibles en caso de agitación asociada a intoxicación por sustancias psicoactivas o abstinencia alcohólica, y los antipsicóticos atípicos, de elección cuando la agitación se deriva de síntomas psicóticos o está en relación con cuadros médicos como el delirium) (18).

- Vía intramuscular/intravenosa. La vía intramuscular y, en última instancia, intravenosa, se debe considerar en aquellos pacientes en que no existe una colaboración para la toma de medicación inhalada u oral, debiendo ser aplicada por personal sanitario. El inicio de acción generalmente tiene lugar a los 30 minutos, pudiendo producir una excesiva sedación en algunos casos. Entre las

© FEPSM

opciones encontramos, al igual que en la medicación oral, las benzodiacepinas -diazepam, clonazepam, Lorazepam, etc.- y los antipsicóticos -olanzapina, ziprasidona, aripiprazol, haloperidol, zuclopentixol, etc.-. El uso de uno u otro fármaco debe realizarse de forma cuidadosa e individualizada, atendiendo a las características y situación clínica de cada paciente (19).

4) Contención mecánica.

En aquellos casos en los que las medidas previas fallen o resulten insuficientes, o ante la necesidad de emplear medidas coadyuvantes, puede ser necesario el uso de contenciones mecánicas. No obstante, incluso cuando un paciente se encuentre contenido, se debe seguir intentando una desescalada verbal. Durante la inmovilización generalmente se requiere también la administración de medicación que ayude a cesar el episodio de agitación, precisando de una supervisión estrecha de los efectos de la medicación y una reevaluación frecuente de la necesidad de contención (14). Más adelante se abordará este punto en detalle.

A fin de resumir la actuación escalonada previamente descrita y ofrecer una guía sencilla y clara para los profesionales sanitarios, en el año 2012 la American Association for Emergency Psychiatry (AAEP) reunió un grupo de expertos en psiquiatría, psicología, enfermería, medicina urgencias y trabajo social para establecer lo que denominaron “Project BETA”: Best Practices in the Evaluation and Treatment of Agitation. Este proyecto discutió sobre los puntos clave concernientes al manejo del paciente agitado, estableciendo los siguientes pasos: desescalada verbal como tratamiento de primera línea para la agitación; tratamiento farmacológico orientado a la etiología más probable de la agitación; evaluación psiquiátrica adecuada; abordaje terapéutico apropiado de las posibles condiciones médicas asociadas; y minimización de la restricción física (14,15).

CONTENCIÓN MECÁNICA. INDICACIONES

La OMS define la contención mecánica como aquellos “métodos extraordinarios con finalidad terapéutica, que sólo resultarán tolerables ante aquellas situaciones de emergencia que comparten una amenaza urgente o inmediata para la vida y/o integridad física del propio paciente o de terceros, y que no puedan conjurarse por otros medios terapéuticos”. Esta indicación se justifica únicamente cuando el resto de las opciones terapéuticas han fallado, ya que su uso vulnera el principio de autonomía de la persona al restringir la libertad del paciente, lo que significa una limitación de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución de las personas afectadas por las intervenciones físicas (según el artículo 15 de la Constitución, el “derecho a la integridad física” y el artículo 17, “el derecho a la libertad”).

© FEPSM

Además, estos procedimientos se caracterizan por ser en su mayoría medidas terapéuticas que, en muchos casos, requieren actuar en contra de la voluntad del paciente en un contexto de urgencia o apremio, pudiendo además atentar contra una cualidad intrínseca al ser humano y también protegida por la Constitución: el derecho al respeto de la dignidad (artículo 10) (20).

Para respetar al máximo todo lo expuesto previamente, resulta imprescindible tener en cuenta cuáles son y cuáles no son indicaciones de las contenciones mecánicas (20).

Indicaciones:

1) Episodios de agitación psicomotriz derivados de múltiples entidades.
2) Prevención de daño físico inminente a sí mismo o a terceros, cuando los demás medios (contención verbal o contención farmacológica) han fracasado, o cuando se tienen la certeza de que tales medidas resultarán ineficaces.
3) Prevención de daños graves al entorno (incluyendo familiares, personal asistencial, otros pacientes en el entorno hospitalario o las instalaciones del centro).
4) Asegurar el seguimiento del tratamiento prescrito, cuando este se considera imprescindible y no han sido suficientes otras medidas. Algunos ejemplos serían prevenir la retirada de vías o sondas nasogástricas por el propio paciente o imposibilidad de administrar tratamiento en pacientes sin capacidad en ese momento de tomar esa decisión).

En cuanto a las situaciones en las que las contenciones mecánicas no se consideran indicadas están las siguientes:

1) Cuando se puedan emplear otras medidas menos restrictivas que resulten de utilidad para paliar la situación de riesgo existente.
2) Como castigo o represalia por el comportamiento previo o actual del paciente.
3) Por falta de personal cualificado o dispositivos adecuados, teniendo en cuenta que la falta de recursos no debe ser una justificación del empleo de contenciones mecánicas.
4) Por conveniencia del personal de salud para facilitar la atención de pacientes complejos.
5) Cuando existe una orden explícita o contraindicaciones que impidan el empleo de contenciones mecánicas.
6) Cuando existe una negativa por parte de un paciente capaz de tomar la decisión en el momento de la prescripción.

© FEPSM

7) Ante determinados cuadros que pueden empeorar por disminución de los estímulos sensoriales, como podría ocurrir en ocasiones en cuadros de encefalopatía o delirium.

8) Cuando existe un desconocimiento del cuadro clínico del paciente, no siendo posible valorar la idoneidad de la adopción de esta medida.

Una vez que se ha tomado la decisión de utilizar la contención mecánica, es imperativo garantizar la dignidad del paciente con una actuación empática, basada en protocolos y los medios físicos y humanos necesarios. Asimismo, tanto los familiares como el paciente deben ser, en la medida de lo posible, informados previamente a realizar la contención, evitando prolongar esta medida más allá de lo necesario con revisiones periódicas que constaten la permanencia o no de la medida.

En cuanto al procedimiento, es el médico quien debe prescribir el procedimiento, aunque en situaciones de necesidad podría ser activado por el personal de enfermería. La realización de la contención es, en principio, responsabilidad del equipo de enfermería con ayuda de celadores y auxiliares, siendo preciso idealmente la presencia de unas cinco personas y debiendo estar presente el médico prescriptor. En situaciones excepcionales, cuando se considere que la seguridad del personal esté en peligro y que la intervención de los miembros de seguridad del hospital no sea suficiente, se debe establecer comunicación con las Fuerzas de Seguridad del Estado para controlar la situación (20).

Una vez realizada la contención, se debe comprobar que las contenciones están bien colocadas y que no hagan daño al paciente, dejando además constancia del procedimiento en la historia clínica. La sujeción puede ser completa (en cinco puntos: tronco y las cuatro extremidades), o “cruzada” (un miembro superior, el tórax y el miembro inferior contrario). La primera valoración para ratificar la indicación de sujeción debe realizarse antes de la primera hora. Posteriormente, la segunda y tercera valoración se realizará en un máximo de 4 y 8 horas respectivamente (20).

¿ES POSIBLE CUIDAR EN PSIQUIATRÍA SIN CONTENCIÓN MECÁNICA?

Como hemos ido viendo en los puntos previamente desarrollados, la contención mecánica es una medida que no está exenta de riesgos y que se encuentra sujeta a una gran controversia debido a su mecanismo coercitivo. Por ello, el pensamiento compartido por la totalidad de los profesionales de la salud es que debe contemplarse en situaciones excepcionales de riesgo grave. No obstante, la insuficiente dotación en algunos contextos asistenciales españoles hace que su uso ocasionalmente pueda ser más extendido de lo estrictamente necesaria (11,20).

© FEPSM

La atención centrada en la persona y la búsqueda de alternativas a la contención son enfoques prioritarios en la atención de salud mental y otros contextos de atención médica, hecho que ha derivado en un creciente esfuerzo por parte de muchos países para reducir su uso (21–23). De este modo, en el año 2002, la National Association of State Mental Health Program Directors (NASMHPD) recibió fondos para desarrollar una investigación acerca del uso de contenciones mecánicas, publicando posteriormente un documento que recoge las denominadas "Six Core Strategies for Reducing Seclusion and Restraint Use" (23), seis estrategias dirigidas a la reducción del uso de contenciones mecánicas que son las siguientes:

Estrategia 1. Liderazgo hacia el cambio organizativo. Promoviendo una filosofía basada en la reducción de las medidas coercitivas.

Estrategia 2. Informar de la práctica a través de registros para comprender y monitorizar los patrones restrictivos, facilitando así estrategias de cambio.

Estrategia 3. Capacitación de los profesionales, a través de formación en técnicas de desescalada verbal y realizando evaluaciones de las diferentes situaciones de la práctica clínica.

Estrategia 4. Uso de herramientas de reducción de medidas restrictivas, como, por ejemplo, salas de modulación sensorial o de "no contención", o el empleo de medicación por vías poco invasivas y de rápida acción, como la vía sublingual o inhalada.

Estrategia 5. Participación de las personas con problemas de salud mental y/o allegados en las políticas de reducción de medidas coercitivas.

Estrategia 6. Elaboración de informes en aras de analizar las causas que derivaron en el uso de las medidas coercitivas.

Desde su creación, el uso de estas estrategias se ha ido extendiendo y adaptando a diferentes países y entornos sanitarios, como por ejemplo en Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Inglaterra o Alemania (23,24), habiendo demostrado una reducción estadísticamente significativa del uso de las contenciones (25). Sin embargo, estos objetivos y estrategias no son solo planteadas por organizaciones y equipos de trabajo concretos, sino que, en los últimos años, son también cada vez más las directrices a nivel internacional, como por ejemplo las recomendaciones de la Guía NICE (26), que hacen un llamamiento a la adopción de estrategias destinadas a disminuir la aplicación de medidas de restricción y aislamiento en entornos de atención psiquiátrica. Asimismo, otras entidades como la European Psychiatric Association (EPA), la Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (JCAHO) o la Organización de Naciones Unidas ONU (2020), se han posicionado declarando cómo los métodos coercitivos deben ser siempre el último recurso y debiendo ser empleados de forma excepcional. (27,28, 29).

© FEPSM

En España no existe actualmente una normativa uniforme en todo el país para regular la prescripción y el uso de medidas de contención mecánica. En su lugar, es más común que cada Comunidad Autónoma o incluso cada hospital, elabore sus propios protocolos -que en su mayoría comparten elementos esenciales- adaptados a su entorno de atención médica, (30) a pesar de lo cual se está realizando un esfuerzo activo por humanizar la asistencia psiquiátrica y, en esta línea, reducir al máximo las contenciones mecánicas. Así, a nivel autonómico se está planteando el uso de estrategias en esta dirección, como podemos ver en el documento "Humanización de la Asistencia en las Unidades de Hospitalización Psiquiátrica Breve" (31), publicado por la Sociedad de Psiquiatría de Madrid en el año 2019, en el que se plantea el uso de las estrategias desarrolladas por la NASMHPD en el entorno de hospitalización para lograr el objetivo de "contenciones cero"; o en el movimiento social liderado por asociaciones como la Asociación Madrileña de Salud Mental (32) o ActivaMent Catalunya Associació (33), que abogan por la supresión de esta medida.

En el ámbito nacional, en el año 2016, el Comité de Bioética de España (CBE) publicó una serie de recomendaciones para el uso de contenciones mecánicas, entre las que se incluyen su carácter excepcional y la necesidad de introducir actividades formativas y programas de sensibilización orientadas al adecuado uso de estas medidas (34), y también algunas federaciones y asociaciones han abogado por esta tendencias (35,36).

Por último, en el marco legislativo, la Fiscalía General del Estado emitió en enero de 2022 la Instrucción número 1/2022, que aborda el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas, servicios de salud mental y centros de cuidado residencial y sociosanitarios para personas mayores y/o con discapacidad. En esta, el Ministerio Fiscal, en un intento de reforzar la atención de las personas especialmente vulnerables, promueve una perspectiva que dé prioridad a los derechos humanos, exigiendo para lograrlo "una actuación proactiva para remover obstáculos, asumiendo funciones de supervisión y comprobación del cumplimiento de las pautas esenciales que deben ser respetadas en todo caso en la aplicación de las contenciones, evitando su utilización por conveniencia (ahorro de trabajo, esfuerzo o recursos) o que puedan responder o desembocar en un castigo o maltrato, y no centradas en el mejor beneficio para la persona sometida"(37).

Sin embargo, a pesar de todo mientras la enfermedad mental exista los psiquiatras nos veremos ante situaciones en las que nuestra obligación será velar por la integridad del enfermo mental y por la del entorno. Y para ello, en último término, se requiera proceder a una contención mecánica ante situaciones que conlleven riesgo de auto o heteroagresividad. Los delirios y las alucinaciones seguirán llevando a situaciones de heteroagresividad, las depresiones a conducta suicida, la manía a conductas de riesgo, la anorexia a necesidad de tratamiento nutricional que preserve la vida y los trastornos de la personalidad a autolesiones graves que habrá que evitar para cuidar al enfermo. En España en el año 2022 hubo 4097 fallecimientos por suicidio siendo la primera causa de muerte no

© FEPSM

natural. Alrededor del 85% al 95 % de las personas que mueren por suicidio sufren una enfermedad mental diagnosticable en el momento de su muerte y que la práctica totalidad de los intentos de suicidio se arrepienten de haberlo intentado después de llevar el tratamiento adecuado. Por tanto, parece muy difícil y utópico la erradicación total de la contención mecánica o el objetivo de "contención mecánica cero" si cómo médicos queremos asistir al enfermo que tiene sus facultades mentales abolidas en un momento de la enfermedad.

REFLEXIÓN FINAL: ¿ES LA CONTENCIÓN MECÁNICA SOLO MECÁNICA?

Finalmente, y teniendo en cuenta lo que se ha ido desarrollando a lo largo del capítulo, es preciso subrayar una vez más que la contención mecánica no es una medida terapéutica más y que, por tanto, pueda tomarse a la ligera, sino que se trata de una medida que implica un confrontamiento ético entre los principios de beneficencia y de autonomía, y que, por su naturaleza coercitiva, debe ser examinada con riguroso cuidado y respeto.

La contención mecánica no implica sólo una limitación física a la movilidad del paciente, sino que se debe entender como un *"encuentro"* entre dos personas: por un lado, un enfermo que sufre y cuya voluntad se encuentra comprometida por el estado mental y, por otro, un profesional, normalmente un médico psiquiatra, responsable de velar por la vida del paciente, por su seguridad y por la de otros. Su uso debe estar enmarcado en un profundo respeto por la dignidad de la persona y debe basarse en un sólido conocimiento de la psicopatología, comprendiendo qué es la enfermedad y no la persona, la que da lugar a situaciones en las que se pone en riesgo la integridad del paciente o del entorno.

La contención mecánica es también un acto médico y una responsabilidad que puede evitar consecuencias negativas secundarias a la pérdida de libertad que supone la enfermedad mental evitando muertes, evitando conductas violentas o evitando riesgos significativos para la persona o su entorno. Nos permite, si fracasan otras medidas, proteger y cuidar a la persona con trastorno mental cuando su volición y su libertad están condicionadas por la enfermedad. Ya que, como psiquiatras y médicos, el principal objetivo debe ser velar con responsabilidad por las personas que, bien por su enfermedad mental, bien por su situación clínica, se encuentren en una posición de especial vulnerabilidad. "*El objeto de nuestra profesión es, pues, el ser humano que sufre, no habiendo nada más humano que el sufrimiento y nada más humano, también, que intentar paliarlo*." (Díaz Marsá, 2019).

© FEPSM

BIBLIOGRAFÍA

1. Salud mental: fortalecer nuestra respuesta. Organización Mundial de la Salud (OMS). [Internet] Disponible en: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-strengthening-our-response
2. Trastornos mentales. Organización Mundial de la Salud (OMS). [Internet]. Disponible en: https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders
3. Informe mundial sobre salud mental: Transformar la salud mental para todos Organización Mundial de la Salud (OMS). [Internet]. Disponible en: https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240050860
4. Salud mental en datos: prevalencia de los problemas de salud y consumo de psicofármacos y fármacos relacionados a partir de los registros clínicos de atención primaria. Ministerio de Sanidad. Gobierno de España. [Internet]. Disponible en: https://www.sanidad.gob.es/estadEstudios/estadisticas/estadisticas/estMinisterio/SIAP/Salud_mental_datos.pdf
5. Correas Lauffer J, Villoria Borrego L. El paciente agitado o violento. En: Chinchilla Moreno A. Breviario de Urgencias Psiquiátricas. Barcelona, España: Elsevier Masson; 2011.p.39-44.
6. Gallego-Gómez JI, Fernández-García N, Simonelli-Muñoz AJ, Rivera-Caravaca JM. Manejo inicial del paciente con afectación psiquiátrica en urgencias hospitalarias: revisión sistemática. An Sist Sanit Navar. 44(1):71-81.
7. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales. DSM-V. 5ª Edición. Arlington, USA: American Psychiatric Association; 2013.
8. García Álvarez MJ, Bugarín González R. Actualización de “ABCDE en Urgencias Extrahospitalarias”. Agitación psicomotriz. Cad Aten Primaria. 2012;18:73-7.
9. Spinzy Y, Maree S, Segev A, Cohen-Rappaport G. Listening to the Patient Perspective: Psychiatric Inpatients’ Attitudes Towards Physical Restraint. Psychiatr Q. 2018;89(3):691-6.
10. Cusack P, Cusack FP, McAndrew S, McKeown M, Duxbury J. An integrative review exploring the physical and psychological harm inherent in using restraint in mental health inpatient settings. Int J Ment Health Nurs. junio de 2018;27(3):1162-76.
11. Shrestha Y. Knowledge and Attitude of Family Member of Mentally Ill Patient Regarding Restraint, 2016. Arch Psychiatr Nurs. 2018;32(2):297-9.

© FEPSM

12. Muir-Cochrane E, O'Kane D, Oster C. Fear and blame in mental health nurses' accounts of restrictive practices: Implications for the elimination of seclusion and restraint. Int J Ment Health Nurs. 2018;27(5):1511-21.

13. Nocete Navarro L, López de Loma Osorio V, Bravo Ortiz MF, Fernández Liria A. Salud mental y derechos humanos: La experiencia de los profesionales en formación en el uso de sujeciones mecánicas en Madrid, España. Salud Colectiva | Universidad Nacional de lanús. 2021;17:e304.

14. Garriga M, Pacchiarotti I, Kasper S, Zeller SL, Allen MH, Vázquez G, et al. Assessment and management of agitation in psychiatry: Expert consensus. World J Biol Psychiatry. 2016;17(2):86-128.

15. Roppolo LP, Morris DW, Khan F, Downs R, Metzger J, Carder T, et al. Improving the management of acutely agitated patients in the emergency department through implementation of Project BETA (Best Practices in the Evaluation and Treatment of Agitation). J Am Coll Emerg Physicians Open. 2020;1(5):898-907.

16. Lesem MD, Tran-Johnson TK, Riesenberg RA, Feifel D, Allen MH, Fishman R, et al. Rapid acute treatment of agitation in individuals with schizophrenia: multicentre, randomised, placebo-controlled study of inhaled loxapine. Br J Psychiatry J Ment Sci. 2011;198(1):51-8.

17. CIMA : Prospecto Adasuve 9,1 mg polvo para inhalación (unidosis). Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. [Internet]. Disponible en: https://cima.aemps.es/cima/dochtml/p/113823002/P_113823002.html#1

18. Vieta E, Garriga M, Cardete L, Bernardo M, Lombraña M, Blanch J, et al. Protocol for the management of psychiatric patients with psychomotor agitation. BMC Psychiatry. 2017;17(1):328.

19. Searles Quick VB, Herbst ED, Kalapatapu RK. Which Emergent Medication Should I Give Next? Repeated Use of Emergent Medications to Treat Acute Agitation. Front Psychiatry. 2021;12:750686.

20. Protocolo de contención de movimientos de pacientes. Comité de Ética para la Asistencia Sanitaria. Hospital Clínico San Carlos de Madrid. [Internet]. Disponible en: https://www.aeesme.org/wp-content/uploads/2014/11/Protocolo-Contenci%C3%B3n-de-movimientos-de-pacientes-Hospital-cl%C3%ADnico-San-Carlos.Madrid.pdf

21. Redacción Mad in (S)Pain. #0contenciones: «Cuidar sin atar. Experiencias internacionales de atención a la salud mental libres de contención mecánica». Madrid, España. [Internet] 2020. Disponible en: https://madinspain.org /0contenciones-cuidar-sin-atar-experiencias-internacionales-de-atencion-a-la-

© FEPSM

salud-mental-libres-de-contencion-mecanica-redaccion-mad-in-america-hispanohablante/

22. Hernandez A, Riahi S, Stuckey MI, Mildon BA, Klassen PE. Multidimensional approach to restraint minimization: The journey of a specialized mental health organization. Int J Ment Health Nurs. octubre de 2017;26(5):482-90.

23. LeBel JL, Duxbury JA, Putkonen A, Sprague T, Rae C, Sharpe J. Multinational experiences in reducing and preventing the use of restraint and seclusion. J Psychosoc Nurs Ment Health Serv. 2014;52(11):22-9.

24. Duxbury J, Baker J, Downe S, Jones F, Greenwood P, Thygesen H, et al. Minimising the use of physical restraint in acute mental health services: The outcome of a restraint reduction programme ('REsTRAIN YOURSELF'). International Journal of Nursing Studies. 2019;95:40-8.

25. National Association of State Mental Health Program Directors. National executive training institute: A training curriculum for the reduction of seclusion and restraint. Alexandria, VA: 12th Ed.; 2014.

26. Violence and aggression: short-term management in mental health, health and community settings. NICE guideline [NG10]. 2015. [Internet]. Disponible en: https://www.nice.org.uk/guidance/ng10

27. The Joint Commission. Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations: Getting a handle on restraint: New behavioural health care standards spell out specifics of training. JT Comm Benchmark. 2000;(2:1-3.).

28. Members of the Epa Executive Committee, Galderisi S, Gorwood P, Gaebel W, Kurimay T, Dom G, et al. United Nations convention on the rights of persons with disabilities needs to be interpreted on the basis of scientific evidence regarding psychiatry. Eur Psychiatry J Assoc Eur Psychiatr. 2018;51:87-9.

29. Organización de Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. [Internet]. ONU; 2020. Disponible en: https://www.consaludmental.org /publicaciones/Informe-relator-onu-salud-mental-abril-2020.pdf

30. García-Portilla González MP, Grande i Fullana I. Buenas prácticas clínicas para la contención de personas con trastorno mental en estado de agitación. Consenso español. Madrid: Sociedad Española de Psiquiatría y Salud Mental; 2020. [Internet]. Disponible en: https://sepsm.org/wp-content/uploads/2022/02/2020-Contencion-personas-estado-de-agitacion.pdf

© FEPSM

31. Sociedad de Psiquiatría de Madrid. Humanización de la Asistencia en las Unidades de Hospitalización Psiquiátrica Breve. [Internet]. Madrid, España: Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental; 2019. 57 p. Disponible en: https://fepsm.org/files/publicaciones/HUMANIZACI%C3%93N_de_la_Asistencia_en_las_Unidades_de_Hospitalizaci%C3%B3n_Psiqui%C3%A1trica_Breve.pdf

32. Moreno-Pérez A, Fernández-Liria A. La contención mecánica como acontecimiento centinela: propuesta para avanzar hacia su eliminación. Asociación Madrileña de Salud Mental. Madrid: 2020. [Internet]. Disponible en: https://amsm.es/2020/04/28/la-contencion-mecanica-como-acontecimiento-centinela-propuesta-para-avanzar-hacia-su-eliminacion-boletin-n46-primavera-2020/

33. Jornada: “Las contenciones mecánicas dentro del ámbito psiquiátrico. ¿Hay alternativas?”. ActivaMent Catalunya Associació. Barcelona: 2022. [Internet], Disponible en: https://www.activament.org/es/2022/jornada-sobre-las-contenciones-mecanicas-dentro-del-ambito-psiquiatrico-hay-alternativas/

34. Comité de Bioética de España. Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario. [Internet]. CBE; 2016. Disponible en: http://assets.comitedebioetica. es/files/documentacion/Iforme%20Contenciones-CBE.pdf

35. Manifiesto de Cartagena “por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción”. Cuad Psiquiatr Comunitaria. 2017;14(1):65-7.

36. Confederación Salud Mental España. Salud Mental España exige el fin de la coerción en la salud mental [Internet]. Confederación Salud Mental España; 2023. Disponible en: https://consaludmental.org/sala-prensa/exige-fin-coercion-tratos-violentos/

37. Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad. (Boletín Oficial del Estado, número 36. Sec. III. p. 18260, de 11 de febrero de 2022).

© FEPSM

3

Medidas coercitivas en Psiquiatría y Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ

A. INTRODUCCIÓN EXPLICATIVA: VISIÓN JURÍDICA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Mi exposición versará sobre la utilización de las medidas coercitivas en el ámbito psiquiátrico, con una atención más detenida a los internamientos involuntarios. Ello, lógicamente, desde la óptica que me es propia, la perspectiva jurídica. Este análisis partirá de lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas, en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención o CDPD). Pero, a partir de esa referencia, haré una exposición de la normativa nacional e internacional, así como del modo en que la misma está siendo interpretada y aplicada por los tribunales nacionales y europeos.

Quiero añadir que este texto tiene como objetivo prioritario el contribuir al debate entre juristas y psiquiatras, que se mantuvo en Sevilla los días 6 y 7 de octubre, acerca de las "Medidas coercitivas e impositivas en Psiquiatría", y con tal finalidad ha sido redactado.

B. LA CONVENCIÓN: RASGOS ESENCIALES

La Convención supuso un cambio radical en el modo de entender todo lo concerniente a la discapacidad, introduciendo una novedad en su conceptuación, al considerar como tal aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Se introduce, en consecuencia, un elemento relacional, que determina que la discapacidad no sea una mera circunstancia personal sino que se ponga en relación con las barreras que la sociedad interpone en el desarrollo de los procesos vitales de quienes tienen alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial (artículo 1 de la Convención).

Este cambio de paradigma comporta la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, acogiendo por tanto un modelo “social” de la discapacidad, que la concibe como el resultado de un conjunto complejo de condiciones y circunstancias, originadas o agravadas

 © FEPSM

en gran medida por el entorno social, con abandono, por tanto, del tradicional modelo "médico o rehabilitador".

Toda la construcción jurídica emanada de la Convención se basa en el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas, que no puede verse modificada por el hecho de presentar alguna discapacidad. Esto supone el respeto pleno a su voluntad, a sus deseos y preferencias, de modo que solo en casos puntuales y excepcionales deberá acudirse a la provisión de los apoyos que sean precisos, que se limitarán a aquellos actos concretos que lo requieran.

Como es natural, todo cuanto suponga potenciar la autonomía de la voluntad de las personas ha de encontrar una favorable acogida por el ordenamiento jurídico y por los juristas, y esto viene haciéndose en nuestro país desde la recepción de la Convención. Ello ha tenido su máximo exponente en dos textos normativos: el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; y la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Debo subrayar que la adaptación de los ordenamientos nacionales a los postulados de la Convención es algo que forma parte de las estrategias de la Unión Europea y de sus Estados miembros, ya que tanto aquella como estos son parte en la Convención, y para resaltarlo se recoge expresamente este objetivo en el documento "Una Unión de Igualdad: Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad para 2021-2030", elaborado por la Comisión Europea, que concluye diciendo "**La Comisión invita al Parlamento Europeo y al Consejo a cooperar y a dar ejemplo para lograr la implementación de la CDPD tanto a nivel nacional como de la Unión. Invita al Consejo a adoptar conclusiones sobre la presente Estrategia.**" Por otro lado, la Comisión invita a los Estados miembros a compartir buenas prácticas y estrategias de interés común.

Dicho todo lo anterior, y reiterando la necesidad de atender siempre y en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la toma de las decisiones que les afectan, la cuestión problemática que se nos plantea es la de decidir qué hacer cuando esa voluntad no se puede saber o qué hacer en aquellos momentos en los que la capacidad intelectiva y/o volitiva de la persona está afectada. La respuesta a estas interrogantes es transcendental en el ámbito médico, por lo que es muy relevante a los efectos que nos ocupan en este encuentro.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General nº 1 (2014), concerniente al art. 12 de la Convención, estableció, parágrafo II 19, que "**Algunas personas con discapacidad solo buscan que se les reconozca su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 2, de la Convención, y pueden no desear**

© FEPSM

ejercer su derecho a recibir el apoyo previsto en el artículo 12, párrafo 3." Parece, por tanto, decantarse el Comité por la necesidad de respetar, siempre y en todo caso, la voluntad de la persona con discapacidad, a quien, conforme a esta tesis, no podría prestársele una medida de apoyo sin o contra su voluntad. Más adelante me referiré al valor jurídico que tienen las directrices de este Comité, pero dejo dicho que es una opinión no solo muy relevante sino también muy influyente. Esta influencia se refleja también en el ámbito sanitario, estando en la base de los pronunciamientos contrarios a la adopción de determinadas medidas en él, como tendremos ocasión de analizar después.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha expresado su parecer sobre esta cuestión tan controvertida, en su sentencia 589/21, de 8 de septiembre, de Pleno[1]. El supuesto de hecho era el siguiente. Se trataba de una persona con un trastorno de la personalidad, un trastorno de conducta que le lleva a recoger y acumular basura de forma obsesiva, al tiempo que abandona su cuidado personal de higiene y alimentación. Quedó acreditado que dicha persona tiene nula conciencia del trastorno que padece y de sus consecuencias, en concreto, no se percata de las graves carencias de higiene y alimentación que tiene, así como del olor nauseabundo que desprende él y la casa, que se percibe en el descansillo del piso y en la entrada del inmueble. Esta situación ha acabado por provocarle una situación de aislamiento social, incluso de sus vecinos y otrora amigos, que además padecen las consecuencias.

A juicio del Alto Tribunal, el principal escollo que presentaba la resolución de este asunto es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado. En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.

Esta era la cuestión crucial y a ella respondió el Tribunal Supremo afirmando la posibilidad de establecer medidas aún en contra de la voluntad del interesado. Así lo razonó: "*En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato»***"**.

[1] ECLI:ES:TS:2021:3276

© FEPSM

Sigue señalando el Alto Tribunal que "*En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.*

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal."

En esta primera aproximación al tema que nos ocupa, debo resaltar que los derechos en los que pueden incidir más directamente los tratamientos médicos son la libertad y seguridad de la persona, en primer término, y el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, reconocidos en los artículos 14 y 15, respectivamente de la Convención, así como en el derecho de acceso a la Justicia, artículo 13. El primero de ellos establece en su apartado 1 b) la previsión de que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de libertad. Y, obviamente, el derecho a la salud, al que se refiere el artículo 25, "**Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad**".

Es importante destacar que todos los derechos que la Convención establece tienen un fundamento común, que es el respeto a la dignidad de la persona y su igual reconocimiento ante la ley. Estos derechos están también establecidos en nuestra Constitución, que proclama la dignidad de la persona en su artículo 10, y el de igualdad en el 14 ("**Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social**"). Conviene decir que aun cuando la discapacidad no figura explícitamente entre las causas de discriminación que menciona el precepto, esta relación no es cerrada, no es *numerus clausus*, por lo que la Jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, no ha dudado en incluirla dentro del inciso final. El derecho a la libertad y la prohibición de tratos degradantes, también están recogidos en nuestra *Carta magna*, artículos 17 y 15, respectivamente.

© FEPSM

Estos derechos aparecen formulados, además, en todos los textos internacionales, así: en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948; El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor en 1953 (artículo 6); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (artículo 14); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; así como en otro texto internacional de gran interés, "Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad", aprobadas en el seno de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 4 a 6 de marzo de 2008.

C. EL CONVENIO DE OVIEDO Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Volveré más tarde sobre el modo en que está interpretándose la Convención por el Comité creado a su amparo y la incidencia de su hermenéutica en el tema que nos ocupa, pero antes de seguir adelante quiero referirme a la normativa internacional referente en este ámbito, y al modo en que está siendo interpretada y aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, (en adelante Convenio de Oviedo) es sin duda el texto más importante en el ámbito europeo, y con una gran relevancia internacional. Los artículos 5 y ss. de este Convenio se refieren al consentimiento, aludiendo el artículo 6 a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento y el art. 7 a la protección de las personas que sufran trastornos mentales. Esta regulación, con la que guarda sintonía la ley nacional española, como más tarde veremos, toma en consideración dos ideas clave: el interés que el tratamiento médico reporta para la persona y la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación, "**cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento…**".

El Convenio de Oviedo ha sido objeto de diversas sentencias por parte del TEDH. Un tema principal destaca entre sus resoluciones: el de los internamientos involuntarios por razón de

© FEPSM

salud mental. Numerosos pronunciamientos[2], van dirigidos a garantizar el derecho de todas las personas a que las limitaciones a su capacidad jurídica sean susceptibles de ser revisadas por un tribunal, poniendo, por tanto, en relación el derecho a obtener la tutela judicial, artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con el derecho a la libertad, establecido en el artículo 5.

Por otro lado, conviene destacar que es una afirmación frecuente del TEDH la de someter la licitud del internamiento a la legislación nacional, si bien ésta ha de cumplir determinados requisitos. Así, con relación a este tema, los principios que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, susceptibles de ser agrupados en atención al aspecto material y al procedimental, son los siguientes:

A.- En cuanto a la causa que motiva el internamiento, la privación de libertad de las personas con trastornos mentales, solo es posible si al menos se cumplen las tres condiciones siguientes: en primer lugar, su enajenación debe haberse probado de manera concluyente; en segundo lugar, el trastorno debe ser de una naturaleza o magnitud tal que legitime el internamiento; en tercer lugar, el internamiento no puede prolongarse válidamente sin la persistencia de tal desorden. En cuanto a la segunda condición mencionada, el internamiento de una persona que padece trastornos mentales puede imponerse no sólo cuando es necesario, para curar o para que su estado mejore, mediante terapia, medicamentos o cualquier otro tratamiento clínico, sino también cuando se hace necesaria su vigilancia para evitar, por ejemplo que se haga daño o se lo haga a los demás (Hutchison Reid contra Reino Unido núm. 50272/99, apartado 52, TEDH 2003 IV).

B.- Desde el punto de vista de las garantías, el TEDH ha declarado que: (i) en caso de internamiento por una duración ilimitada o prolongada, el interesado tiene, en principio el derecho, al menos en ausencia de un control judicial periódico y automático, de presentar "a intervalos razonables" un recurso ante los tribunales para impugnar la "legalidad" -en el sentido del Convenio- de su internamiento; (ii) el artículo 5.4 exige que el procedimiento aplicado revista un carácter judicial y ofrezca al individuo en cuestión garantías apropiadas a la naturaleza de la privación de la libertad cuestionada; para determinar si un procedimiento ofrece las garantías suficientes, habrá que considerar las circunstancias particulares en las que se desarrolla; y (iii) Las instancias judiciales en virtud del artículo 5.4 deben ir siempre acompañadas de garantías idénticas a las que el artículo 6.1 establece para los litigios civiles o penales. Es necesario que el interesado tenga acceso a un tribunal y la oportunidad de ser oído o, en su caso, ser representado de alguna forma (Megyeri contra Alemania, 12 de mayo de 1992, apartado 22, serie A núm. 237A)" (apartado 171).

[2] Por todos, Asunto Stanev, STEDH de 17 de enero de 2012 (Stanev contra Bulgaria, (ECLI:ES:TEDH:2012:8)

© FEPSM

Es importante resaltar que, según se dice en la precitada STEDH recaída en el asunto Stanev, "*Además, en el tema del ingreso de las personas con trastornos mentales, el concepto de privación de libertad no supone solamente un aspecto objetivo, es decir el ingreso de una persona en un espacio confinado por un período de tiempo considerable. Se considerará que una persona ha sido privada de su libertad sólo si - y esto es un aspecto subjetivo - no ha consentido válidamente a su internamiento.*"

Estos criterios, expuestos en apretada síntesis, han sido recibidos y aplicados en la Jurisprudencia de nuestros tribunales, en particular, como luego veremos, por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, tanto la referida normativa como el modo de ser interpretada están siendo puestas en cuestión a la luz de diversas interpretaciones hechas de la Convención, entre las que destaca, como ya apuntaba con anterioridad, la realizada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que justifica que me ocupe de su naturaleza y funciones antes de entrar a la exposición de la legislación y jurisprudencia españolas.

D. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El sistema de Naciones Unidas para la promoción y la protección de derechos humanos está compuesto de dos tipos principales de órganos: órganos creados en virtud de la carta de la ONU, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos, y órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos (órganos de tratados). Estos últimos establecen comités de seguimiento, creados a su amparo, que tienen atribuidas competencias para el conocimiento de comunicaciones individuales sobre posibles vulneraciones de derechos fundamentales por los Estados parte.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) pertenece a la segunda categoría, siendo consecuencia de la aprobación de la Convención. En cuanto a su composición, es un órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención por parte de los Estados Parte. Entre las diversas funciones que competen al Comité, quizás la más transcendente es la de fijar criterios acerca del modo en que ha de interpretarse la Convención, tratando de conseguir una aplicación homogénea por todos los países y entidades signatarios de dicho tratado internacional. Ello lo hace mediante la publicación de las Observaciones, algunas de las cuales son muy relevantes en lo concerniente al tema que nos ocupa.

Pero antes de seguir, quiero darles unas pinceladas acerca de cuál es el valor jurídico que estas Observaciones tienen. Para un sector doctrinal la eficacia de los tratados internacionales requiere que las observaciones que hacen los comités sean de obligado cumplimiento en los Estados signatarios. Esta es la posición mantenida en España por CERMI (Comité español de representantes de personas con discapacidad).

© FEPSM

Sin embargo, la jurisprudencia, tanto la ordinaria como la constitucional, es constante en dar un papel interpretativo, no vinculante, a los dictámenes de los Comités de las Naciones Unidas, dado que no son órganos judiciales y, por tanto, sus dictámenes ni son ejecutivos ni son vinculantes, destacando la diferencia que existe entre estos dictámenes y las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Añadiendo que, conforme al artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solo las sentencias del TEDH, y en determinadas condiciones, son título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme.

Conforme a esta jurisprudencia cabe decir que:

a.- Los dictámenes no tienen fuerza jurídica vinculante.

b.- Los dictámenes tienen un valor interpretativo de los Tratados de Derechos Humanos y son un argumento de autoridad que debe de orientar la interpretación y aplicación de los tratados por parte de los Estados parte.

c.- Los Estados parte han asumido la obligación internacional de actuar conforme a las reglas de la diligencia debida en la toma en consideración de las recomendaciones de los dictámenes e informar al comité, en el plazo señalado, del seguimiento dado a sus recomendaciones. Dicha toma en consideración no solo corresponde al poder ejecutivo sino también al legislativo y judicial.

d.- Los dictámenes pueden inspirar cambios normativos y cambios en la práctica administrativa.

e.- Los comités no tienen competencia para adoptar medidas provisionales.

f.- Los comités tienen competencia para solicitar el examen urgente de una medida cautelar por parte de los Estados parte.

g.- Los Estados parte tienen la obligación de realizar dicho examen conforme a las reglas de la diligencia debida.

h.- Los Estados parte incumplirían sus obligaciones internacionales si no dan la debida consideración a las recomendaciones y solicitudes de los distintos comités.

Expuesto cuanto antecede, veamos, sucintamente, qué ha dicho el Comité acerca de la materia que nos ocupa[3].

[3] Estos pronunciamientos están recogidos en el Anexo obrante en el Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 13er período de sesiones (25 de marzo a 17 de abril de 2015); 14º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015); 15º período de sesiones (29 de marzo a 21 de abril de 2016); 16º período de sesiones (15 de agosto a 2 de septiembre de 2016. Asamblea General, Documentos Oficiales
Septuagésimo segundo período de sesiones
Suplemento núm. 55 (A/72/55)
https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/115/02/PDF/G1711502.pdf?OpenElement

© FEPSM

"*a.- Prohibición absoluta de recluir a una persona debido a su deficiencia*

El Comité ha dispuesto que el artículo 14 no admite excepciones en virtud de las cuales pueda privarse a una persona de su libertad por motivos de deficiencia real o percibida. No obstante, las legislaciones de varios Estados parte, que comprenden leyes relativas a la salud mental, siguen previendo casos en que puede recluirse a una persona a causa de su deficiencia real o percibida, siempre y cuando existan otras razones para ello, por ejemplo, que represente un peligro para sí misma o para otras personas. Esta práctica es incompatible con el artículo 14, es discriminatoria y equivale a una privación de libertad arbitraria.

La prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de deficiencia real o percibida está estrechamente relacionada con el artículo 12 de la Convención, que trata del igual reconocimiento como persona ante la ley. En su observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité especifica que la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es una práctica que constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención, y que los Estados partes deben eliminar.

b.- Internamiento involuntario o no consentido en instituciones de salud mental

El internamiento involuntario de personas con discapacidad por motivos de atención médica contradice la prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de discapacidad (art. 14, párr. 1 b)) y el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento médico (art. 25). El Comité ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados parte deben derogar las disposiciones que permiten el internamiento involuntario de personas con discapacidad en instituciones de salud mental en razón de deficiencias reales o percibidas. El internamiento involuntario en instituciones de salud mental entraña la negación de la capacidad jurídica de la persona para decidir acerca de la atención, el tratamiento y el ingreso en un hospital o una institución y, por tanto, vulnera el artículo 12, leído conjuntamente con el artículo 14.

c.- Tratamiento no consentido durante la privación de libertad

El Comité ha subrayado que los Estados parte deben velar por que la prestación de servicios sanitarios, incluidos los servicios de salud mental, se basen en el consentimiento libre e informado de la persona interesada. En su observación general núm. 1, el Comité afirma que los Estados parte tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de aplicarles cualquier tratamiento. En relación con el derecho a la capacidad jurídica

© FEPSM

en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados parte tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de estas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad y garantizar, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni ejerzan una influencia indebida sobre ellas (párr. 41).

d.- Protección de las personas con discapacidad privadas de su libertad contra la violencia, el abuso y el maltrato

El Comité ha pedido a los Estados parte que protejan la seguridad y la integridad de las personas con discapacidad privadas de libertad, entre otras cosas eliminando el recurso a los tratamientos forzosos, el aislamiento y los diversos métodos de inmovilización en establecimientos médicos, con inclusión de las medidas de contención física, farmacológica y mecánica. El Comité ha determinado que estas prácticas no son conformes con la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las personas con discapacidad, con arreglo al artículo 15 de la Convención.

e.- Privación de libertad por el peligro que presuntamente podrían representar las personas con discapacidad, por una supuesta necesidad de atención o tratamiento, o por cualquier otro motivo

La libertad de tomar las propias decisiones, establecida como principio en el artículo 3 a) de la Convención, incluye la libertad de asumir riesgos y cometer errores en condiciones de igualdad con las demás personas. En su observación general núm. 1, el Comité afirma que las decisiones sobre el tratamiento médico y psiquiátrico deben basarse en el consentimiento libre e informado de la persona interesada y deben respetar la autonomía, la voluntad y las preferencias de esta (párrs. 21 y 42). La privación de libertad de las personas con discapacidad en instituciones de salud mental en razón de una deficiencia real o percibida o por problemas de salud, lo que conlleva la privación de su capacidad jurídica, constituye también una violación del artículo 12 de la Convención.

f.- Medidas de seguridad

El Comité ha considerado las medidas de seguridad impuestas a personas que son declaradas inimputables por "enajenación mental" o incapacidad, y ha recomendado la eliminación de estas medidas, incluidas las que entrañan un tratamiento médico y psiquiátrico forzoso en instituciones. El Comité ha expresado su preocupación por las

© FEPSM

medidas de seguridad que conllevan la privación de libertad indefinida y la ausencia de garantías regulares en el sistema de justicia penal."

Desde la adopción de la Convención en 2006, un número creciente de países ha reformado sus leyes, políticas y servicios relacionados con la atención de la salud mental. En esta línea, la OMS ha publicado, mayo 2021, unas nuevas orientaciones destinadas, según se afirma, a acabar con las violaciones de los derechos humanos en los servicios de atención de la salud mental. En las nuevas "Orientaciones sobre los servicios de salud mental comunitarios: promoción de enfoques centrados en la persona y basados en los derechos" de la OMS se afirma además que la atención de la salud mental debe sustentarse en un enfoque basado en los derechos humanos, tal como se recomienda en el Plan de Acción Integral sobre Salud Mental 2020-2030 de la OMS, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2021.

Esta orientación es apoyada desde el ámbito de la Discapacidad, siendo evidencia de ello, lo manifestado por Gerard Quinn, Relator Especial de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quien ha afirmado que "La transformación de la prestación de servicios de salud mental debe, sin embargo, ir acompañada de cambios significativos en el sector social. Hasta que eso ocurra, continuará la discriminación que impide a las personas con trastornos de salud mental llevar una vida plena y productiva".

Esta corriente de opinión ha llevado a que el Comité de Ministros del Consejo de Europa haya suspendido la adopción del Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios.[4] A favor de esta decisión se ha pronunciado el Comité de Bioética de España, el cual aprobó el 7 de mayo de 2019 un informe contrario al referido protocolo adicional, informe que concluye con

[4] La Confederación SALUD MENTAL ESPAÑA y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) celebran esta decisión, ya que han denunciado en numerosas ocasiones que el protocolo vulnera los derechos humanos de las personas con problemas de salud mental y discapacidad psicosocial.
Para Nel González Zapico, presidente de SALUD MENTAL ESPAÑA, esta "es una buena noticia, aunque no cumple con nuestras expectativas, que pasan por la paralización definitiva de este documento que vulnera varios artículos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El Comité de Bioética debe orientar sus esfuerzos a promover la creación de una red de apoyos en el ámbito comunitario, basado en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona, y en su consentimiento libre e informado".
Por su parte, Luis Cayo Pérez Bueno, presidente de CERMI, afirma que "la sociedad civil española y europea ha conseguido detener la perpetración de una agresión incalificable a los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial, por quien como el Consejo de Europa fue creado para protegerlos. La amenaza inmediata se ha contenido, pero el peligro latente está ahí, hemos ganado tiempo, pero no seguridad de que tamaña lesión a los derechos humanos no cobre nuevos bríos y vuelva más adelante. La denuncia y la presión siguen siendo necesarias, hasta que se deseche por completo este proyecto tan desacertado".

© FEPSM

una serie de recomendaciones al Gobierno, solicitando una nueva regulación sobre esta materia.[5]

Cabe añadir que sobre esta cuestión se ha pronunciado, en términos muy similares a los expuestos, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, que ha emitido dos informes sobre estas materias:

a) "Internamiento involuntario en establecimientos psiquiátricos", 8º Informe General, publicado en 1998

b) "Medidas de restricción en establecimientos psiquiátricos para adultos", 16º Informe General, publicado en 2006

E. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ESPECIAL MENCIÓN A LOS INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS

En el ámbito sanitario, la ley de referencia es, sin duda alguna, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones

[5] Conclusión 15ª, y última, del referido informe: "Por todo lo anterior, recomendamos al Gobierno:
-Impulsar una reforma legislativa para derogar las normas que permiten los internamientos involuntarios de las personas con discapacidad, quedando tal limitación excepcional de la dignidad y libertad de las personas circunscrita a un régimen general, al margen de la presencia o no de discapacidad en el individuo. En el contexto de la toma de decisión por razones de salud sobre el internamiento y tratamiento involuntarios, la discapacidad del sujeto no puede resultar un criterio a atender, no pudiendo justificar en ningún caso por sí solo una privación de libertad. En concreto, como ya propusimos en nuestro Informe de 2017, sería necesario o bien proceder a la derogación del artículo 763 LEC, reformando, en su caso, el artículo 9 LBAP para incorporar las garantías que contiene aquél, pero sin vincular su aplicación a la concurrencia de un trastorno psíquico u discapacidad; o bien la redacción de un nuevo artículo 763 LEC, pero suprimiendo la mención al trastorno psíquico como criterio para determinar el internamiento. En ambas soluciones, procedería adoptar la categoría de ley orgánica en cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución tal como recordó el propio TC en 2010.
- Promover una política de salud, y específicamente de salud mental, centrada en la persona y en dotarle de los apoyos necesarios para que pueda consentir libremente sobre sus cuidados de salud, e integrarse plenamente en la comunidad. Una atención especial deberá prestarse a sus familias y a las personas que integran sus entornos de confianza.
- Defender en las reuniones del DH-BIO la necesidad de reorientar los esfuerzos dirigidos a proteger los derechos de las personas con discapacidad psicosocial. El problema no está en que algunos Estados no cuentan con suficientes garantías a la hora de adoptar medidas involuntarias. El problema está en que esas medidas violan un buen número de derechos de las personas con discapacidad psicosocial por su carácter discriminatorio.
Estas medidas deberían ser adoptadas con la participación del CERMI y, en general, de los colectivos de personas con discapacidad. Y sería deseable que, en esta materia tan directamente relacionada con los derechos humanos, tanto las políticas y normas que se aprueben cuenten con un amplio consenso, en la medida de lo posible, para que no queden a merced de las mayorías políticas del momento."
Para el correcto entendimiento del texto explico las abreviaturas: LEC, Ley de Enjuiciamiento Civil; LBAP, Ley Básica de Autonomía del Paciente; DH-BIO: Comité de Bioética del Consejo de Europa

 © FEPSM

en materia de información y documentación clínica. Esta ley está en íntima relación con el Convenio de Oviedo, con el que, como es natural, está en clara sintonía.

El referido texto no fue objeto de modificación al promulgarse la aludida ley 8/21, lo que plantea problemas en orden a conciliar ambos instrumentos.[6] El respeto de la autonomía del paciente está proclamado en los artículos 8 y ss. de la ley 41/2002, contemplándose en el artículo 9 la posibilidad de consentimiento por representación, lo cual, en principio, choca con el principio de la autonomía de la voluntad, en los términos propuestos por el Comité, antes referidos.

La legislación española es muy parca a la hora de regular los aspectos que nos ocupan, existiendo menciones muy generales, como la contenida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en cuyo artículo 20 se alude a la enfermedad mental[7].

Para la exposición distinguiré entre las medidas de contención y los internamientos involuntarios.

La contención se refiere a una medida de control del comportamiento a través de una limitación externa al sujeto ejercida por terceros bien a través del cuerpo (mecánica), bien a través de la sedación (farmacológica). A pesar de la importancia de estas medidas, lo

[6] La necesidad de coordinar ambas leyes ha sido pedida por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que ha planteado al Ministerio de Sanidad la necesidad de actualizar la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que data del año 2002, para adecuarla a la nueva normativa sobre igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

[7] "Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.

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.
2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.
3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.
4. Los 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."

© FEPSM

cierto es que se carece de una normativa específica reguladora de las contenciones a nivel estatal, existiendo una fragmentada regulación autonómica.[8]

Solamente en el ámbito de los menores se encuentra una referencia a este aspecto, en concreto al ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, previsto en 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. Contemplándose en el artículo 27 de este texto legal una serie de medidas a adoptar en casos extremos,[9]entre las que se encuentran las medidas de contención, artículo 28[10].

[8] Para una profundización en las diferentes clases de medidas de contención, "Aspectos medicolegales de la contención física y farmacológica" Esperanza L. Gómez-Durán, Julio A. Guija y Leopoldo Ortega-Monasterio. Med Clin (Barc). 2014;142(Supl 2):26-31

[9] "Artículo 27. Medidas de seguridad.

1. Las medidas de seguridad podrán consistir en la contención del menor, en su aislamiento provisional o en registros personales y materiales. Las medidas de seguridad solo podrán utilizarse fracasadas las medidas preventivas y de desescalada, que tendrán carácter prioritario.

2. Las medidas de seguridad deberán aplicarse por personal especializado y con formación en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, resolución de conflictos y técnicas de sujeción. Este personal solo podrá usar medidas de seguridad con los menores como último recurso, en casos de intentos de fuga, resistencia activa que suponga una alteración grave de la convivencia o una vulneración grave a los derechos de otros menores o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a las instalaciones.

3. Corresponde al Director del Centro o persona en la que este haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad, que deberán ser motivadas y habrán de notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal y podrán ser recurridas por el menor, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

4. Las medidas de seguridad aplicadas deberán registrarse en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro."

[10] "Artículo 28. Medidas de contención.

1. Las medidas de contención se adoptarán en atención a las circunstancias en presencia y en la forma en que se establece en los apartados siguientes del presente artículo.

2. El personal de los centros únicamente podrá utilizar medidas de contención previo intento de restauración de la convivencia y de la seguridad a través de medidas de desescalada.

3. La contención física solo podrá consistir en la interposición entre el menor y la persona o el objeto que se encuentra en peligro, la restricción física de espacios y movimientos y, en última instancia, bajo un estricto protocolo, la inmovilización física por personal especializado del centro.

En los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, será admisible únicamente y con carácter excepcional la sujeción de las muñecas del menor con equipos homologados, siempre y cuando se realice bajo un estricto protocolo y no sea posible evitar por otros medios la puesta en grave riesgo de la vida o la integridad física del menor o de terceros. Esta medida excepcional solo podrá aplicarse por el tiempo mínimo imprescindible, que no podrá ser superior a una hora. Durante este tiempo, la persona menor de edad estará acompañada presencialmente y de forma continua, o supervisada de manera permanente, por un educador u otro profesional del equipo educativo o técnico del centro.

La aplicación de esta medida se comunicará de manera inmediata a la Entidad Pública, al Ministerio Fiscal y al órgano judicial que esté conociendo del ingreso."

4. La contención mecánica está prohibida en los términos establecidos en el art. 21 ter de esta Ley.

© FEPSM

Es importante reseñar la Instrucción núm. 1/2022, de 19 de enero, sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad, dictada por la Fiscalía General del Estado. En su conclusión segunda se afirma que "*Los principios básicos que han de orientar la utilización de contenciones en unidades psiquiátricas o de salud mental y en centros residenciales y/o sociosanitarios serán los de cuidado, excepcionalidad, necesidad apreciada por prescripción facultativa, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición de exceso, constituyendo el reconocimiento de la dignidad y la promoción de la autonomía de la persona el eje vertebrador en la interpretación de toda esta materia*". Añadiendo en la conclusión tercera que *"(i) Nadie debe ser sometido a ningún tipo de inmovilización o restricción física o tratamiento farmacológico sin previa prescripción facultativa en cada caso, salvo que exista peligro inminente para la seguridad de la persona o de terceros. En este caso, lo acordará el profesional responsable conforme al protocolo correspondiente, sin perjuicio de la ratificación y/o rectificación posterior del titular.*

ii) Para la aplicación de una contención será imprescindible la prestación de consentimiento informado por el paciente o, en su caso, por su representante legal, conforme a las previsiones 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, con las excepciones previstas en la misma. El consentimiento informado deberá ser explicito para cada situación y para cada persona, y referido al momento en que se va a tomar la decisión, no siendo válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo.

(iii) El centro debe disponer de un protocolo para el uso de las sujeciones que prevea tanto la indicación como el procedimiento de instauración de las contenciones y su supervisión. Deben establecerse pautas de vigilancia permanente de esa medida y el establecimiento de controles periódicos a fin de determinar su continuidad.

(iv) La correcta documentación de la medida aplicada respecto de cada paciente, especificando la indicación, el uso y tipo de contención y su duración."

Aludiré a continuación a los Internamientos involuntarios.

La Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en su artículo 763[11]. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 132/2010,

[11] "Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.
1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.
La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso,

© FEPSM

de 2 de diciembre de 2010[12], declaró la inconstitucionalidad de los incisos de los párrafos primero y segundo del referido precepto, por cuanto esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica. No obstante tal declaración, se mantiene la vigencia del precepto, ya que la necesaria ley orgánica no ha sido elaborada, para evitar durante el periodo transitorio las perniciosas consecuencias que tendría la expulsión de esta norma jurídica. En este punto debo recordar la necesidad de una ley que regule la afectación de los derechos fundamentales en el ámbito civil, ampliamente reclamada en la comunidad jurídica, que permitiría dar solución a las medidas que estamos analizando en este Encuentro.

El Tribunal de garantías ha fijado su doctrina sobre este precepto en su sentencia 141/2012, de 2 de julio[13]. Como es natural el punto de partida para el análisis lo constituye la posible afectación que el internamiento involuntario supone para el derecho a la libertad recogido en el artículo 17 CE. Señala el TC que dicha situación personal comporta para el afectado una privación de su libertad personal que ha de respetar las garantías que la protección del

---

dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.
En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.
2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.
3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.
En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.
4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.
Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.
Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.
Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente."

[12] ECLI:ES:TC:2010:132
[13] ECLI:ES:TC:2012:141

© FEPSM

referido derecho fundamental exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España (art. 10 CE), y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. A partir de tal declaración el Tribunal fija los criterios con arreglo a los cuales ha de acordarse el internamiento, distinguiendo dos fases, la extrajudicial y la judicial; criterios que se recogen en los fundamentos jurídicos 5 y 6, que rezan así:

"5. La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), cuales son:

a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el art. 17.3 CE para la detención.

c) Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado art. 763 LEC, donde se señala que "el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida".

Plazo que el legislador actual o futuro no podría elevar en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2; y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6).

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de

© FEPSM

manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del art. 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex art. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo ("Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar").

d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido.

6. Por lo que respecta a la fase de control judicial en el internamiento urgente, expresión en nuestro sistema procesal del procedimiento revisor resulta exigible ex art. 17.1 CE y que en este ámbito garantiza también el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se regula en el propio art. 763 LEC que fija un plazo de setenta y dos horas, desde que se produce la comunicación al Tribunal competente de que ha tenido lugar la adopción de la medida por el centro, para que aquél practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

Interesa poner de manifiesto que el juicio de ratificación comprende desde luego la consideración del estado mental del interno a la fecha en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, pero también la procedencia del internamiento cuando se adoptó por el responsable sanitario, esto es, la revisión de lo actuado por éste: primero porque el Juez, que es quien garantiza la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), independiente (art. 117.1 CE) e imparcial (art. 24.2 CE) de los derechos del interno, debe determinar si la medida estuvo justificada en su origen, pues lo contrario llevaría a convertir la fase extrajudicial previa en un limbo sin derechos para el afectado. Pero segundo, porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse a posteriori con el resultado de las pruebas judiciales,

© FEPSM

deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación —o no— de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla.

Como garantías propias de esta fase del procedimiento, cohonestadas directamente con el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE), aparecen las siguientes:

a) El Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además y conforme recoge expresamente el art. 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, el Juez proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.

c) Sin duda una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone el Juez para resolver, inédito hasta la aprobación de la LEC 1/2000. La base constitucional de dicho plazo, al tratarse de una privación de libertad judicial, no reside en el art. 17.2 CE, sino el art. 17.1 CE, como tenemos ya dicho (SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 2).

El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como hemos reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 CE [SSTC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 4 B); y 180/2011 de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 6]. Por tanto no puede mantenerse el confinamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el Auto y éste resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente.

Como consecuencia, la superación del plazo de las setenta y dos horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del art. 17.1 CE.

En fin, las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial resultarán denunciables ante este mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y en su caso recurriéndola. No obstante, en esta materia de internamiento involuntario civil hemos dejado abierta la puerta, en casos de inactividad objetiva del órgano judicial, para poder acudir al procedimiento de habeas corpus ante el Juez de instrucción

© FEPSM

competente en procura de la necesaria tutela de la libertad (STC 104/1990, de 4 de junio, FJ 3).”

Para concluir he de reseñar la Proposición de Ley General de Salud Mental, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, el 17 de septiembre de 2021, cuya tramitación no llegó a culminarse.[14]

[14] Hace referencia a esta materia el capítulo IV, “De la atención libre de coerción y de tratamientos involuntarios”
Artículo 33. De la contención mecánica.
1. Todos los centros implementarán los cambios pertinentes en el funcionamiento de los servicios destinados a posibilitar la regulación y tender a la eliminación de la contención mecánica y otras formas de coerción, farmacológicas o de otro tipo, mediante nuevas políticas y prácticas que deben ir encaminadas a formar a los equipos profesionales para evitar la contención mecánica y cualquier otra práctica coercitiva.
2. Cada centro sociosanitario creará un registro en el que deberán constar las contenciones mecánicas realizadas. Este registro será accesible para las personas que acrediten un interés legítimo, así como para las autoridades de la Administración pública competentes en materia sanitaria y la Defensoría de la persona con problemas de salud mental. En el marco del sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud, se hará pública la información anonimizada, detallada y comprensible sobre las situaciones contempladas en este artículo.
Artículo 34. Del internamiento.
1. No procederá el internamiento u hospitalización en contra de la voluntad del o la paciente, salvo los supuestos restringidos y tasados en que lo determine una ley orgánica y siempre previa autorización judicial. Las comunidades autónomas, dentro de sus competencias, crearán registros centralizados para ingresos forzosos. Los registros serán elevados al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.
2. Los proveedores de salud mental deberán desarrollar servicios y equipos de intervención en crisis libres de coerción y con perspectiva comunitaria.
3. En caso de internamiento voluntario, la persona podrá acceder con sus pertenencias personales, salvo aquellos que puedan poner en riesgo la seguridad de pacientes y profesionales, y en ningún momento de la atención estará sujeta a coerciones o coacción.
4. Las instituciones de ingreso o residencia deberán tener regímenes de visitas y normativas flexibles y adaptables a las necesidades y preferencias de las personas, viéndose limitadas, en casos excepcionales, por causas epidemiológicas o de salud pública”.

© FEPSM

4

Régimen jurídico de las medidas coercitivas en psiquiatría

JOSÉ LUIS RAMÍREZ ORTIZ [1]

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Definiciones y tipología de medidas

Reciben el nombre de medidas coercitivas en psiquiatría aquéllas que se imponen a los pacientes contra su voluntad o prescindiendo de ella y, fundamentalmente, se articulan a través de cuatro modalidades: los internamientos forzosos, los tratamientos involuntarios, los aislamientos y las contenciones o sujeciones.

Los internamientos involuntarios suponen la hospitalización forzosa del paciente por razón de trastorno psíquico como medio indispensable para proporcionarle un tratamiento.

El tratamiento forzoso se encuentra habitualmente vinculado al internamiento involuntario, que suele constituir el instrumento para administrar el tratamiento. Con todo, también son admisibles los tratamientos ambulatorios involuntarios.

El aislamiento supone la ubicación de un paciente en una habitación cerrada, destinada a la separación del paciente de su entorno. Puede concebirse también como supuesto particularmente agravado de contención o sujeción, por lo que, en lo sustancial, su régimen puede reconducirse al de este tipo de medidas.

Finalmente, las contenciones o sujeciones son medidas terapéuticas destinadas a limitar la movilidad de los pacientes. Respecto de éstas, el Comité de Bioética de España [2], en su informe de 7 de junio de 2016 sobre "*Consideraciones éticas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*" distingue entre medidas físicas y farmacológicas. Las medidas físicas consisten en la utilización de dispositivos como manoplas, muñequeras, cinturones, arneses, tobilleras y barras laterales. Las farmacológicas consisten en la administración de neurolépticos o benzodiacepinas. En

[1] Magistrado Audiencia Provincial de Sevilla. Miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.

[2] Órgano independiente y consultivo, adscrito al Ministerio de Sanidad, creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (BOE 4 de julio), para la emisión de informes, propuestas y recomendaciones a los poderes públicos sobre materias relacionadas con las implicaciones ética y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud.

© FEPSM

ambos casos, el recurso a tales medidas se fundamenta en la necesidad de evitar autolesiones o lesiones a terceros, o de poder llevar a cabo un tratamiento.

Por su parte, la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, "*sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos, en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad*", define estas medidas como instrumentos de control del comportamiento a través de una limitación externa al sujeto ejercida por terceros, bien a través del cuerpo (mecánica), bien a través de la sedación (farmacológica). Entre las primeras, siguiendo el concepto amplio del Comité de Bioética, incluye de modo expreso las barandillas de cama, las mesillas incorporadas a la silla, los dispositivos textiles (ropas o sábanas ajustables a la cama con velcro, cierres o cremalleras que solo dejan libre una o varias partes del cuerpo), y determinados muebles o disposiciones del mobiliario si buscan limitación o dificultad de la movilidad, tales como butacas o sillas bajas, reclinables o sillas de ruedas frenadas delante de una mesa. Entre las segundas contempla el uso de psicofármacos con capacidad sedativa, bien de forma aguda (en una crisis), bien de manera continuada en el tiempo o incluso crónica. La Instrucción destaca, por otro lado, el dato de que tradicionalmente se ha justificado su uso en la garantía de la seguridad del paciente y de su entorno.

1.2. Derechos afectados

La adopción de este tipo de medidas puede afectar, en función de su clase, a diversos derechos reconocidos en las Convenios internacionales de derechos humanos y en la Constitución Española [3] .

Desde la perspectiva de nuestro texto constitucional, el primer precepto afectado es el art. 10.1 CE, que contiene lo que se conoce como cláusula general de dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad. Ciertamente, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad no son derechos fundamentales en sentido estricto, pero su valor estructural radica en que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social. Son, junto con el respeto a los derechos de los demás, y a la ley, la base última de la convivencia democrática, por lo que la democracia constitucional sería inviable si no adoptara como criterios de orientación permanente aquellos valores [4].

La dignidad de la persona supone afirmar la prioridad del ser humano sobre el Estado, por lo que aquél no puede ser tratado instrumentalmente. En la formulación kantiana, la vida humana es un fin en sí mismo, nunca un medio. Según el Tribunal Constitucional, aunque no sea posible articular pretensiones basadas en exclusiva en el valor dignidad, la cláusula

[3] En lo sucesivo, CE.
[4] DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003.

© FEPSM

tiene un gran valor como criterio interpretativo que puede utilizarse como argumento al servicio de una pretensión basada en la violación de un derecho fundamental [5].

Algo similar sucede con la cláusula del libre desarrollo de la personalidad, que viene a instituir una regla general de libertad que preside todo el ordenamiento, por lo que el legislador no puede restringir arbitrariamente la libertad de las personas o sus proyectos de vida y el modo en que los desarrollan.

En segundo lugar, las medidas coercitivas pueden afectar al art. 15 CE, que enuncia el derecho de todos a la integridad física y moral, así como a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. A través del reconocimiento de tales derechos, se tutela la inviolabilidad del ser humano, la creencia de que merece siempre respeto, así como el derecho a no ser objeto de intervenciones en su esfera física o psíquica sin su consentimiento.

En tercer lugar, puede resultar afectado el artículo 17 CE, regulador el derecho a la libertad deambulatoria de las personas, la libertad de orientar la propia acción o libertad física. En otros términos, el derecho que asiste a una persona de alejarse del lugar en que se encuentre. Este derecho no resulta, afectado, en principio, en los casos de tratamiento forzoso, sin perjuicio de que pueda afectar a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, como señala la STC 120/1990, de 27 de junio ("…*la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 CE").*

Además, el artículo 18 CE contempla el derecho a la intimidad personal y familiar, a la presencia de un "*ámbito propio y reservado de las personas cuya efectiva existencia es necesaria para alcanzar una calidad mínima de la vida humana*" (STC 231/1988), que puede resultar comprometido.

A través del reconocimiento de tales derechos, la CE ha conferido a toda persona expectativas positivas (de exigir prestaciones) o negativas (de no sufrir lesiones o inmisiones en las esferas protegida). Dichos derechos se encuentran dotados, por otro lado, de una especial fuerza normativa, pues vinculan de forma inmediata a todos los poderes públicos (artículo 53.1 CE), y sólo pueden ser desarrollados a través de ley orgánica, que deberá respetar su contenido esencial (artículo 53.2 CE y 81.1 CE), de modo que, en principio, de no existir regulación legal, no pueden ser restringidos.

Por último, aun sin tener la consideración de derecho fundamental, el art. 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, con la consideración de principio rector de la política social y económica, lo que supone que constituye tanto una directriz para el legislador y demás poderes públicos, por lo que puede operar como canon de constitucionalidad de una

[5] DIEZ-PICAZO, Luis María. Obra citada.

© FEPSM

norma legal. Del mismo modo, puede tomarse en consideración como valor cuando se realizan juicios de ponderación en casos de conflictos entre derechos.

2. EL MODELO REGULATIVO DE LA DECISIÓN SUSTITUTIVA

Como tendremos ocasión de ver, y con la finalidad de salvaguardar los derechos antes enunciados, las medidas coercitivas en psiquiatría, en particular, las más invasivas, tienen respaldo jurídico tanto en el ámbito internacional como en el interno[6]. Dejando a un lado las especificidades de cada texto normativo[7], la regulación se basa en la regla general de que todas las intervenciones médicas precisan del consentimiento del paciente, y en la regla especial de que en los supuestos de personas que padecen trastornos mentales pueden adoptarse medidas sin contar con su consentimiento, siempre que concurran determinados requisitos. Fundamentalmente:

a) Que, debido al trastorno, la persona no tenga capacidad para prestar el consentimiento.

b) Según los textos, que la intervención, excepcional, tenga por objeto tratar dicho trastorno cuando la ausencia de tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud (Convenio de Oviedo); que el trastorno implique en el caso un riesgo significativo de daño grave para su salud o para terceros, que exista una finalidad terapéutica y que no existan otras alternativas menos gravosas (Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de ministros del Consejo de Europa); que la persona, debido a un trastorno psíquico, carezca de capacidad para tomar la decisión sobre el internamiento (art. 763 Ley de Enjuiciamiento Civil); o que exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él (Ley 41/2002, de autonomía del paciente).

[6] Tal vez habría que matizar la afirmación respecto de las contenciones y sujeciones físicas y químicas, deficitariamente reguladas.

[7] Fundamentalmente, en el ámbito internacional, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; 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 (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), de 4 de abril de 1997; Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. En el ámbito nacional, la normativa más relevante se encuentra en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y en la ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente

© FEPSM

c) Que conste el consentimiento del representante legal del afectado o la autorización de una autoridad legal independiente, generalmente judicial, salvo en los casos de urgencia, en los que la autorización puede ser posterior a la intervención.

d) Para los casos de medidas más invasivas, como el internamiento, la tramitación de un procedimiento en el curso del cual sea oído el interesado sea explorado por un médico experto que emita un dictamen justificativo de la existencia del trastorno y de la necesidad del internamiento, y se garantice la defensa de aquél. Procedimiento que concluirá por decisión motivada que debe ser susceptible de recurso. Además, la medida sólo durará el tiempo imprescindible, debiendo ser revisada de forma periódica.

Pues bien, la aprobación, en el ámbito internacional, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y, en el ámbito estatal, de la ley 8/2021, de reforma de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en la práctica del ejercicio de su capacidad jurídica, hace surgir la duda acerca de si el modelo hasta ahora vigente sigue siendo sostenible o debe ser revisado a la luz del nuevo bloque normativo.

3. EL MODELO REGULATIVO DE LOS APOYOS

3.1. La Convención de Nueva York de 2006

El 21 de abril de 2008 se publicó en el BOE el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por lo que nos atañe, los aspectos más relevantes del Convenio son los siguientes:

a) El ámbito subjetivo se refiere a "*Las personas con discapacidad*", sintagma que incluye a "*aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*". Por tanto, no se circunscribe a las personas diagnosticadas con un trastorno mental, que pueden o no tener una discapacidad.

b) Bajo el modelo que instaura la Convención, cuyo núcleo regulativo es el artículo 12 bajo la rúbrica "Igual reconocimiento como persona ante la ley", la discapacidad no implica necesariamente una situación de capacidad jurídicamente modificada ni una ausencia de condiciones personales para el ejercicio de derechos fundamentales. Por el contrario, el artículo 12.2 impone a los Estados parte la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Ello se traduce, con arreglo al artículo 12.3,

 © FEPSM

en la obligación de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su propia capacidad jurídica. De hecho, y según la interpretación que del artículo 12 ha realizado el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad en su Observación General n.º 1 (2014) dicho precepto supone "*la obligación de los Estados…de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones*". Deben suprimirse los primeros y elaborarse alternativas para los segundos.

Además, el artículo 12.4 impone a los Estados la obligación de asegurar que, en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Tales salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

c) En cuanto a las privaciones y restricciones de libertad, el artículo 14 señala que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, deben disfrutar del derecho a la libertad y seguridad, añadiendo que no pueden verse privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente. Además, de forma terminante se afirma que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de la libertad.

d) Se reconoce el derecho de las personas con discapacidad a no ser sometidas a torturas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), y a recibir una asistencia sanitaria basada en el consentimiento libre e informado (art. 25).

En suma, la Convención se articula bajo la premisa de que la discapacidad nunca puede implicar un trato distinto al de las demás personas, aun cuando concurran junto a ella otras circunstancias. Por tanto, puede cuestionarse la "convencionalidad" de la adopción de medidas coercitivas psiquiátricas.

3.2. La ley 8/2021, de reforma de reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en la práctica del ejercicio de su capacidad jurídica

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica ha instaurado un nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad para adecuar nuestra regulación a la Convención de Nueva York. Tal y como vimos anteriormente, la Convención, en la interpretación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación general núm. 1 (2014) obliga a los Estados parte a

© FEPSM

reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones, exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. "*Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutivas no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención*" (punto 28).

En consecuencia, y puesto que nuestro modelo histórico de protección de personas con discapacidad se ha basado en figuras representativas, que sustituían o complementaban la supuesta ausencia de capacidad o los déficits de capacidad de la persona (la tutela, la curatela y el defensor judicial), se hacía imprescindible la reforma de la legislación. La nueva regulación ha suprimido la tutela para los supuestos de discapacidad[8], e introduce las siguientes modificaciones:

a) La guarda de hecho se aplica a aquellos casos en los que una persona ejerce el apoyo de otra con discapacidad, sin que existan medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

b) El defensor judicial se aplica a situaciones coyunturales, como la necesidad de apoyo ocasional que no está garantizado por otra medida voluntaria o fáctica, las situaciones de conflictos de intereses entre quien ejerza el apoyo y la persona con discapacidad, o la imposibilidad temporal de la persona que ejerza el apoyo.

c) La curatela se aplica a quienes precisen el apoyo de modo continuado, y se constituye judicialmente mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Así, la autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo (art. 269 CC).

Por tanto, la curatela se convierte en la principal medida de apoyo, debiendo ejercerse siempre respetando la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 282 CC), con arreglo a los criterios que enuncia el art. 249 CC [9]. No obstante, en aquellos

[8] Se limita a los menores de edad no emancipados que se encuentren en situación de desamparo o que no estén sujetos a patria potestad

[9] Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad.
Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y

© FEPSM

casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Tales actos se fijarán de manera precisa indicando cuáles son aquéllos donde debe ejercer la representación.

Parece, así, que la ley 8/2021, ha pasado de un sistema caracterizado por la sustitución en la toma de las decisiones a uno basado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, que, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. En síntesis, la regla sería la toma de decisiones por la persona con discapacidad, con el apoyo necesario, y la excepción, especificada judicialmente, la decisión por representación, procurando tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

4. ¿MODELOS IRRECONCILIABLES O ARMONIZABLES A TRAVÉS DE AJUSTES INTERPRETATIVOS?

4.1. Aproximación literalista: la radical incompatibilidad entre los modelos

El Convenio de Oviedo, símbolo del modelo de la decisión sustitutiva, contempla en el artículo 6.3 la sustitución del consentimiento de la persona con discapacidad (por "*disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar*" que determine que la persona "*no tenga capacidad*") por el de su representante, una autoridad o una persona designada por la ley. También contempla en el artículo 7, respecto de la persona que sufriera un "*trastorno mental grave*", la realización de una "*intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno*" (internamiento involuntario o tratamiento forzoso) sin su consentimiento. Los requisitos que deben concurrir son los siguientes: a) Que la persona sufra un trastorno mental grave; b) Que la intervención sea necesaria para tratar específicamente ese trastorno; c) Que la

facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.
En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.
La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

© FEPSM

ausencia de tratamiento conlleve riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud; y, d) Que se respeten las garantías de protección establecidas en las leyes nacionales.

Ese modelo podría ser incompatible con la Convención de Nueva York, cuyo artículo 12 establece que "*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*", y que se basa en el principio de que la discapacidad no puede justificar un trato distinto al de las demás personas, aun cuando concurran otras circunstancias junto a ella, por lo que podría sostenerse que lo procedente no es el otorgamiento del consentimiento por sustitución por el representante, sino la procura de apoyo a la persona con discapacidad para que pueda ejercer su propia capacidad jurídica.

El Comité de Bioética del Consejo de Europa, en una declaración de 2011, afirmó que no existía contradicción entre ambos instrumentos internacionales ya que "*la existencia de la discapacidad no puede justificar por sí sola la privación de libertad o el tratamiento involuntario…sólo se pueden justificar en conexión con un problema mental grave, si es probable que la ausencia de tratamiento o internamiento provoque un daño grave en la salud de la persona o de un tercero*". Por otra parte, en el año 2013, dicho Comité inició los trabajos de elaboración de un borrador de protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales que desarrolle el Convenio de Oviedo en relación con el internamiento y el tratamiento involuntarios. Sin embargo, el borrador tuvo una gran contestación pública, por lo que en mayo de 2018 se aprobó una nueva versión de dicho borrador, que se afirma da continuidad a la Recomendación 2004 (10). En síntesis, las medidas involuntarias solo pueden imponerse cuando concurran los siguientes requisitos: a) El trastorno mental de la persona represente un riesgo significativo de daño grave para su salud o la de otros; b) Las medidas tengan un propósito terapéutico; c) Las medidas voluntarias sean insuficientes para afrontar el riesgo; d) Se siga un proceso judicial en el que la persona debe ser escuchada y se garantice su derecho a la defensa. Por otra parte, sólo durarán mientras persista el riesgo que la desencadenó, y solo personas cualificadas deberán ocuparse de los cuidados de estas personas. El borrador y su informe explicativo insisten en que estas medidas no son discriminatorias porque no es la existencia de un trastorno mental, como tal, el que justifica la medida involuntaria.

Sin embargo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU afirmó, ya en la Observación General n.º 1 a la Convención, que las medidas involuntarias realizadas en personas con discapacidad son incompatibles con el Convenio de Nueva York, pues tal práctica, al parecer de la Comisión, niega la capacidad de la persona de elegir el tratamiento médico, debiendo velar los Estados por que las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona sólo se puedan adoptar con su consentimiento libre e informado. Con ello, se trata de evitar el riesgo de que cuando la persona con discapacidad no consienta el tratamiento, se la considere un peligro para ella misma o para

 © FEPSM

terceros y, en consecuencia, se la someta a medidas involuntarias, generando una circularidad de la que no sería posible escapar. Igualmente, se pretende evitar privaciones de libertad basadas en razones de comodidad institucional ante la falta de servicios de apoyo específicos para la discapacidad (Observación General n.º 5).

En particular, y con respecto a los internamientos involuntarios, el Comité afirmó en la Observación General nº 6, que constituye una forma de discriminación contra las personas que padecen una discapacidad. Además, en la Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad de 2017, el Comité señaló que el artículo 14 párrafo 1 b) de la Convención prohíbe la privación de libertad por motivos de deficiencia real o percibida, aunque se aduzcan otros factores o criterios para justificar la privación de libertad, e instó a todos los Estados parte a eliminar de sus normativas el internamiento involuntario por razón de discapacidad para la atención médica, pues, en definitiva: a) Contradice la prohibición absoluta de privación de libertad por motivos de discapacidad (art. 14); y, b) También contradice el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento (art. 25).

4.2. Aproximación armonizadora

Según el artículo 96.1 CE los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, de modo que sus normas sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. En consecuencia, no podemos ignorar las disposiciones de la Convención de Nueva York. Pero tampoco, las del Convenio de Oviedo. Frente a posiciones de máximos, que parten de la incompatibilidad entre los principios regulativos de ambos textos normativos, es posible proponer una interpretación armonizadora, tomando en consideración distintos aspectos.

a) En primer lugar, debemos partir del hecho de que la Convención de Nueva York ha supuesto un importante avance en los derechos de las personas con discapacidad. El nuevo modelo, pretender superar el modelo inocuizador, que eliminaba o reducía drásticamente las posibilidades de participación en la vida social de dichas personas; pero también, pretende superar el modelo médico rehabilitador, que pretendía la reintegración de las personas con discapacidad en la vida social, si bien bajo parámetros en exceso paternalistas, sobre la base de principios estándar de lo que debe considerarse normal. El modelo social busca garantizar la plena participación de las personas con discapacidad en la vida social al tiempo que reconoce su diversidad. Los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad admiten proyectos de vida plurales, que no pueden verse limitados como consecuencia de la presencia de la discapacidad. Por ello, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y en el ejercicio de tal capacidad jurídica deben respetarse sus deseos, su voluntad y sus preferencias.

© FEPSM

b) La Convención parte de un concepto amplio de discapacidad, que incluye las personas "*que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*". Por su parte, la ley 8/2021 no contiene ninguna definición de la discapacidad, si bien la omisión puede ser integrada por remisión a la Convención. La amplitud del concepto obedece a la consideración de que la discapacidad no es algo que pueda ser definido de antemano de forma autónoma, sino una consecuencia de la interacción de deficiencias físicas o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras sociales, pueden impedir la participación plena y efectiva de las personas en la sociedad. De esta forma, se permite una aplicación versátil de la normativa a una gran cantidad de supuestos, tanto desde la perspectiva de la razón de la discapacidad (deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo) como desde la perspectiva de la esfera sobre la que debe recaer el consentimiento (esfera persona, familiar o patrimonial).

c) Una persona puede presentar una discapacidad y no sufrir trastorno mental alguno, supuesto que no resulta de interés en perspectiva psiquiátrica. A la inversa, puede padecer un trastorno mental puntual y no tener una discapacidad, por lo que no sería de aplicación la normativa sobre discapacidad y sí la normativa sanitaria general. La discapacidad debida al trastorno mental, por otro lado, puede afectar en distinto grado a las facultades intelectivas y volitivas, lo que exige adecuar el principio de que deben respetarse los deseos, la voluntad y preferencias del sujeto a las circunstancias del caso.

d) La obtención del consentimiento de la persona con discapacidad constituye el principio rector que debe guiar toda actuación de los poderes públicos. Por tanto, deben agotarse los esfuerzos en esta línea, v.gr. a través de técnicas de entrevista adecuadas pudiendo recurrirse a expertos.

Si la persona tuviera designada algún apoyo, habrá que contar con él. La institución de apoyo procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias, debiendo actuar, en todo caso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 249 CC en la redacción dada por ley 8/2021).

e) Ahora bien, si, pese a "*haberse hecho un esfuerzo considerable*", no fuera posible determinar la voluntad del sujeto, las medidas de apoyo incluirán funciones representativas. En tal caso, quien decida por representación tomará en cuenta "*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona*" (art. 249 CC).

© FEPSM

Tratándose de actos médicos llevados a cabo con finalidad terapéutica, el art. 9 de la ley 41/2002, de autonomía del paciente establece el siguiente régimen:

> e1. Es posible la intervención médica 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.
>
> e2.- La prestación del consentimiento por representación se producirá cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (v.gr. cuando el paciente se encuentre desorientado en el espacio o desconectado del medio, y no sabe dónde está; o cuando no pueda expresar su voluntad o carezca de capacidad o habilidades de lenguaje verbal o gestual, por encontrarse catatónico o inconsciente). Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

En estos casos, el art. 9 de la ley establece que si la decisión fuera contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

La corrección de esta solución encuentra eco en la doctrina del Tribunal Supremo. La STS, Sala Primera, n.º 269/2021, de 6 de mayo, recuerda los principios que emanan de la Convención, entre los cuales se encuentra el de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, advirtiendo que "*No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos*".

Del mismo modo, la STS, Sala Primera, n.º 589/2021, de 8 de septiembre, contempla el caso de la propia enfermedad como límite para seguir el dictado de la voluntad de la persona con discapacidad. Esta sentencia concluye que pueden acordarse medidas judiciales de apoyo en contra de la voluntad del interesado[10]. Y añade que "*En realidad,*

[10] Indica que la propia ley (art. 42. Bis b). 5 Ley de Jurisdicción Voluntaria) da respuesta a la cuestión cuando al regular el procedimiento común de provisión de apoyos a través de un expediente de jurisdicción voluntaria dispone que cuando surja oposición de la persona con discapacidad a cualquier

© FEPSM

el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo "atender", seguido de "en todo caso", subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado". La sentencia añade "…*la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda".* Y concluye afirmando: "*No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.*"

f) Es evidente que ese mismo razonamiento debe poder ser igualmente aplicable para la adopción de medidas coercitivas como el internamiento y el tratamiento forzosos: su legalidad no puede ser puesta en duda. Cuestión distinta es que tanto su imposición como su ejecución deban acomodarse a los principios que emanan de la Convención de Nueva York y al derecho al libre desarrollo de la personalidad pues, en otro caso, no habríamos abandonado el modelo médico del tratamiento de la discapacidad. Ello significa que debe determinarse si, efectivamente el consentimiento se encuentra viciado por consecuencia de la patología psíquica y, por ello, puede prescindirse de él, o, por el contrario, estamos aplicando parámetros de comportamiento estándar rechazando la diversidad del sujeto. Efectivamente, esto complica la toma de decisiones médicas y judiciales, pero, también puede ser visto como una manera de evitar

tipo de apoyo provocará que se ponga fin al expediente y que haya que acudir a un procedimiento contradictorio (juicio verbal especial), lo que presupone que este juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

© FEPSM

automatismos y situaciones injustas, como un reto, un estímulo, para mejorar nuestras prácticas.

g) Un buen test para identificar si se encuentra justificado actuar contra la voluntad del sujeto es el de la dignidad. Así, habrá que evaluar si el sujeto se encuentra en una situación objetiva de vulnerabilidad, atendidos el déficit observado y la gravedad del peligro advertido en caso de no actuar; la intensidad de la afectación a su libertad o capacidad para decidir; y la afectación de su dignidad como persona, en caso de omitir el comportamiento que pretende imponerse. Esto último no puede determinarse sino conforme a parámetros objetivos, atendiendo a las normas, valores e ideales sociales generalizadas y vigentes en cada momento.

h) Todo lo anterior es aplicable al caso en el que la persona con discapacidad expresa su negativa al acto de que se trate o cuando pudiera razonablemente afirmarse por el representante que, de haber podido expresar su consentimiento, habría sido contrario al acto, si pudiera concluirse que el trastorno ha mediatizado o condicionado la voluntad. Ahora bien, si fuera posible afirmar que no existe tal condicionamiento, deberá respetarse la voluntad manifestada pues, si no se respeta efectivamente se estaría produciendo una discriminación por razón de discapacidad, en contradicción con la Convención de Nueva York.

Clarificar tal cuestión no es sencillo. El conflicto puede visualizarse con mayor claridad cuando la medida terapéutica no guarda relación con el trastorno mental (v.gr. el paciente rechaza el tratamiento que se pretende imponer para abordar una patología clínica de otra clase), no así cuando existe tal conexión, pues en tal caso es inevitable la existencia de una fuerte presunción médica de voluntad viciada. De cualquier manera, siempre hay un riesgo de que la decisión médica se imponga sobre la base de criterios paternalistas, de soluciones estándar basadas en presunciones de normalidad que desconozcan la diversidad humana, por lo que debe extremarse el cuidado incorporando todos los elementos de juicio que permitan que la decisión disponga del mayor sustrato empírico posible.

Para cerrar este punto, no deben olvidarse las denominadas obligaciones positivas que los Estados del Consejo de Europa asumen para garantizar que las personas que se encuentren bajo sus jurisdicciones no vean peligrar sus vidas e integridad física, por lo que les compete establecer la adecuada protección y adoptar medidas razonables para evitar la materialización del riesgo. Así, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[11] la garantía de los derechos que reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos[12] se produce a través de una doble obligación que pesa sobre los

[11] En lo sucesivo, TEDH.
[12] En lo sucesivo, CEDH.

© FEPSM

Estados: una obligación negativa de no interferir en la esfera protegida, y una obligación positiva de adoptar medidas para evitar lesiones para los derechos reconocidos. En consecuencia, el derecho a la vida e integridad física de los pacientes con trastorno psiquiátrico puede verse comprometido cuando los Estados, debiendo hacerlo, no adoptan medidas de protección, aun forzosas. Así, en el caso Herczegfalvy c. Austria, de 29 de septiembre de 1992, el TEDH concluyó que administrar un tratamiento médico por la fuerza era conforme al CEDH si, en el caso concreto, la medida era imprescindible para garantizar la salud del paciente, y éste carecía de las condiciones psíquicas adecuadas para prestar el consentimiento. No haber administrado dicho tratamiento, por el contrario, podría haber generado la responsabilidad del Estado por vulneración de los artículos 2 (derecho a la vida) o 3 (derecho a la integridad física), del CEDH.

5. "AJUSTES" INTERPRETATIVOS EN LAS MEDIDAS COERCITIVAS

5.1. Internamientos involuntarios

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (heredero del artículo 211 del Código Civil), regula el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. El supuesto de hecho que la norma contempla expresamente es el de una persona que, debido a un trastorno psíquico, carezca de capacidad para tomar la decisión. En estos casos, aun cuando la persona se encuentre sometida a patria potestad o tutela, será necesario la autorización judicial previa para imponer el internamiento. Esa autorización puede ser previa al internamiento o posterior al mismo, en los casos de urgencia.

En el procedimiento ordinario, el juez del lugar de residencia de la persona, antes de tomar la decisión, oirá a ésta, a cualquier otra cuya comparecencia estime pertinente y le sea solicitada por la persona afectada por la medida, y al Ministerio Fiscal. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el juez deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa. La decisión es recurrible en apelación, y la medida se revisará, al menos cada seis meses, teniendo los facultativos que atiendan a la persona internada la obligación de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida. En cualquier caso, cuando quienes atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al juez.

En el procedimiento de urgencia, el responsable del centro en el que se hubiera producido el internamiento debe dar cuenta al juez del lugar en el que ha tenido lugar dicho internamiento lo antes posible y, en todo caso, antes del transcurso de 24 horas. Recibida

 © FEPSM

la comunicación, en el plazo máximo de 72 horas, el juez deberá ratificar o dejar sin efecto la medida siguiendo el mismo procedimiento antes descrito.

Ciertamente, la redacción literal de la norma es bastante amplia respecto del supuesto de hecho, pues se refiere a "*El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí*", con lo que podría prestarse a una interpretación contraria al Convenio de Nueva York, bajo la cual la simple concurrencia del trastorno psíquico legitimaría el internamiento. Ello ha llevado al Comité de Bioética de España, en el Informe al borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo, a impulsar una reforma legislativa para derogar el art. 763 LEC, reformando el art. 9 de la ley 41/2002, para incorporar las garantías del art. 763 sin hacer mención alguna al "trastorno psíquico". Alternativamente, propone mantener el art. 763 suprimiendo la mención relativa al "trastorno psíquico" como criterio para determinar el internamiento.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha interpretado la norma en la STC 141/2002, en línea con el TEDH, exigiendo una serie de garantías que satisfacen algunas de las exigencias convencionales, pues se reconocen los principios de necesidad y proporcionalidad, lo que convierte a la medida en ultima ratio. En este sentido, el dictamen del facultativo deberá pronunciarse *"sobre la existencia de trastorno psíquico y la necesidad de internamiento*", no siendo procedente cuando existan otras alternativas menos invasivas. Además, el internamiento no debe justificarse en la sola existencia de la patología sino en el elevado riesgo de daño grave para la salud o integridad del paciente o de terceros, con la matización de que el internamiento no constituye un instrumento represivo, sustitutivo de la prisión, sino una medida instrumental para administrar un tratamiento médico cuyo objetivo primordial es proteger al sujeto. En consecuencia, la evitación de daños para terceros es más bien un efecto reflejo que directo de la medida.

Cabría añadir que la "audiencia" que el juez ha de realizar al sujeto debe procurar obtener toda la información relevante para identificar su voluntad y valorar, junto con el resto de elementos probatorios, si se encuentra condicionada o no por la patología para cuyo tratamiento se propone o acuerda el internamiento.

Distinto es, como señala el informe del Comité de Bioética, que para que, efectivamente, el internamiento se configure como *ultima ratio,* se promueva una política de salud, y específicamente de salud mental, centrada en la persona y en dotarle de los apoyos necesarios para que pueda consentir libremente sobre sus cuidados de salud, e integrarse plenamente en la comunidad, con especial atención a sus familias y a las personas que integran sus entornos de confianza. Tal consideración es particularmente relevante por cuanto en la práctica se observa un uso extendido de la medida debido a la inexistencia de mecanismos de apoyo, lo que da lugar a que se produzcan por esta vía ingresos de carácter fundamentalmente asistencial de personas con discapacidad, lo que, efectivamente, vulnera la Convención de Nueva York. El automatismo judicial en la adopción y confirmación de los

© FEPSM

internamientos, tanto en primera instancia por vía de urgencia, como en apelación, constituye un indicio de este estado de cosas. También el hecho de que, en la práctica, se sustituya el procedimiento de urgencia por la solicitud médica o policial a un Juzgado no especializado (el Juzgado de Guardia) para que active una suerte de procedimiento ordinario acelerado.

5.2. Tratamientos forzosos

En cuanto a los tratamientos forzosos, según la jurisprudencia, cuando se encuentran vinculados a los internamientos, no resulta precisa una autorización judicial adicional, que sí será exigible en los tratamientos ambulatorios, donde resultan de aplicación todas las prevenciones antes hechas respecto de las personas con discapacidad en los supuestos en los que no pueda obtenerse su consentimiento o se haya manifestado en contra del tratamiento. Este tipo de tratamientos suele imponerse a aquellos pacientes sin conciencia de enfermedad en los que el abandono de la terapia supone un riesgo alto de recaída, con aparición de conductas auto o heteroagresivas, hospitalizaciones repetidas y urgencias frecuentes. En cualquier caso, convendría que la cuestión fuera objeto de regulación, al ser conforme con el art. 7 del Convenio de Oviedo y los artículos 17 y ss de la Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de ministros del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. Este último instrumento establece el siguiente régimen jurídico, que puede servir de base, complementado con las indicaciones antes analizadas respecto de la Convención de Nueva York:

a) Para su imposición será preciso que la persona sufra un trastorno mental, que dicho trastorno implique en el caso un riesgo significativo de daño grave para su salud o para terceros, que exista una finalidad terapéutica, que no existan otras alternativas menos gravosas y que la opinión de la persona sea valorada.

b) La imposición de tratamiento será adoptada, tras el correspondiente procedimiento en el que se practicará una exploración médica, por una autoridad judicial o administrativa independiente.

c) El tratamiento durará el tiempo mínimo imprescindible. Las decisiones sobre el tratamiento, en todo caso, serán revisables por vía de recurso.

5.3. Sujeciones y contenciones

En el ámbito internacional la recomendación Rec (2004) 10 del Comité de ministros del Consejo de Europa regula los principios y deberes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas de contención física o farmacológica (art. 27). En síntesis, sólo se podrán emplear en instalaciones adecuadas, y según el principio de mínima restricción, para prevenir daños inminentes en la persona afectada o en otras, y en proporción a los riesgos existentes, y esas medidas sólo podrán aplicarse bajo

 © FEPSM

supervisión médica debiendo quedar adecuadamente documentadas. Además, la persona deberá ser objeto de un seguimiento regular, y las razones por las que se adopta la medida y su duración deberán ser registradas en la historia clínica de la persona y en un registro.

En esta materia se constata un déficit regulativo de detalle a nivel estatal, de modo que sólo la legislación general (art. 9 de la ley 41/2002), y la legislación autonómica regulan los aspectos esenciales. Son de interés el Informe de 7 de junio de 2016, del Comité de Bioética de España sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario, y la Instrucción 1/2022, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre el uso de medios de contención mecánicos y farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad, informe que se hace eco de gran parte de las propuestas del informe del Comité de Bioética.

Según se desprende del informe del Comité de Bioética, se trata de medidas que, en principio atentan contra la dignidad y los derechos fundamentales del sujeto, y que pueden interferir con las posibilidades de ser cuidado conforme a sus propias expectativas en momentos de alta vulnerabilidad, instaurando una percepción negativa y sensación de maltrato y abuso. Además, pueden ocasionar importantes problemas de salud y seguridad, con riesgo adicional de hospitalización y muerte[13] o simplemente por interferir con el plan de mantenimiento saludable del individuo. Por otra parte, se advierte la tendencia a normalizar su uso por razones puramente pragmáticas, con la finalidad de controlar a un mayor número de pacientes con menos personal. Por ello, se proponen medidas alternativas, tales como los cambios de pauta de medicación, el aumento de personal con más supervisión, el aumento de vigilancia nocturna, la estimulación cognitiva con actividades, etc. Las recomendaciones que plantea el Comité se caracterizan por las siguientes notas:

a) Excepcionalidad. El recurso a estas medidas sólo es posible cuando no pueda optarse por otras menos invasivas.

b) Protocolización. La necesidad de que tanto la indicación como el procedimiento de instauración de las contenciones, así como su supervisión, estén debidamente protocolizados y que dichos protocolos sean periódicamente evaluados.

c) Exclusividad médica. La competencia exclusiva del facultativo para prescribir contenciones tanto físicas como químicas, sin perjuicio de que, en situaciones de urgencia, de no poder contactar con el médico, pueda el personal de enfermería iniciar el procedimiento correspondiente, comunicándolo inmediatamente al médico.

[13] V.gr: por asfixia mecánica, estrangulación postural, sofocación por compresión toracoabdominal, muerte súbita, broncoaspiración tras vómito o regurgitación, tromboembolismo pulmonar, quemaduras, úlceras, más sentimientos de miedo, angustia, humillación y desesperación.

© FEPSM

d) Trato digno. La humanidad, compasión, dignidad y respeto en el trato, y la prohibición de discriminaciones en el uso de las contenciones.

e) Necesidad y proporcionalidad. La aplicación por el tiempo estrictamente necesario, de forma proporcional, y con las precauciones necesarias para causar el mínimo daño.

f) Documentación. La necesidad de registrar siempre la indicación, el uso y el tipo de contención en la historia clínica o documento equivalente.

g) Régimen del consentimiento.

g1. Como regla, será necesario el consentimiento previo e informado del paciente.

g2. Si el paciente no tiene capacidad para prestar el consentimiento, lo prestará su representante, en favor del paciente, con respeto a su dignidad personal, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud.

g3. En casos de urgencia vital o para la salud pública, puede prescindirse del consentimiento previo.

g4. El consentimiento debe ser explícito para la situación y en el mismo momento en el que se va a tomar la decisión, no considerándose válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo.

g5. El consentimiento deberá ser por escrito cuando vaya a utilizarse más allá de un episodio agudo motivado por un riesgo vital urgente. Ello es así, por considerar que en tal caso nos encontramos ante procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de previsible y notoria repercusión sobre la salud del paciente y atentan contra derechos fundamentales de las personas como la libertad, y contra principios y valores como la dignidad y la autoestima, entrañando, además, riesgos físicos y psíquicos.

g6. En los casos excepcionales en los que no se exige consentimiento previo, se solicitará con la mayor celeridad posible el consentimiento si esta medida debiera persistir en el tiempo, siendo obligatoria la comunicación judicial ante discrepancia o rechazo del paciente o de sus representantes legales, guardador de hecho o familiares, antes de llegar a dar un alta forzosa.

Además, y con la finalidad de lograr el ajuste a la Convención de Nueva York, se recomienda que el paciente participe en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, y que cuando se trate de pacientes con discapacidad, se les ofrezcan las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, accesibles y comprensibles.

Son también interés las conclusiones de la Instrucción de la Fiscalía. En síntesis:

© FEPSM

a) Los principios básicos que han de orientar la utilización de contenciones serán los de cuidado, excepcionalidad, necesidad apreciada por prescripción facultativa, proporcionalidad, provisionalidad y prohibición de exceso, constituyendo el reconocimiento de la dignidad y la promoción de la autonomía de la persona el eje vertebrador en la interpretación de toda esta materia.

b) Asimismo, se señalan las pautas cuya observancia debe supervisarse por la fiscalía cuando se realicen visitas de inspección sobre los centros. En concreto:

b1. Nadie debe ser sometido a ningún tipo de inmovilización o restricción física o tratamiento farmacológico sin previa prescripción facultativa en cada caso, salvo que exista peligro inminente para la seguridad de la persona o de terceros. En este caso, lo acordará el profesional responsable conforme al protocolo correspondiente, sin perjuicio de la ratificación y/o rectificación posterior del titular.

b2. Para la aplicación de una contención será imprescindible la prestación de consentimiento informado por el paciente o, en su caso, por su representante legal, conforme a las previsiones 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, con las excepciones previstas en la misma. El consentimiento informado deberá ser explicito para cada situación y para cada persona, y referido al momento en que se va a tomar la decisión, no siendo válidos los consentimientos genéricos ni los diferidos en el tiempo.

b3. El centro debe disponer de un protocolo para el uso de las sujeciones que prevea tanto la indicación como el procedimiento de instauración de las contenciones y su supervisión. Deben establecerse pautas de vigilancia permanente de esa medida y el establecimiento de controles periódicos a fin de determinar su continuidad.

b4. La correcta documentación de la medida aplicada respecto de cada paciente, especificando la indicación, el uso y tipo de contención y su duración.

c) La fiscalía oficiará a los servicios de inspección competentes a fin de que informen sobre aquellos centros inspeccionados por dichos servicios en los que hayan detectado el uso de sujeciones sin adecuarse a los principios informadores de los protocolos aplicables, en concreto: ausencia de prescripción médica, control periódico, supervisión y documentación.

d) Respecto de aquellos centros de los que no se disponga de información actualizada, se interesará de la dirección del centro o residencia la remisión periódica del listado de contenciones aplicadas, tipo de sujeción utilizada, prescripción médica, duración, controles realizados, consentimientos informados exigidos y copia del protocolo de adopción de sujeciones mecánicas.

© FEPSM

e) Si por la comunicación del centro o residencia o por cualquier otra vía se llegara a tener conocimiento de la aplicación de una sujeción en condiciones que implique un incumplimiento de la normativa vigente o sus principios inspiradores, el Ministerio Fiscal podrá promover el ejercicio de las facultades judiciales de control y vigilancia tanto de la guarda de hecho como de la curatela por medio del oportuno expediente de jurisdicción voluntaria. También podrán instar la supervisión judicial del internamiento, requiriendo la emisión de informes actualizados, pudiéndose solicitar la adopción de medidas cautelares ex art. 762 LEC, que en los supuestos de internamiento involuntario por aplicación del art. 763 LEC, corresponderá solicitar ante la autoridad judicial encargada de su supervisión.

f) Si se pusiere de manifiesto una utilización desviada de los medios de contención, atendida la entidad de los hechos, se comunicará al órgano sancionador correspondiente, si los mismos pudieran subsumirse en una infracción administrativa. Si los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, se procederá a la incoación de las correspondientes diligencias de investigación.

6. RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS

6.1. Por la indebida aplicación de medidas

La adopción indebida de medidas coercitivas puede dar lugar, en los casos más graves, a responsabilidades penales por la comisión de distintas tipologías de delito.

Así, v.gr. la adopción o mantenimiento de un internamiento involuntario cuando éste no se ajustara a las exigencias que hemos visto, lesionaría el derecho a la libertad ambulatoria y podría integrar un delito de detención ilegal de los artículos 163 y 167 CP[14], sin perjuicio de otras figuras delictivas, como el delito contra la integridad moral del artículo 173.1. CP[15], si la persona detenida ilegalmente es sometida a condiciones que menoscaben gravemente su dignidad.

Las contenciones físicas o químicas realizadas eludiendo los requisitos que antes hemos señalado también podrían constituir un delito contra la integridad moral, así como un delito

[14] *Art. 163.1 CP: El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con pena de prisión de 4 a 6 años. Art. 167.1 CP: La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito, cometiere algunos de los hechos descritos en este capítulo, será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la pena superior en grado*

[15] Art. 173.1 CP: *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

© FEPSM

de maltrato de artículo 173.2 CP[16], que incluye como sujetos pasivos a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

Las contenciones también podrían integrar los delitos comunes de homicidio y lesiones, en sus distintas modalidades, bien a título de dolo eventual, si el resultado fatal o lesivo fuera objetivamente imputable al autor y subjetivamente previsible, bien a título de imprudencia, esto es, por falta de diligencia debida. Así, si se constata que el autor, en el caso concreto, no ha observado el cuidado objetivamente debido (entendiendo por tal, el necesario para el ejercicio de las funciones propias) cabría atribuirle responsabilidad por el hecho. El cuidado objetivamente debido exige tener en cuenta todas las consecuencias objetivamente previsibles de la acción, de tal modo que cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible (cuando apareciera ex ante como una consecuencia no improbable de la acción), sería posible apreciar la inobservancia de dicho deber de cuidado. El criterio de la previsibilidad objetiva ha de completarse con un criterio normativo, entendiendo prohibidas aquellas acciones peligrosas que contradicen ciertas regulaciones. De ahí la relevancia de observar los protocolos en materia de contenciones.

De no constituir delito, los daños sufridos en el ámbito psiquiátrico debidos a la indebida aplicación de medidas suelen ventilarse en vía contenciosa por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública o en vía civil.

6.2. Por la inaplicación de medidas

En el ámbito penal, valen las consideraciones antes realizadas respecto de los delitos de homicidio y lesiones bajo la perspectiva de la comisión por omisión. Esto es, cuando no se aplican las medidas que las circunstancias del caso habrían requerido y, como consecuencia de ello, se produce un resultado de muerte o lesiones.

Los supuestos más habituales son los que se producen como consecuencia de suicidios o intentos de suicidio de enfermos ingresados, en los que se afirma la responsabilidad por homicidio, consumado o intentado, a título de imprudencia, en cuyo caso será preciso acreditar que, en el caso concreto, no se observó el cuidado objetivamente debido, tal y como vimos anteriormente.

[16] Art. 173.2 CP: El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre…las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

© FEPSM

Fuera de los casos más graves, la responsabilidad también se reconduce, usualmente, a la vía contencioso-administrativa o a la civil. La jurisprudencia de la Sala III del Tribunal Supremo[17] ha establecido que la cuestión central a determinar para afirmar la responsabilidad es si, a la vista de la sintomatología que presentaba el paciente, y de su historial, el resultado era previsible o, por el contrario, inesperado, tras lo cual se examinará la idoneidad y suficiencia de las medidas adoptadas. A tal efecto, se considera que, si bien el resultado lesivo suele acontecer por la propia voluntad del paciente, el debate no ha de centrarse en la acción que ocasiona dicho resultado, sino en el ámbito de la inactividad de la Administración sanitaria en su posición de garante de la vida e integridad de las personas que se encuentran bajo su custodia. Así, si se concluye que existió una desatención del deber de garante que la Administración tenía respecto del paciente, puede apreciarse que existe una relación directa en el resultado y que el mismo pudo y debió evitarse por la Administración [18] .

En esta línea, es de interés la STEDH dictada en el caso Reynolds c. Reino Unido, de 13.3.12. En ella se analiza el caso del fallecimiento de un paciente diagnosticado de esquizofrenia, que se arrojó al vacío desde la sexta planta del Hospital en el que se encontraba ingresado. Por lo que nos interesa, el TEDH concluyó que se había producido una violación del artículo 2 (derecho a la vida), pues existe un deber de garante sobre la Administración bajo cuya custodia se encuentran enfermos que presentan un específico riesgo de suicidio, que tiene por objeto salvaguardar su vida e integridad física.

---

[17] STS de 28 de septiembre de 2020 (ROJ: STS 3105/2020)

[18] La STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2013 (ROJ: STSJ M 14530/2013) examina un supuesto paradigmático. La paciente, desde los 12 años de edad, padecía trastorno de inestabilidad emocional de la personalidad tipo límite, caracterizado por conductas impulsivas, autolesivas, consumo de tóxicos y sentimientos de soledad y vacío, y del que estaba siendo tratada por la sanidad privada. El día 4 de julio de 2009 ingresó involuntariamente en la Unidad de Psiquiatría de un Hospital, derivada por el Servicio de Urgencias, con un informe inicial de trastorno paranoide; a su ingreso y mediante llamada telefónica, el doctor que le atendía privadamente informó al Hospital de la historia previa de la paciente, así como de su empeoramiento progresivo y de la imposibilidad de contención de la enferma a nivel ambulatorio. El día 5 de julio, la paciente estaba convencida de que pronto saldría del Hospital, acerca de lo que preguntó el día 6 en varias ocasiones. Sin embargo, el día 7 de julio de 2009 fue informada de la condición involuntaria de su ingreso y de que no se le iba a dar de alta, lo que la contrarió e irritó en gran medida. Minutos después, entró en una sala destinada a esparcimiento de los pacientes, ubicada en la séptima planta del Hospital y, pidiéndole a otra paciente que fuese a encenderle un cigarrillo, consiguió quedarse sola, momento que aprovechó para deslizarse por el hueco de la ventana, desde el que cayó al vacío, con resultado de muerte

La sentencia estimó en parte la demanda de responsabilidad patrimonial. La Sala, a la vista de las pruebas aportadas, concluyó que los servicios sanitarios omitieron las medidas de seguridad que aconsejaban el estado de la paciente, cuya integridad física debían garantizar, y a quien no se le dispensó la atención que hubiese podido evitar el desafortunado resultado final, lo que determinó que concurrieran todos los elementos que integran la responsabilidad patrimonial, porque el fallo del servicio se encontraba unido al resultado lesivo mediante una relación causal directa que no se consideró rota, aunque sí matizada, por la coadyuvante conducta de la paciente misma, por lo que se acordó una modulación del quantum indemnizatorio.

© FEPSM

5

Situación actual del consentimiento informado en el acto médico

JOSÉ MARÍA DOMÍNGUEZ ROLDÁN

1. CONCEPTOS Y DEFINICIONES DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

La ética médica moderna tiene la relación médico-paciente como una de las áreas esenciales, siendo la información y el consentimiento informado uno de sus pilares fundamentales. La conquista de los derechos del paciente y el reconocimiento de su autonomía han supuesto un cambio radical en el modelo contractual clásico en el que predominaba una relación paternalista y sobreprotectora por parte del médico. La ética médica tiene entre sus tareas relevantes el desarrollo y el respeto de la dignidad del paciente dentro del marco de una medicina frecuentemente tecnificada. El consentimiento informado es una muestra de la expresión de la autonomía de las personas enfermas y posibilita la participación activa de la misma tanto en la relación clínica de un acto médico como en su participación en investigaciones biomédicas.

Tal como Miguel Kottow afirma: *"Una opinión sostenida por un buen número de profesionales de la salud, así como por algunos académicos de las humanidades médicas, es que la bioética se ha de preocupar esencialmente de la relación médico-paciente, donde el consentimiento informado ocupa a su vez una posición central. Uno de los brotes más fecundos de la bioética ha sido la conquista de los derechos del paciente y el reconocimiento de su autonomía. A. Hellegers, fundador del Kennedy Institute for Ethics, planteó como su tarea primordial recuperar para el paciente la dignidad y el respeto de ser tratado como persona, valores crecientemente opacados por el desarrollo de una medicina altamente tecnificada. El consentimiento informado da expresión a la autonomía de los individuos o, en un contexto más acotado, hace posible la capacidad de decisión del paciente en el acto médico, así como la anuencia esclarecida del probando para participar en investigaciones biomédicas."*

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americano define el consentimiento informado como *"La explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance entre los efectos de ésta y el riesgo de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, con el objetivo de solicitar su aprobación para ser sometido a los mismos".*

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define el *consentimiento* como "*1. m. Acción y efecto de consentir. 2. m. En los contratos, conformidad que sobre su*

 © FEPSM

contenido expresan las partes. 3. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.".

Podemos por tanto considerar que el consentimiento informado es un proceso de diálogo entre el médico y paciente mentalmente capaz y competente (o su representante), a través del cual se produce la aceptación o rechazo (total o parcial) de una intervención sanitaria que el equipo médico considera indicada.

Probablemente, el empleo de la palabra "consentimiento" para definir este acto de la relación médico-paciente, no es demasiado afortunado. Es posible que parte de la resistencia inicial a aceptar la participación de los pacientes en la toma de decisiones esté explicada en la propia terminología empleada cuando hablamos de "consentimiento informado". Con estos términos se espera que el paciente, después de recibir la información relativa a su proceso "consienta" a lo que el médico considera más apropiado. Si esto efectivamente fuera así, si lo que el médico busca es solamente su consentimiento, tendería a sesgar la información que suministra al paciente. Posiblemente, hubiera sido más apropiado haber empleado los términos de "decisión informada" o "decisión dialogada con el paciente".

La medicina del siglo XX rescató los derechos del paciente gracias, entre otros aspectos, al desarrollo de la bioética. Esa interacción bioética-medicina surgió también por el hecho de que el formato de la relación médico-paciente había cambiado. El paciente "solicita y paga por servicios que son prestados por el médico". De algún modo existe un carácter "contractual" de la relación. En este nuevo modelo de medicina, las dos partes acotan claramente cuáles son sus derechos, y sus deberes, así como las expectativas que el paciente tiene de la actuación clínica, incluyendo la posibilidad de que ésta no sea completamente satisfactoria. El modelo de consentimiento informado es visto, en muchas ocasiones, como un modelo documental-contractual en el que se especifican las prestaciones médicas que se van a realizar, así como las posibles limitaciones a una actuación clínica satisfactoria. Evidentemente ese modelo contractual de relación médico-enfermo es un modelo claramente imperfecto, ya que la práctica médica tiene multitud de incertidumbres, y de elementos inesperados que de ningún modo pueden ser completamente plasmados en un documento. Por otra parte, el registrar en un documento de consentimiento informado todas las posibles incertidumbres puede convertirse en un factor que genera desconfianza en el paciente y miedo a la actuación médica.

Es por ello, que el modelo de consentimiento informado debe tender a ser un modelo participativo más que un modelo de "consentimiento". En este modelo debe existir una cooperación y confianza entre ambos actores de la relación, de modo que el paciente entienda que no es un contrato lo que se está estableciendo, sino por el contrario, una relación fluida, comunicativa, en el que ambas partes son conscientes de las obligaciones, deberes, incertidumbres, y alternativas, que la relación clínica conlleva. Por tanto, el modelo

© FEPSM

contractual de consentimiento informado debe ser entendido y transformado en un modelo de respeto mutuo entre el médico y el paciente.

2. HISTORIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Aunque el consentimiento informado tiene una base doctrinal ética, su nacimiento se produjo como consecuencia de una sentencia dictada en el año 1914 por la Corte Suprema de Nueva York dentro del conocido caso Schoendorff ("Scholendorf vs. Society of New York Hospital") dictada por el juez Benjamín Nathan Cardozo. En 1908, la Sra. Schloendorff fue internada en el hospital público de Nueva York a consecuencia de un proceso abdominal. Su cirujano consideró que la mejor opción para la paciente era la realización de una laparotomía exploradora. Informó de ello a la paciente, la cual aceptó dicha exploración. No obstante, durante la intervención quirúrgica, el cirujano observó una masa intraabdominal tumoral y decidió extirparla. Tras la intervención, y al ser informada la paciente de la cirugía que se le había practicado, la paciente consideró que se habían vulnerado sus expresos deseos e interpuso una demanda en la corte del estado de Nueva York. El juez Cardozo, en una sentencia histórica, basada en el principio de autonomía de la persona, argumentó que se habían vulnerado los derechos de la paciente al haberse contravenido su expresa indicación de que la intervención debería ser solamente diagnóstica y no terapéutica, eximiendo de responsabilidad al hospital, aunque reprochando la actitud del médico cirujano que había procedido a la extirpación tumoral.

En la sentencia el juez Cardozo, afirma *"Todo ser humano de edad adulta y mentalmente capaz tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que realice una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que es responsable de daños y perjuicios. Esto es verdad, excepto en casos de emergencia, cuando el paciente está inconsciente y cuando es necesario operar antes de que pueda ser obtenido el consentimiento".*

Es también importante destacar la relevancia histórica en el desarrollo de formularios de consentimiento informado del elaborado para la investigación de la Fiebre Amarilla a principios del pasado siglo. Se considera que la Comisión de Fiebre Amarilla del Ejército de los Estados Unidos es el primer grupo de investigación en la historia en usar formularios de consentimiento. En 1900, el mayor Walter Reed fue nombrado jefe de la Comisión de Fiebre Amarilla del Ejército de los Estados Unidos en Cuba, y se propuso confirmar que los mosquitos eran el vector de la transmisión de la fiebre amarilla. Probablemente los primeros experimentos se hicieron sin documentación formal de consentimiento informado; sin embargo, para experimentos posteriores se obtuvo el apoyo de las autoridades militares y gubernamentales, y fue obtenido el consentimiento de los sujetos sobre los que se realizaba la investigación. Para ello se redactó el documento de consentimiento informado para

© FEPSM

investigación más antiguo del que se tiene noticia. Dado que la investigación se realizó en hispanoparlantes y angloparlantes el documento fue redactado en ambas lenguas. Existen pruebas de que dicho documento fue utilizado al existir documentos originales con las firmas de las personas que participaron en la investigación.

3. CONSENTIMIENTO INFORMADO UNA CONSECUENCIA ÉTICA DEL PENSAMIENTO LIBERAL

La sociedad occidental del siglo XXI es, en parte, una consecuencia de los cambios filosóficos y, consecuentemente ideológicos, desarrollados principalmente en Europa en los últimos tres siglos, en los cuales se ha observado un cambio radical en la consideración de los valores intrínsecos del ser humano. Chandran Kukathas en su referencia al liberalismo afirma: "El *liberalismo se identifica con un paradigma político que responde a la diversidad humana mediante la defensa de instituciones que permitan la coexistencia de distintas creencias y modos de vida; el liberalismo acepta la pluralidad de esas creencias y modos de vida y promueve la tolerancia. El liberalismo rechaza la idea de un orden social orgánico y espiritualmente unificado, dentro del cual los intereses de los individuos se alinean en perfecta armonía con los intereses de la comunidad. Los individuos poseen fines distintos y no existe un único objetivo común que todos deban compartir, y probablemente, estos intereses pueden entrar en conflicto. La cuestión es cómo resolver, desde el punto de vista liberal, estos problemas y no intentar erradicar tales conflictos, lo cual sería materialmente imposible."*

El liberalismo, como corriente filosófica de pensamiento, centra su principal valor en el individuo y en su libertad para desarrollar sus proyectos de vida. No obstante, la sociedad liberal requiere un entorno normativo donde esas libertades puedan enmarcarse. Los principios de libertad, autonomía, y propiedad son elementos claves para entender una sociedad liberal, como lo es la sociedad occidental actual.

Autonomía, pluralismo, libertad, tolerancia, derechos, igualdad son algunos de los valores que marcan el desarrollo de una sociedad liberal, y que no pueden ser independientes del entorno en el que la profesión médica se desarrolla, y que se analizan a continuación:

3.1. Libertad

La libertad como un derecho inviolable del individuo tiene diversos ámbitos como: libertad de pensamiento, de culto, de expresión, de asociación, de prensa, etc. El único límite de la libertad consiste en no invadir la libertad del derecho de los demás.

T. H Green en 1881 escribió: "*Todos probablemente estaremos de acuerdo en que la libertad, entendida con razón, es la bendición más grande; que su logro es el fin de todos nuestros esfuerzos como ciudadanos*". Todo el mundo está, desde una perspectiva teórica,

 © FEPSM

a favor de la libertad, no obstante, cada vez que se promueve la libertad como un valor, es necesario aclarar con precisión lo que se está valorando. La liberad del médico y el paciente en la relación clínica debe, por tanto, respetar las fronteras de la libertad de ambos. El consentimiento informado es uno de esos puntos de encuentro en que la libertad de ambos debe encontrar un punto de armonía.

1.1. Autonomía.

La justificación principal de la implementación del consentimiento informado es que este es una salvaguardia esencial de la autonomía del paciente, donde "autonomía" significa "la capacidad para decisiones y acciones independientes".

Aunque el concepto de autonomía está incorporado a la práctica clínica de la medicina del siglo XXI, este concepto no se aplicó al individuo hasta hace pocos años. Tradicionalmente el concepto de autonomía sólo se aplicaba a ciudades o colectivos (desarrollado principalmente en la antigua Grecia), pero no a las personas. La ciudad se convertía por tanto en un estado-ciudad autónomo y establecía sus propias reglas de conducta.

Etimológicamente autonomía proviene de los términos *"autos"* (auto) y "nomos" (regla o ley). Sin embargo, actualmente autonomía puede vincularse conceptualmente a múltiples ideas como voluntariedad, autodominio, libre elección, privacidad, etc.

En una visión retrospectiva, podemos encontrar como referentes para el desarrollo del concepto de la autonomía del individuo tanto a la filosofía de Stuart Mill como a la tradición Kantiana. La concepción de la autonomía de Mill se vincula a la concepción de libertad. El individuo debe ser libre de desarrollar su propia individualidad. Según Mill, el individuo es autónomo si es capaz de desarrollar un pensamiento liberal que implica la libertad de seguir los propios deseos e impulsos. Por tanto, según esta tradición filosófica, la auténtica autonomía surge de los propios deseos y razones de la persona. Lo importante es que la decisión sea propia, y no importa si esta se atiene a un marco normativo o legislativo

En contraste, la concepción de autonomía de Kant se construye en el carácter de la ley conectando la autonomía con los principios universales; apela a la idea de que no debemos basar nuestras acciones en principios que otros no pueden compartir. Es lo que Kant denomina el "imperativo categórico". Para Kant la autonomía es una función de la razón más que del deseo, porque los deseos no son necesariamente universalizables, mientras que la razón si lo es. Kant considera que un acto es autónomo si es racional, y como la ley moral también es racional, la autonomía está de acuerdo con la ley moral. La ley moral por su naturaleza concuerda con la razón y la racionalidad: esto es lo que significa ser plenamente humano en lugar de simplemente seguir los deseos. Para Kant, la autonomía no es más, pero tampoco menos, que una formulación

© FEPSM

de los requisitos básicos de la razón. Es decir, los procesos de concepción de leyes universales apelan a los cánones de racionalidad, ya que sólo éstos tienen universalidad: los deseos y las inclinaciones son autobiográficos e idiosincrásicos.

3.2. Derechos

Aunque el concepto de "derecho" aparece ya en la filosofía de la antigua Grecia, no es hasta el siglo pasado cuando realmente empieza a aparecer la implementación derechos entendidos como una realidad para la persona integrada en la sociedad.

A efectos del consentimiento informado debemos considerar los derechos de dos tipos: derechos positivos y derechos negativos. Corresponde al individuo reclama su derecho a decidir sobre su propia vida, sobre sus propias acciones. Por otra parte, esto puede entrar en confrontación no solamente con el derecho de otros, sino que es preciso establecer una serie de normas (que se pueden entender como derechos negativos) que ponen un límite a los derechos individuales, a fin de que éstos puedan ser armónicos en todas las personas.

En el marco de una relación integrada en la sociedad, como la relación entre médicos y pacientes, los derechos de estos últimos deben expresarse de forma proporcional al entorno social y de valores en que se encuentra. No obstante, los propios derechos del médico, y los límites normativos también se armonizarán con aquellos.

3.3. Pluralismo

Otro de los valores básicos de las sociedades liberales occidentales modernas es el pluralismo, el cual es una consecuencia de la concepción de la libertad como libertad negativa. El pluralismo parte de la idea de que no hay una única concepción del bien, y que en consecuencia los sistemas, incluido el sanitario, deben aceptar la existencia de una visión plural y múltiple por parte de los ciudadanos. Cuando se trata de atención sanitaria, el pluralismo del ciudadano debe ser respetado en cuanto a su atención individual, sin embargo, el pluralismo fundamenta a nivel social la teoría de la justicia, llevando a los sistemas a la necesidad de establecer unas normas "buenas" para la mayoría. Los directivos de los sistemas sanitarios deben reconocer la pluralidad de la visión de la sociedad donde el marco normativo sanitario debe estar adaptado a esa visión multidisciplinar con un ejercicio de justicia asociado.

3.4. Otros valores del sistema liberal

Otros valores apreciados por el liberalismo son la igualdad y la tolerancia. La igualdad conlleva diversas connotaciones. Una es la afirmación positiva de que todos los seres humanos son iguales y deben ser tratados por igual, y otra es una afirmación negativa de que "la desigualdad arbitraria entre los seres humanos es moralmente indeseable".

La tolerancia es un valor liberal esencial. Sin embargo, el compromiso con la tolerancia está sujeto a las diferentes variedades de autonomía. En la versión kantiana de la autonomía,

© FEPSM

hay límites que no deben ser superados, ya que los valores tienen que satisfacer el "imperativo categórico". Por lo tanto, deben ser valores universales. Por el contrario, la versión de Stuart Mill de la autonomía lleva a una aceptación más amplia valores y creencias. La tolerancia se puede considerar como un valor atribuido al pluralismo. El pluralismo liberal es la versión de Mill de la tolerancia.

4. FUNDAMENTOS ÉTICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El desarrollo de la teoría consentimiento informado, y su implementación en medicina, no es más que la consecuencia de los cambios de valores que se han producido en nuestra sociedad. Valores, principios, y derechos, en una perspectiva colectiva pone de manifiesto el pensamiento de los individuos de dicha sociedad. El derecho de la persona a decidir sobre sí misma, sobre todo cuando se está decidiendo su biografía asociada a su patobiografía, la responsabilidad moral que tiene esa propia decisión, la integración de dichas decisiones en su ámbito moral etc. son un marco de referencia ético para la teoría del consentimiento informado. El análisis de algunos de estos factores ayuda a entender no solamente la justificación de la aparición de la teoría del consentimiento informado, sino también el desarrollo que ha adquirido en nuestra sociedad.

4.1. Derecho de la persona a la autodeterminación

La libre determinación es un derecho humano básico. El juez Cardozo, en la relevante sentencia antes mencionada (Schloendorff v Society of New York Hospital) , afirmaba que todo ser humano de edad adulta y sano mental tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión, por la que es responsable de daños y perjuicios. Este derecho a la autodeterminación, y a ser el autor de sus propios planes en salud, es un reconocimiento del derecho de las personas a tomar decisiones basadas en sus propios valores y preferencias.

Como se ha mencionado anteriormente, la autonomía extiende sus bases a la filosofía de Kant y Mill. No obstante, probablemente el impulso más influyente en la ética del cuidado proviene de la aproximación principialista Beauchamp y Childress, los cuales propugnaron el respeto a cuatro principios (Autonomía, No maleficencia, Beneficencia y Justicia) como parte de una moral común compartida por todas las personas moralmente comprometidas, con independencia de los valores filosóficos o religiosos de las mismas. La toma de decisiones morales prácticas conlleva la interrelación y balance entre cada uno de estos principios, equilibrando la importancia relativa de ellos si entran en conflicto.

Si se considera que la autonomía es un concepto clave, la forma más adecuada de concebir la relación médico-paciente puede ser entenderla como una especie de contrato, aunque

© FEPSM

es cierto que esta conexión no la admiten muchos defensores de la autonomía, sosteniendo que este modelo busca situar a médicos y pacientes en igualdad de condiciones y no colocar a estos como rivales. Con esto se pretende situar al paciente en una posición legítima de modo que pueda tomar parte activa en las decisiones sobre su asistencia sanitaria.

4.2. Propiedad de la decisión

El hecho de que el paciente tome sus propias decisiones sobre su asistencia sanitaria incorpora un conjunto de diferentes nociones que incluyen no sólo la idea del derecho a la autodeterminación, sino también que la propiedad de las decisiones tomadas por los pacientes sobre su salud es algo que debe valorarse en la relación terapéutica. La propiedad de las decisiones sanitarias por parte de los pacientes se hace posible mediante la asimilación e incorporación de estas decisiones en los valores, preferencias y visión del mundo únicos del paciente. Los resultados terapéuticos son más propensos a tener éxito cuando estos han tenido en consideración las opiniones de los pacientes.

Por otra parte, el paciente, a través del proceso de adjudicación de las decisiones sanitarias, se aleja de la pasividad para convertirse en un agente activo en el entorno sanitario. El consentimiento informado se convierte así en un proceso en el que el paciente no solo acepta una propuesta realizada por el médico, sino que decide sobre una propuesta informada sobre la base del cumplimiento de determinadas condiciones (que han sido informados adecuadamente, que no están siendo coaccionados, etc.).

4.3. La responsabilidad moral de las decisiones

Las decisiones sobre la propia salud y, en particular, en relación con su naturaleza autodeterminante, conlleva como propiedad moral que la persona también es responsable de las decisiones clínicas adoptadas.

4.4. Competencia

El derecho a decidir se concede a quienes tienen la capacidad o la competencia para hacerlo. Aquí el modelo de consentimiento informado como autorización autónoma depende de ciertos requisitos previos. Por ejemplo, implica la capacidad de entender y procesar la información, retenerla, incorporarla a la propia visión del mundo y la capacidad de comunicarla a los demás.

4.5. Integración de la decisión en la vida de la persona

El consentimiento informado conlleva el sustento ético en mantener la decisión integrada dentro de la realidad y la vida de la persona. El respeto al paciente implica tener siempre en consideración los valores y deseos de la persona en cada uno de los momentos de su vida. Estos deseos y valores no son estáticos, y pueden ir cambiando a lo largo de la vida de la persona. El consentimiento informado no puede ser sólo un conjunto de palabras, sino también un grupo de acciones armónicas con los valores del paciente.

© FEPSM

Integridad, derivada del latín “integer”, que significa completo, algo que no está dividido. En el discurso ético del consentimiento informado la decisión tomada por el paciente debe ser armónica con los valores y juicios del propio paciente. El médico debe favorecer esa integración de los deseos del paciente con la acción de modo que sea posible una armonía de valores y acciones.

5. LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado se ha convertido en un elemento esencial en la medicina actual. Existen múltiples argumentos que enfatizan la relevancia del consentimiento informado en la práctica clínica actual. El consentimiento informado es una salvaguarda la autonomía del paciente. La capacidad e implementación de la autodeterminación del paciente es una pieza clave en la consumación de uno de los derechos fundamentales reconocidos a la persona en los últimos siglos. Todos los seres humanos, con capacidad y competencia son libres y autónomos para decidir sobre su propia vida y su salud.

5.1 El consentimiento informado es un requisito de justicia, entendido en términos de potenciación y habilitación del paciente en la relación con el médico del paciente. La extinción del “paternalismo hipocrático” fue un elemento de equiparación de la relevancia del ser humano como persona con derechos en relación que mantenía con su “sanador”. Esa capacitación del paciente para decidir sobre su propia salud supuso la justa equiparación de dos ciudadanos (médico y paciente) iguales en derecho.

5.2 El consentimiento informado es un elemento central de la relación contractual entre el médico y el paciente, expresando la virtud del médico de la fidelidad hacia aquel.

5.3 El consentimiento informado es una herramienta que facilita la interrelación entre el médico y el paciente ya que exige un enfoque que centre la relación entre ambos mediante un entendimiento comprensivo mutuo. Un procedimiento completo y plenamente desarrollado de consentimiento informado favorecerá el diálogo y la relación entre el médico y el paciente de modo que la información, y la comprensión de la biografía del paciente facilitará la toma de decisiones por parte de este en un proceso global en el que la aceptación final o rechazo a la propuesta realizada por el médico es sólo un elemento derivado de la mutua comprensión sobre el proceso asistencial.

6. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado incluye dos elementos de distinta significación: 1.- el consentimiento, es decir el acto voluntario por el que se produce la autorización para la realización de una intervención sanitaria (diagnóstica, terapéutica, o preventiva), y 2.-La

© FEPSM

información, por la que el médico traslada al paciente todos los hechos relevantes y pertinentes sobre la intervención.

El consentimiento es un acto voluntario, y por ello, debe revestirse de los caracteres que le son propios, y en el que se presupone la existencia de tres elementos: la intención, la libertad y el discernimiento.

La información no es un acto burocrático, sino un elemento más del acto clínico, y por tanto está sometida los principios de la ética y deontología profesional. La información relativa a la propuesta de realizar una intervención sanitaria debe ser fundamentalmente oral, directa, y preferiblemente debe realizarla aquel médico que posteriormente realizará la intervención. Salvo en algunas situaciones especiales que posteriormente se mencionarán, no es imprescindible la existencia de un documento de consentimiento informado. En todos los casos es aconsejable el dejar constancia en historia clínica del desarrollo del proceso informativo.

Aunque el documento de consentimiento informado no es más que un elemento más del desarrollo informativo de una intervención sanitaria, no es menos cierto que de su correcta redacción puede derivarse una optimización del proceso de información y comprensión de las intervenciones propuestas por el médico.

Un documento-formulario de consentimiento informado, debe incluir, al menos, los siguientes elementos:

- Descripción de la naturaleza de la intervención propuesta. En el documento de consentimiento informado debe describirse de manera clara la intervención propuesta. Si la técnica conlleva algún grado de invasividad corporal, debe describirse esta con referencias específicas a la misma. Así, por ejemplo, si se propone realizar una cirugía abdominal se debe describir si ésta es mediante laparotomía, o laparoscopia, así como si la cirugía realizará una reparación, una extirpación, y las probables consecuencias que sobre la anatomía del paciente va a tener la técnica.

- Objetivos y beneficios esperables de la intervención. Es decir, especificar la finalidad primaria de la intervención que se propone, y el beneficio que se busca a realizar la técnica.

- Posibles molestias previas, durante, o posteriores a la intervención propuesta. Así, por ejemplo, debe escribirse si previamente a la intervención debe realizarse algún tipo de práctica (por ejemplo, enemas, punciones, catéteres…), las molestias durante la intervención (dolor, obnubilación…) Y las posteriores a la misma (dolor, dificultad respiratoria, vómitos, etcétera.).

- Consecuencias seguras de la intervención. Debe informarse de las consecuencias que consecuencia se derivarán de la intervención. En el caso de cirugías de exéresis se

© FEPSM

debe informar de los órganos o tejidos que se van a extirpar, así como de los tipos de reconstrucción anatómica que se realizará.

- Riesgos derivados de la no realización de la intervención sanitaria. Se deberá informar de cuáles son las consecuencias seguras, y las consecuencias probables de no realizar la intervención, y de cuál sería la historia natural de la enfermedad en caso de no realizarse.
- Técnicas alternativas a la intervención propuesta. En ocasiones, existen técnicas alternativas que podrían ser opcionales en el tratamiento del proceso clínico. Así, en el caso del tratamiento de un aneurisma cerebral, podría plantearse el tratamiento mediante cirugía abierta del aneurisma, o su tratamiento mediante navegación endovascular.
- Explicación del motivo que lleva al médico a elegir la técnica propuesta. En el caso de existir técnicas alternativas el médico debe explicar por qué de la opción propuesta (mejores resultados, mayor seguridad, accesibilidad de la misma, etc.).
- Riesgos específicos de la técnica derivados de la edad o comorbilidades del paciente. En ocasiones el empleo de documentos de consentimiento informado genéricos, (elaborados por sociedades científicas, organizaciones sanitarias, etc.) no son suficiente para describir los beneficios o riesgos de la misma, ya que en determinadas circunstancias el riesgo puede modificarse debido a comorbilidades del paciente. Es por ello que se recomienda que en todos los documentos de consentimiento informado exista un apartado de texto libre en el que se especifique los riesgos y beneficios de la técnica aplicados a ese paciente concreto.

Además de los aspectos específicos de la información sobre la técnica, el documento de consentimiento informado debe incluir:

- Nombre, apellido e identificación del paciente.
- Identificación del centro donde se realizará la intervención.
- Nombre, apellido e identificación del médico que realiza la información y solicita el consentimiento informado.
- Nombre, apellido, identificación, y parentesco del representante en caso de consentimiento por representación.
- Especificación de la posibilidad de revocamiento del consentimiento informado en cualquier momento antes de la intervención, así como el hecho de que de la revocación del mismo no se derivarán consecuencias negativas para el paciente (excepto las directamente consecuentes de la no realización de la intervención).

© FEPSM

- Apartado donde el paciente especifica su aceptación o rechazo de la intervención sanitaria propuesta.
- Apartado donde conste que el paciente o su representante han leído y comprendido la información, se le han dado las explicaciones que ha solicitado, y está satisfecho con ellas.
- Firma del documento por parte del paciente o su representante y del médico informante.

Aunque el consentimiento informado puede ser realizado de forma oral (aunque siempre debe dejarse constancia en la historia clínica) existe un consenso generalizado sobre cuándo deben existir un documento específico de autorización para la realización de las intervenciones sanitarias. Se considera que estos formulario-documentos específicos de consentimiento informados deberán aplicarse en los siguientes casos:

- Aquellos procedimientos que impliquen una invasión corporal.
- Cuando se van a realizar intervenciones diagnósticas o terapéuticas que conlleven riesgos e inconvenientes notorios imprevisibles que puedan repercutir de modo importante en las actividades de la vida diaria del paciente.
- Cuando la efectividad del procedimiento diagnóstico o terapéutico es dudosa, debiendo dejarse constancia clara de la posibilidad de la efectividad de la misma.
- En tratamiento que no sean curativos como, por ejemplo, medicina estética, técnicas de esterilización etc.

El objetivo fundamental de la información es otorgar la máxima libertad al paciente para la toma de decisiones sobre su propia salud. No existen reglas fijas para abordar el proceso informativo, aunque deben tener en cuenta principios generales como el empleo de un lenguaje comprensible y adaptado a la situación intelectual y emocional del paciente. La información que se debe suministrar debe ser veraz, prudente y sobre todo eficaz. El proceso informativo puede realizarse en uno, o en varios actos, en función de las necesidades informativas y emocionales del paciente.

Es importante tener en cuenta que el paciente puede rechazar recibir información, y delegar la toma de decisiones en el propio médico. En estos casos es conveniente hacer una referencia a esta decisión en la historia clínica.

El momento de informar al paciente, así como la firma del documento de consentimiento informado deben distanciarse un tiempo prudencial desde la realización de la actividad sanitaria propuesta. En muchas ocasiones es especialmente importante otorgar al paciente un tiempo suficiente para la reflexión, y/o consulta en otros ámbitos sanitarios.

© FEPSM

7. TIPOS DE CONSENTIMIENTO

La terminología empleada para referirse a los tipos de consentimiento informado es, en ocasiones, un elemento de confusión para el correcto entendimiento del ámbito de aplicación de cada uno de ellos. Consentimiento presunto, consentimiento explícito, consentimiento implícito, consentimiento tácito, etcétera son algunos de los términos que encontramos cuando nos estamos refiriendo al proceso informativo, así como a la aceptación/rechazo por parte del paciente de la realización de la intervención sanitaria.

7.1. Consentimiento presunto, o consentimiento deducible

Según el Diccionario del español jurídico, consentimiento presunto es aquel*" consentimiento prestado mediante actos reiterados del titular, datos que revelan que, efectivamente, ha otorgado dicho consentimiento*". Es decir, *"ante la falta de una manifestación de voluntad del sujeto pasivo afectado (que no puede hacerlo porque está, por ejemplo, ausente o inconsciente), se presume su consentimiento con base en una creencia racional, razonable, objetivamente fundada ex ante de que lo más probable es que el titular del bien jurídico consentiría eficazmente si estuviera presente y consciente*".

El consentimiento presunto fue, según Simón Lorda, desarrollado fundamentalmente por penalistas alemanes, sobre todo por Edmundo Mezger el cual afirma en su tratado de Derecho Penal: "No *actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación de hecho, habría consentido eficazmente en la acción*".

Por tanto, si una persona no puede consentir, la acción que se realiza en el interés de él es legítima, dado que si se hubiera podido esperar se puede inferir que se habría obtenido su consentimiento.

La pertinencia ética y legal del consentimiento presunto se deriva de un que, si un paciente no puede consentir, es legítimo realizar una actuación médica procurando su mejor interés siempre que sea deducible el hecho de que si el paciente hubiera estado consciente y capaz se habría obtenido el consentimiento para aquella.

Desde el punto de vista clínico-asistencial el consentimiento presunto solamente debería entenderse cuando el médico va a realizar una actividad sanitaria en un sujeto ausente (por ejemplo, utilización de datos de su historia clínica) o incapaz, y que por las acciones que previamente esa persona había realizado o manifestado podría deducirse que procede realizar la intervención sanitaria sin que explícitamente el paciente lo manifieste.

7.2. Consentimiento tácito

Según la Real Academia Española, consentimiento tácito es "*aquel consentimiento que no se obtiene por actos del interesado, sino por su falta de actuación".* En este caso, desde un punto de vista jurídico, el requisito exigido por el legislador es la vigencia de la costumbre:

© FEPSM

el *tacitus consensus populi.* El argumento para sostener el consentimiento tácito durante las actuaciones médicas sería el mantener que *"cuando los pacientes van voluntariamente al médico ya están dando su consentimiento a la intervención médica; y por otra parte si ante la propuesta de una intervención médica el paciente sólo pregunta algunos datos relativos a la misma (por ejemplo "cuándo y cómo" se va a realizar) inferir que el paciente está renunciando a sus derecho a conocer más sobre la intervención, y por tanto existe su consentimiento tácito"*.

El consentimiento tácito en medicina significaría que, por el hecho de acudir al médico, este, y el paciente, establecen una relación contractual que implicaría que aquel está legitimado para actuaciones médicas según su propio criterio en base al propio contrato establecido entre ellos.

No existe una legitimidad jurídica ni una base ética para el consentimiento tácito en medicina ya que el hecho de que se haya establecido una relación "contractual" no implica necesariamente que el médico pueda realizar determinados actos que afectan al cuerpo, integridad física o intimidad del paciente.

7.3. Consentimiento explícito o expreso

El consentimiento explícito o expreso es entendido como aquel en que el paciente manifiesta claramente su voluntad sobre su aceptación o rechazo a la intervención propuesta. El consentimiento explícito no debe dejar lugar a la libre interpretación, y debe ser recogido de manera clara y precisa, ya sea de forma escrita u oral. Por su parte, los responsables de los datos de la historia clínica tendrán que asegurarse de la obtención de dicho tratamiento de "manera indiscutible".

Uno de los problemas asociados a la terminología del consentimiento es frecuentemente la interpretación de términos relativos al mismo. Así, el consentimiento a puede verse desde diversas perspectivas:

1.-Consentimiento documentado versus consentimiento no documentado. Es decir, basado en la existencia (documento específico de consentimiento informado para esa técnica, expresión un documento de voluntades anticipadas, carnet de donante etcétera) o ausencia de ese documento. Esta ausencia puede derivarse en consentimiento presunto o deducible, o consentimiento no deducible.

2.-Consentimiento legalmente requerido (técnicas o intervenciones médicas para las que legalmente se requiere un documento escrito manifestando la aceptación por parte del paciente o de sus representantes) versus consentimiento legalmente no requerido. Un ejemplo paradigmático de esta visión del consentimiento es el requerimiento legal en algunos países de consentimiento para la extracción de órganos para trasplante mientras que en otros países el marco legal permite la extracción de órganos sin la existencia de ese consentimiento.

© FEPSM

8. EXCEPCIONES A LA NECESIDAD DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO

Existen situaciones excepcionales en las que el médico puede realizar la intervención en el ámbito de la salud sin haber obtenido la autorización del paciente. En la ley de autonomía del paciente, las excepciones señaladas son:

1.- Cuando el paciente renuncia a recibir dicha información, dejando constancia documental de dicha renuncia. No obstante, en estas situaciones, el médico debe estar seguro de que el paciente es consciente de las consecuencias de no ser informado. Por lo ello, en estas circunstancias el médico debe evaluar la capacidad del paciente, asegurarse de que el paciente es libre en la toma de esa decisión, y de que conoce su derecho legal al consentimiento informado.

2.-. Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley.

3.- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, ni conocer su opinión presunta a través de la opinión de sus representantes o de documento de instrucciones previas.

Existen otras circunstancias en las que, desde el punto de vista ético, podría eximirse al médico de la obtención del consentimiento informado previo a la intervención. Entre están se encuentran:

1.- Uso del privilegio terapéutico. Se denomina privilegio terapéutico a la omisión deliberada de cierta información al paciente por el convencimiento de que al revelársela se generaría en el paciente un grave perjuicio físico o mental. El empleo del privilegio terapéutico como excepción a la obligación del consentimiento informado es un tema controvertido. Es especialmente llamativo cuando se produce la reiteración de su empleo en la práctica clínica, ya que las situaciones clínicas en que pueden realmente aplicarse suelen ser muy excepcionales. Probablemente en algunas ocasiones el empleo del privilegio terapéutico como razón para no desarrollar el consentimiento informado puede ser atribuido a un proceso de información ineficaz y, por ende, podría subsanarse con una mejora de la información.

2.-Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable, (enfermedad mental, discapacidad neurológica, etcétera) y siempre que no sea posible conseguir el consentimiento de sus representantes.

3.- Cuando exista la posibilidad de corregir una patología inesperada en el seno de otra intervención programada. Como, por ejemplo, un tumor o malformación que se encuentra en el curso de una laparotomía que había sido indicada por otras razones. No obstante, no conviene olvidar que, en los albores del consentimiento informado en

© FEPSM

EEUU, una de las primeras condenas judiciales a médicos por falta de consentimiento informado fue debido a una actuación de este tipo.

9. CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN

Basándonos en el texto legal de referencia sobre el tema, 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 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se reconoce el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

1.- Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho

2.- Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia (aquí se ha introducido una modificación que precisa la redacción previa, cuando el paciente se encuentre incapacitado legalmente)

3.- Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación.

10. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN CLÍNICA VS. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN

El análisis del consentimiento informado de propósito clínico debe ser diferenciado del consentimiento que tiene como misión la inclusión de pacientes en una investigación con seres humanos.

La Directiva Europea 2001/20/EC relaciona la implementación de la buena práctica clínica para la realización de ensayos clínicos con una completa implementación del procedimiento de consentimiento informado. Este es definido en dicha directiva como la decisión, que debe

© FEPSM

ser escrita, firmada y datada, de tomar parte en un ensayo clínico, tomada libremente después de haber sido informado de la naturaleza de este, su relevancia implicaciones y riesgos y apropiadamente documentada, por una persona que es capaz de dar su consentimiento, o cuando no lo es, por sus representantes legales. Si la persona no es capaz de escribir, algunas legislaciones nacionales permiten que el consentimiento sea oral en presencia de al menos un testigo".

La información mínima que debe ser incluida en un documento de información general para una investigación en seres humanos debe incluir:

- Una clara especificación de que el estudio se realiza en seres humanos y una explicación del propósito del mismo.
- La duración esperada de la participación de la persona en la investigación.
- Una descripción de los procedimientos que se seguirán, y de los procedimientos que serán testados, diferenciándolos de los que son procedimientos estándar.
- La confirmación de que la participación es voluntaria.
- Información sobre la organización que patrocina la investigación.
- Una descripción adecuada de los riesgos, molestias o potenciales problemas derivados de la investigación.
- Descripción de cualquier beneficio esperable, ya sea para el sujeto de la investigación, o para futuros pacientes, evitando las expectativas desproporcionadas.
- Una descripción de técnicas o procedimientos alternativos para el diagnóstico/tratamiento que pudieran ser apropiadas para el sujeto de la investigación.
- Descripción de los procedimientos adoptados para la protección de datos y confidencialidad de los mismo, incluyendo la duración del almacenamiento de datos.
- Descripción de los procedimientos a seguir en caso de incidentes durante la investigación.
- Descripción de cualquier test genético planeado en la investigación.
- Para técnicas que conllevan un mínimo riesgo, una explicación de posibles tratamientos o indemnizaciones, y quien proporciona la cobertura de Seguros en caso de que se presenten dichos eventos.
- Identificación de la persona de contacto responsable de resolver preguntas pertinentes sobre los derechos de los sujetos participantes en la investigación.

© FEPSM

- La afirmación de que el sujeto de estudio puede preguntar cualquier cuestión y retirarse de la misma sin la obligación de ninguna explicación.
- Una explicación sobre qué ocurrirá con los datos o muestras al final de la investigación y si esos datos/muestras serán guardados o transferidos a terceros para ulteriores investigaciones.
- Derecho a la información sobre los resultados finales de la investigación.

11. CRITICAS Y OBJECIONES A LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Aunque la teoría del consentimiento informado es cada vez más ampliamente aceptada en nuestra sociedad, no por ello dejan de existir objeciones a la misma que suelen mostrar algunos profesionales sanitarios, y que sin embargo no abaten el marco teórico de la implementación de la misma en la actividad médica del siglo XXI. Entre esas objeciones encontramos algunas como:

1.-"El consentimiento informado es un acto innecesario ya que la mayor parte de los pacientes no quieren tantas explicaciones".

Los promotores de esta idea sustentan que los pacientes en la mayor parte de las ocasiones no quieren recibir excesivas explicaciones por parte del médico, ya que estas son a menudo complejas e ininteligibles. Aunque este fenómeno es cierto en algunos casos, también es cierto que la mayor parte de los pacientes agradecen una información completa y detallada sobre todo de los riesgos inherentes a la intervención sanitaria, y del pronóstico de la misma. Probablemente el respaldar la teoría de que los pacientes no quieren explicaciones se apoya también en el hecho de que, en enfermedades agudas, los pacientes no demandan las mismas aclaraciones que enfermedades crónicas, o enfermedades graves.

2.- "El consentimiento informado es una intolerable injerencia de la sociedad y los jueces en el quehacer médico".

En una visión paternalista de la relación del paciente con el médico se piensa que deben ser los médicos los que definan la totalidad de sus obligaciones morales y que no debería aceptarse injerencias ni de la sociedad ni de la judicatura que definan cuáles son las obligaciones del médico. Algunos autores incluso sostienen que no se deberían a los médicos de pedir obligaciones legales sino solamente deontológicas. En base a esta visión, el consentimiento informado es considerado una injerencia de la sociedad en el quehacer del médico.

 © FEPSM

3.- “El paciente nunca llega a entender la naturaleza de la intervención en el ámbito sanitario, por eso el consentimiento informado es un acto casi simbólico. En la mayoría de los casos es solo una firma en un papel”.

Algunas opiniones opuestas al consentimiento informado argumentan que no es fácil saber transmitir, y mucho menos poder comprender algunos los actos médicos. En muchos casos el nivel de comprensión de los consentimientos informados es bajo, sin embargo, los pacientes suelen firmar el consentimiento informado a pesar de no haber entendido mucha de la información que se le proporcionó.

Contra esta objeción cabe significar que el consentimiento informado no pretende un conocimiento a nivel “de experto” por parte del paciente sobre su patología, sino que busca incrementar información de modo que facilite la toma de decisiones.

4.- “En muchas ocasiones el consentimiento informado no sirve más que para incrementar las preocupaciones que el paciente tiene sobre su enfermedad y sobre las intervenciones sanitarias”.

Los que sustentan esta objeción afirman que muchos consentimientos informados incluyen tal cantidad de potenciales complicaciones que incrementan la preocupación del paciente por su enfermedad. Sin embargo, los pacientes con una madurez suficiente para reconocer diversas opciones terapéuticas, así como el pronóstico y posibles complicaciones incrementa su confianza en el acto médico. Por otra parte, en muchas ocasiones sirve una información completa para disminuir los niveles de ansiedad en el paciente.

12. CONSENTIMIENTO INFORMADO EN SITUACIONES ESPECIALES

Aunque existe una doctrina general para el consentimiento informado, existen determinadas situaciones clínicas en las que el consentimiento informado adquiere una singularidad especial, y entre las que destaca la donación de órganos para trasplante.

12.1. El consentimiento informado en la donación de órganos de pacientes fallecidos

La necesidad de consentimiento del donante fallecido para proceder a la donación de órganos para trasplante es uno de los elementos más controvertidos desde una visión ética de la donación.

Existen diversas perspectivas para el análisis del consentimiento para donación en personas fallecidas. Entre estas perspectivas podemos considerar:

1) Existencia del documento para donación de órganos. Dentro de este grupo podemos incluir tres situaciones:

 © FEPSM

a) El consentimiento real positivo a la donación, evidenciable porque existe un documento específico (carnet de donante, registro de donante, etcétera) en el que la persona manifiesta su deseo de ser donante.

b) El consentimiento real negativo a la donación, evidenciable porque existe un documento específico (carnet de donante, registro de donante, etcétera) en el que la persona manifiesta su deseo de no ser donante.

   Desde el punto de vista ético, debe inferirse que tanto la existencia de un documento de manifestación positiva como negativa a la donación debería acompañarse de un proceso informativo completo que haya facilitado la opción de la persona.

c) Ausencia de documentos referente a la voluntad positiva o negativa para la donación de órganos.

2) Existencia de una expresión directa o indirecta del fallecido (no necesariamente documental) respecto a la donación de órganos. Desde esta visión, pueden existir las siguientes situaciones:

a) Consentimiento explícito (expreso o activo). En estos casos, antes del fallecimiento la persona ha manifestado de forma directa su deseo de ser donante. Habitualmente el consentimiento explícito se debería acompañar de una información suficiente que pudiera ser equiparable a la información que acompaña el consentimiento informado de cualquier intervención en el ámbito de la salud. La forma de expresar el consentimiento explícito puede ser bien a través de la firma de un documento de voluntades anticipadas, de consentimiento informado, de carnet de donante, inscripción en un registro de voluntades anticipadas o bien mediante la manifestación verbal a familiares o conocidos respecto al deseo de donación. El consentimiento explícito puede ser positivo a la donación, o negativo a la misma.

b) Consentimiento implícito (o deducible) interpretable como positivo. Cuando la persona no manifestó de forma directa su deseo de convertirse en donante, pero sugirió, de modo indirecto, actitudes compatibles con la donación (persona generosa, donante de sangre, etcétera).

c) Consentimiento implícito (o deducible) interpretable como negativo. Cuando la persona no manifestó de forma directa su deseo de convertirse en donante, pero sugirió de modo indirecto actitudes que no querría ser donante tras el fallecimiento (persona no generosa, explícitamente negaba donación de sangre, etcétera).

© FEPSM

El consentimiento implícito (positivo o negativo) pueden denominarse también "pasivo" o "tácito" e implica una presunción en cuanto a la donación.

d) Ausencia de consentimiento explícito, y de posibilidad de conocer consentimiento implícito. Se refiere fundamentalmente cuando el fallecido se trata de una persona en la que no existen pruebas documentales a favor o en contra de donación de órganos, y en la que no se conocen aspectos biográficos suficientes para inferir su deseo por no ser donante de órganos. En este tipo de situaciones no es aplicable la presunción relativa a la donación.

3) Aproximación normativa o legal a la aproximación a donación de órganos para fallecidos. Esta perspectiva es más que una aproximación al consentimiento, es una visión normativa/legal por la que se otorga el derecho (Estado, Sociedad) a la extracción de órganos para trasplante de acuerdo a una interpretación de hechos documentales (carnet de donante, voluntades anticipadas, registro de donantes, etcétera) o datos explícitos/implícitos (manifestación expresa, indiferencia de donación positiva implícita, etcétera). De acuerdo a esta perspectiva normativa podemos considerar:

a) Opting-in: solamente se puede realizar la extracción de órganos para trasplante cuando previamente, y de manera explícita, la persona había manifestado, antes de su fallecimiento su deseo de ser donante. El resto de personas fallecidas que no han expresado su voluntad de donar no pueden ser donantes de órganos y tejidos.

b) Opting-out. De acuerdo a esta aproximación normativa, se puede realizar la extracción de órganos para trasplantes en cualquier persona que haya fallecido siempre que ésta no hubiera manifestado su oposición explícita a ser donante.

Desde una perspectiva estrictamente ética de la autonomía de la persona fallecida solamente deberían considerarse donantes de órganos y tejidos aquellos en los que ha existido una expresión directa, y específica donación de órganos tras una información adecuada y completa que haya facilitado la expresión de la voluntad de donar. Sin embargo, desde una perspectiva de deontología social se puede argumentar, en contra de lo anterior, que dado el derecho que todos los ciudadanos tienen a ser receptores de órganos para trasplante, se impone la correspondiente obligación social de ser potenciales donantes.

12.2. Consentimiento informado en el donante vivo de órganos

Como se indica en el Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, "*Un órgano o tejido puede ser extraído de un donante vivo solamente cuando la persona ha dado su consentimiento libre e informado, por escrito, ante un organismo oficial. El donante tiene la libertad de retirar el consentimiento en cualquier momento.".*

© FEPSM

El proceso de información y consentimiento para la donación de órganos de donantes vivos de órganos es un elemento sustancial del procedimiento. El consentimiento informado no es un evento aislado en el que el donante imprime su firma en un documento, sino que se trata de un proceso progresivo, gradual, en el que los profesionales de la salud comparten con el donante toda la información pertinente y adecuada a fin de que éste conozca cuáles son las consecuencias seguras, y las consecuencias posibles que ocurrirán tanto para él como para el receptor del órgano.

Uno de los aspectos más conocidos del consentimiento informado en general es el hecho de que un paciente tiene derecho a renunciar a la información que le suministra el médico respecto a su enfermedad, y puede delegar en los médicos la toma de decisiones. Sin embargo, en el caso de la donación de vivo, la intervención sanitaria es realizada sobre una persona sana, y aquella no tendrá ningún beneficio directo sobre su salud del donante, pudiendo conllevar riesgos potenciales de daño en la persona donante. Por ello, en caso de donación de órganos de donante vivo debe siempre ir precedida de un completo proceso informativo.

El médico evaluará si el donante entiende completamente la información proporcionada, evaluará su capacidad de toma de decisiones y responderá cualquier pregunta que pueda tener el donante.

Tras ello, es aconsejable un tiempo de reflexión, lo cual otorga un mayor grado de libertad a la toma de decisiones. Finalmente se deberá realizar la firma del documento de consentimiento informado.

13. MARCO NORMATIVO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ESPAÑA

La libertad humana y del reconocimiento de la dignidad y valor de la persona, fueron reconocidos y plasmados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU del 10 de diciembre de 1948.

En el ámbito de la salud el derecho a decidir libremente fue incorporado a la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, otorgando un ámbito de libertad que abre al paciente un conjunto de derechos que, mediante la imposición de obligaciones a los hospitales y centros sanitarios, y que se insertan en el desarrollo de la correcta atención. Esta no solamente debe incluir la prestación científico-técnica, sino también el deber de información y respeto a las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente.

El gran impulso al desarrollo del consentimiento informado en España vino con la promulgación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía

 © FEPSM

del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Esta ley encuentra como fuentes de inspiración no solamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino también la Declaración sobre la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, promovida el año 1994 por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud, y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997. En dicho convenio se establece en su artículo 5: *"Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento*".

En la Ley 41/2002, se define el consentimiento informado 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 afecta a su salud".*

Entre los artículos más relevantes de dicha ley respecto al consentimiento e información al paciente se encuentran:

"CAPÍTULO I. Principios generales

Artículo 2. Principios básicos.

1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.

3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

5. Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención,

 © FEPSM

especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

6. Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

"CAPÍTULO IV. El respeto de la autonomía del paciente

Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

1. La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas

 © FEPSM

pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

4. La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones. 2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente."

© FEPSM

14. DECÁLOGO SOBRE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS MÉDICOS DE ESPAÑA

En el año 2016 la Comisión central de deontología del Consejo General de Colegios de Médicos de España elaboró un Decálogo sobre el Consentimiento Informado, que pretende ser un documento de carácter práctico para los médicos, recopilatorio de lo que establece la Ley de Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y del código de deontología médica español. El decálogo, dirigido a los médicos, es el siguiente:

1. Informar y ser informado son derechos y deberes fundamentales.

- Tanto ser informado como informar son derechos y deberes fundamentales del paciente y médico respectivamente. Son el eje de la relación médico-paciente, basados en la mutua confianza que siempre debe existir entre ambos. Ello exige una relación personal previa que te permitirá alcanzar un conocimiento del paciente, de sus necesidades y circunstancias. No los tomes como simples actos burocráticos, ni como una prueba documental más que la ley te exige para exculparte de una posible responsabilidad profesional.

2. Tanto la información como el consentimiento informado son de una enorme trascendencia legal (Ley 41/2002, de 14 de diciembre).

- Informar y obtener el consentimiento informado forman parte de la “lex artis” médica, tal como reconoce la normativa legal, deontológica y la reiterada jurisprudencia. Recuerda que es una obligación inexcusable del médico y su ausencia o incorrección generará responsabilidad deontológica, administrativa y legal cuando exista daño. La conducta del médico debería guiarse por razones deontológicas, porque existe un deber deontológico, pero de no ser así, hazlo al menos por razones legales, te evitará y evitarás muchos problemas.

3. Modo de practicarlos.

- La información y el consentimiento informado deben asumirse directamente por el médico que realiza o, en su caso, el que indica el acto asistencial y se realizarán con la debida antelación para que el paciente pueda reflexionar. Debes ponerte en el lugar del paciente, informar de modo próximo, empático, con capacidad de generar confianza y en un clima que facilite resolver cuantas dudas se puedan plantear.

- No es correcto entregar al paciente un consentimiento informado estándar para que lo firme sin más, con la única finalidad de cubrir el trámite administrativo, porque ni cumples con el paciente, ni te defiendes de posibles reclamaciones.

4. Carácter y contenido de la información de un consentimiento informado.

© FEPSM

- En la misma no debe faltar la naturaleza y la finalidad de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Será suficiente, verdadera y leal, no deberá inducir alarmas, ni esperanzas injustificadas.
- Siempre deberá ser individualizada, adecuada a las circunstancias y necesidades de cada paciente, atendiendo a su nivel cultural y capacidad cognitiva.
- Debes transmitir la información que sea adecuada para que se pueda tomar la decisión.
- No asumas, ni comprometas resultados o expectativas difíciles de alcanzar, a lo sumo exprésate en términos de probabilidad.
- Como fórmula final, se aconseja incluir que si surgen complicaciones, el centro sanitario está preparado para responder ante ellas y el médico responsable nunca abandonará al paciente durante todo el proceso.

5. Respeto a negarse a recibir información. Casos de gravedad o mal pronóstico.

- El médico debe respetar el derecho del paciente a no ser informado. La "obstinación informativa", - a veces usada como medicina defensiva -, es altamente indeseable por el daño que puede ocasionar.
- Si la información incluye datos de gravedad o mal pronóstico, por ejemplo, situaciones al final de la vida, el médico deberá esforzarse en saber si es necesaria y si lo fuera lo harás con suma delicadeza, de manera que evite dentro de lo posible perjudicar al paciente.

6.-Forma del consentimiento informado: verbal o escrito.

- El consentimiento por norma general debe ser verbal, dejando siempre constancia en la historia clínica.
- Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo, de los que podría derivarse grave daño (intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores) el médico debe obtener el consentimiento por escrito, que será complementario del primero. En estos casos asume personalmente toda la responsabilidad y confirma que el paciente entendió y comprendió la información y que se han seguido todos los pasos previstos en la ley.

7. Límites o excepciones al consentimiento informado.

- Recuerda que puede obviarse el consentimiento informado en caso de riesgo para la salud pública o si existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica de un enfermo del que no se puede conseguir su autorización. En estos casos el

© FEPSM

médico es el árbitro y debe consultar, si las circunstancias lo permiten, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

8. Consentimiento por representación.

- El Consentimiento por representación, emitido por el representante legal o por personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, se solicitará:
- Si el paciente no es capaz de tomar decisiones, o si su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación.
- Si el paciente tiene la capacidad modificada judicialmente (incapaces legales) y así consta en la sentencia.
- Si el paciente menor de edad no es capaz intelectual, ni emocionalmente de comprender el alcance del acto médico.

9. Consentimiento en menores e incapaces.

- En caso de menores e incapaces, el médico debe de tratar de informarles y contar con su opinión en el sentido de sus posibilidades, con objeto de que puedan participar y decidir en su proceso asistencial.
- Entre 12 y 16 años será determinante la madurez del menor; y en caso de mayores de 16 años o emancipados, decidirán por sí solos.
- No obstante, en casos de gravedad o riesgo significativo importante, decidirán los padres o tutores, atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y con respeto a su dignidad personal.
- No olvides que con los menores e incapaces, el médico se convierte en su garante en aquello que pueda ser más favorable para ellos, solicitando el auxilio judicial siempre que vea en peligro sus derechos. Además, recuerda que el médico está obligado a adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de su vida o salud hasta que obtenga la resolución judicial correspondiente.

10. Conclusión.

- Cada caso clínico y cada paciente puede plantear una situación distinta, por lo que el médico de conocer la exigencia legal y aplicarla correctamente.
- Recuerda que, con criterio general, siempre prevalecerá la autonomía del paciente o lo que más y mejor favorezca sus intereses.
- Cada paciente tiene sus peculiaridades por lo que difícilmente su caso encajará en un consentimiento informado estándar.

© FEPSM

BIBLIOGRAFÍA

- Appelbaum PS, Lidz ChW, Meisel A. Informed Consent Legal Theory and Clinical Practice. New York: Oxford University Press;1987.
- Arias, Norberto. (2002). El consentimiento informado. Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social. 10. 85-95.
- Beauchamp TL, Childress JF. Principles of biomedical ethics. 5th Ed. New York/Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Bhupathi PA, Ravi GR. Comprehensive Format of Informed Consent in Research and Practice: A Tool to uphold the Ethical and Moral Standards. International journal of clinical pediatric dentistry. 2017;10(1):73-81. Epub 2017/04/06.
- Casares M. Aspectos éticos de la donación renal. Nefrología : publicación oficial de la Sociedad Española Nefrología. 2010;30((Suppl 2).
- Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica. Madrid: CGCOM;Julio de 2011.
- Convenio Europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina. 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. Oviedo, 4 de Abril de 1997.
- Decálogo del Consentimiento Informado. Elaborado por la Comisión Central de Deontología de la Organización Médico Colegial.En: http://www.cgcom.es/sites /default/files/u183/decalogo_del_consentimiento_informado.pdf
- Declaración de la Comisión Central de Deontología sobre “Actualización sobre asistencia médica al menor maduro en situaciones sobre rechazo al tratamiento”. Madrid: CGCOM; mayo de 2015 y 13 de mayo de 2016.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de fecha 19 de octubre de 2005.
- Faden R, Beauchamp R. A History and Theory of Informed Consent.Oxford: Oxford University Press; 1988.
- Fry ST. Ethical issues in clinical research. Informed consent and risks versus benefits in the treatment of primary hypertension. The Nursing clinics of North America. 1989;24(4):1033-9. Epub 1989/12/01.
- Gill MB. Presumed consent, autonomy, and organ donation. The Journal of medicine and philosophy. 2004;29(1):37-59. Epub 2004/09/29.

© FEPSM

- Hall DE, Prochazka AV, Fink AS. Informed consent for clinical treatment. CMAJ: Canadian Medical Association journal = journal de l 'Association Medicale Canadienne. 2012;184(5):533-40. Epub 2012/03/07.
- Justice Benjamin Cardozo, 1914 (Schloendorff v the Society of the New York Hospital, 211 NY 125 105 NE 92 1914 LEXIS 1028 (1914).
- Kottow, Miguel, Saada, Alya. Participación informada en clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados. Oficina de la UNESCO en México D.F. Universidad Nacional de Colombia. 2007.
- Kukathas, Chandran. El archipiélago liberal.2019. Editorial Deusto.
- 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.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Sulmasy Lois Snyder, Bledsoe Thomas A, MD; for the ACP Ethics, Professionalism and Human Rights Committee. Ann Intern Med. 2019;170:S1-S32. American College of Physicians Ethics Manual. Seventh Edition. Informed Consent: General Considerations for Physicians.
- Paterick TJ, Carson GV, Allen MC, Paterick TE. Medical informed consent: general considerations for physicians. Mayo Clinic proceedings. 2008;83(3):313-9. Epub 2008/03/05.
- Saunders B. Normative consent and opt-out organ donation. Journal of medical ethics. 2010;36(2):84-7. Epub 2010/02/06.
- Villanueva Cañadas E, Hernández Gil A. Consentimiento Informado en la asistencia sanitaria. Título de experto en ética médica. 3ª Edición. Fundación para la formación. Organización Médica Colegial.
- Problemas prácticos del consentimiento informado. Edita: Fundació Víctor Grífols i Lucas. Barcelona. 2002.

© FEPSM

6

¿Existe una imposición social de conductas saludables?

PABLO MALO

"*Puesto que la vida es una enfermedad universal, hereditaria, de transmisión sexual e incurable, que en todos los casos termina con la muerte, el vivirla plenamente exige que se mantenga un equilibrio entre los riesgos que son razonables y los que no lo son."*

-Petr Skrabanek, Sofismas y Desatinos en Medicina.

En la cultura occidental coexisten dos formas de ver la enfermedad. Una es la tradición de la Antigüedad clásica, del Corpus hippocraticum y de la obra de Galeno, según la cual la enfermedad es un fenómeno puramente natural explicable en términos físicos y tratable de la misma manera. Según esta tradición, la enfermedad se debía a un desequilibrio en los humores, mientras que las grandes epidemias y las enfermedades endémicas eran resultado del miasma: la corrupción del aire causada por las aguas estancadas, las exhalaciones humanas, materias putrefactas e incluso la influencia maligna de las estrellas.

Pero al lado de esta tradición y eclipsándola durante quince siglos tenemos la tradición cristiana basada en el enlace bíblico entre pecado y enfermedad. Históricamente la salud ha sido asociada con la moralidad del mismo modo que la inmoralidad lo ha sido con la enfermedad. El estigma que en los tiempos modernos se asocia a aquellos que se dan gusto a sí mismos a costa de su salud es la última versión de una viejísima asociación entre enfermedad y pecado. En muchas sociedades primitivas la enfermedad es una de las muchas formas de desgracia que pide una explicación en términos de la culpabilidad moral de alguien. Como ocurría entre los antiguos israelitas, se pensaba que vulnerar las prohibiciones rituales vendría seguido de enfermedades y epidemias. Las reglas sanitarias de Moisés o Mahoma tenían una fuerza que era a la vez moral, religiosa y prudente. Durante la Edad Media se esperaba que, así como los santos curaban enfermedades, los pecadores serían castigados con enfermedades apropiadas a su respectiva forma de delincuencia. Así, por ejemplo, en la literatura homilética (sermones y homilías) cada uno de los siete pecados capitales se asociaba a una condición patológica del cuerpo. El orgullo (inflarse uno mismo) se simbolizaba por tumores e inflamaciones. La pereza conducía a parálisis y gangrenas. La gula significaba obesidad y ascitis. La lujuria producía flujos, descargas, piel leprosa y, a partir del siglo XVI, la sífilis. La avaricia se asociaba con la gota y la hidropesía. La envidia con la ictericia, venenos y fiebre. La ira con el bazo, el frenesí y la locura. Todo esto es muy alegórico y poético, por supuesto, pero la gente se lo tomaba literalmente como indicaciones

© FEPSM

de los males que caerían sobre los pecadores. Esta visión de que la enfermedad viene del pecado se mantiene en los siglos siguientes prácticamente en toda Europa."

"Pero no son sólo los curas los que enseñaban que los individuos tienen el deber moral de cuidar su salud. Los Estados-nación modernos tenían un interés obvio en asegurar que la población podía proporcionar ejércitos eficientes cuando fueran necesarios. Tampoco hay que perder de vista que la propia tradición galénica conllevaba la obligación del autocuidado, de intentar llevar una vida saludable, y que la enfermedad era también un castigo por no seguir las reglas de la salud, aunque no un pecado. Los propios términos médicos tienen connotaciones morales. El aire malo está corrupto, las casas están contaminadas y las epidemias son pestilentes. Pero dentro de este esquema, algunas enfermedades son objeto de reprobación moral con más facilidad que otras porque se ven «sucias», más repulsivas o más asociadas con el vicio. En este grupo tenemos evidentemente las enfermedades venéreas (sífilis, gonorrea...). Tanto es así que, en su momento, el descubrimiento de la penicilina fue lamentado por algunos como un estímulo a la promiscuidad sexual. Se recomendaba evitar la actividad sexual excesiva (no hace falta recordar la condena de la masturbación hasta tiempos recientes) y el ejercicio físico. La gota en el siglo XVIII se asociaba a comer demasiado, a la glotonería, y por tanto era «culpa del paciente». El consumo de tabaco, por ejemplo, fue controvertido desde su introducción en Europa, al ser defendido por unos y atacado por otros.

"A finales del siglo XIX, con el descubrimiento de los gérmenes (Robert Koch y sus postulados), se produce un giro hacia el modelo galénico de nuevo, y se acepta que existen unas causas naturales biológicas de la enfermedad, unos microorganismos «causales» para cada enfermedad. La revolución bacteriológica tuvo el efecto de «despersonalizar» la enfermedad. Bajo el microscopio, ya no podían tener la misma «carga» moral que en el pasado. El microorganismo era la causa de la enfermedad y se desconectaba así la enfermedad de su asociación histórica con el pecado. Seguía habiendo unas enfermedades con un significado moral poderoso, como la enfermedad mental, el alcoholismo o las enfermedades venéreas, pero la enfermedad ya no reflejaba necesariamente los atributos personales del individuo enfermo. Durante las primeras décadas del siglo XX se produjo, por así decirlo, una «desmoralización» de la enfermedad: se redujo la responsabilidad individual y la enfermedad empezó a verse como un fenómeno científico y laico, libre de lazos morales. Y esto trajo de la mano un aumento del estatus y la autoridad de la profesión médica, cuyo prestigio aumentó enormemente con respecto al nivel anterior al descubrimiento de los microbios."

© FEPSM

LA RELIGIÓN DE LA SALUD

“Pero a lo largo del siglo XX el panorama volvió a cambiar poco a poco. La promesa de Paul Ehrlich de las «balas mágicas» de una solución para cada enfermedad empezó a desvanecerse porque los problemas persistentes del cáncer, las enfermedades cardiovasculares, los accidentes cerebrovasculares, la diabetes y otras enfermedades crónicas no tienen una única causa, y poco a poco se convirtieron en la principal causa de muerte en Estados Unidos y en los países desarrollados. Este cambio de las enfermedades infecciosas a las enfermedades crónicas produjo un nuevo giro en las ideas morales acerca de la enfermedad. Surgió una «nueva epidemiología». De rastrear microbios que se pensaba que eran la «causa» de la enfermedad, se pasó a identificar «riesgos» y a hablar de «factores de riesgo» y de la relación de la enfermedad con el ambiente del huésped y sus conductas. Esta nueva epidemiología tenía un enorme potencial para la categorización moral de un amplio rango de conductas y fenómenos sociales. Uno de los primeros factores de riesgo identificado fue el tabaco, aunque su aceptación médica y social tardó en llegar (el informe del Servicio Federal de Sanidad de 1964), pero pronto se incluyeron otros como el trabajo, la dieta y el ejercicio, y los investigadores empezaron a recomendar tres comidas al día, un desayuno fuerte, no picar entre comidas, dormir mucho, consumir poco alcohol, etc., como claves para una vida larga y saludable.

La responsabilidad de la salud y la longevidad se depositó sobre los individuos. Opiniones como las de John Knowles, presidente de la Fundación Rockefeller, fueron calando poco a poco en la sociedad: «La mayoría de la gente no se preocupa de su salud hasta que la pierde. [...] [E]l derecho a la salud hay que sustituirlo por la obligación de preservar la propia salud». La enfermedad dejó de verse como fruto del azar para considerarse un fallo al no tomar las precauciones adecuadas, un fallo del control individual, una falta de autodisciplina, un fallo moral intrínseco, en definitiva. ¿Hay un derecho a la salud o un deber de estar sano?

El compromiso y la entrega al ejercicio, por ejemplo, prometían no sólo salud sino una auténtica «salvación» o «renacimiento», en palabras de George Sheehan. No se hacía énfasis en los deportes de equipo, sino en la batalla individual: correr, el jogging, footing, el ejercicio aérobico y la dieta, es decir, autodominio, autonegación, tenacidad... (da igual que Jim Fixx, un defensor del running muriera de un infarto al corazón mientras corría). La nueva ética podría resumirse así: «Los individuos pueden y deben ejercer un control fundamental sobre su salud por medio de una evitación cuidadosa y racional de los factores de riesgo. Y según esta nueva ética aquellos que siguieran asumiendo factores de riesgo deberían ser responsables y asumir las consecuencias.

Sin embargo, identificar simplemente conductas individuales como el principal vehículo de riesgo niega el hecho de que la propia conducta está muchas veces más allá del alcance del individuo. La conducta está modelada por poderosas corrientes —culturales y psicológicas, así como biológicas— que no están bajo el control del individuo. Conductas

 © FEPSM

como fumar cigarrillos son fenómenos socioculturales no sólo individuales o necesariamente elecciones racionales. El énfasis en la responsabilidad individual es negar que unos grupos son más susceptibles que otros a ciertas conductas de riesgo (por ejemplo, en 1985 los negros fumaban más que los blancos), que la conducta no es simplemente un asunto de elección. Sin embargo, los individuos que «eligen» esos riesgos son considerados ignorantes, estúpidos y autodestructivos. El supuesto es que la enfermedad puede evitarse siguiendo una serie de recomendaciones, es decir, que los individuos podemos tener el control de nuestras vidas y de nuestra salud. Tomemos como ejemplo la campaña antidroga «Just say no» (Simplemente di no) de los años ochenta en Estados Unidos. Implícita en esta campaña educativa está la asunción de que la autonegación, resistir y decir no, puede solucionar un complejo problema social. El problema del abuso de drogas ya no refleja ciertas condiciones sociales, sino que radica dentro del individuo. Simplemente di no, y arreglado. Y, de igual manera, simplemente haz ejercicio y come lo justo, y arreglado."

Un ejemplo clarísimo de lo que estamos hablando fue la epidemia de sida y lo estamos viendo ahora con la pandemia de la COVID-19. En el caso del sida, los que se infectaron eran responsables de su enfermedad, el sida estaba causado por un fallo moral del individuo. Los fantasmas medievales resurgieron en pleno siglo XX . Si los individuos toman riesgos de forma voluntaria, entonces, según este modelo, deben ser responsables de las enfermedades que padezcan. Y este discurso fue asumido por las compañías de seguros y las agencias nacionales de salud, incluso. Lo mismo ha ocurrido con la pandemia de la COVID-19.

Ésta es la situación que estamos viviendo en los tiempos actuales. Podríamos esperar que, a medida que la ciencia avanza, los conceptos morales desempeñarán un papel cada vez menor en la identificación y el tratamiento de la enfermedad, pero podría ocurrir también justamente lo contrario. Con el envejecimiento de la población y el predominio de las enfermedades crónicas, muchas de las cuales se desarrollan lentamente, aumentan las oportunidades de atribuir la culpa a aquellos que no tomen medidas protectoras. El enfoque epidemiológico de identificar factores de riesgo, muchos de los cuales son conductuales, y teóricamente voluntarios, ofrece nuevas oportunidades de atribuir responsabilidad y culpa. A medida que la medicina crece y asume la responsabilidad de problemas que antes eran territorio de la familia, de la Iglesia o de los vecinos, la medicina se está entrelazando cada vez más con valores sociales y sistemas morales. La pareja enfermedad/pecado sigue tan unida como siempre.

Lo expresa muy bien Peter Skrabanek:

"El culto de la salud es una ideología poderosa que, en las sociedades modernas y laicas, ha llenado el vacío dejado por la religión. Como cualquier sucedáneo de la religión, tiene un amplio poder de convocatoria, especialmente entre las clases medias, que han perdido sus lazos con la cultura tradicional y se sienten cada vez más inseguras en un mundo que

 © FEPSM

cambia con rapidez. La salud puede llegar a ser un camino para lograr la salvación. Si la muerte es el punto final, quizá lo inevitable pueda posponerse indefinidamente. Y si la enfermedad puede conducir a la muerte, se debe prevenir mediante rituales propiciatorios. Los justos se salvarán y los mezquinos perecerán."

EL SANITARISMO Y EL SEGURISMO

Petr Skrabanek y otros autores han denunciado lo que en inglés se llama Healthism y que en español podríamos traducir como Sanitarismo, Salubrismo o Higienismo. Se trata de considerar la salud como un valor absoluto que está por encima de cualquier otro principio moral, incluido por supuesto la libertad individual. El sanitarismo es la idea de que la salud de una persona es enteramente su responsabilidad. Concede una importancia moral al mantenimiento de una buena salud y el individuo tiene la obligación moral de estar sano.

Otro concepto que se ha puesto de moda recientemente, sobre todo a partir del COVID, es el llamado Safetism en inglés, que podríamos traducir como Segurismo, es decir colocar la seguridad por encima, de nuevo, de la libertad y de cualquier otro valor.

Estos valores morales del Sanitarismo y el Segurismo surgen en una sociedad y una cultura caracterizada por los Estados Niñera (Nunny State). Se llama estado niñera en los países anglosajones a las políticas que buscan regular los «vicios» de la gente con el fin de modificar hábitos y mejorar los índices de salud de la población. El término se ha aplicado a medidas como el uso del cinturón de seguridad o el casco de los ciclistas pero también a medias sanitarias como el control de bebidas azucaradas, el tabaco o el alcohol y las drogas. Tenemos aquí la vieja tensión entre los límites de la intervención del Estado y los límites de la libertad del individuo. Sobre este dilema, es interesante esta revisión reciente[1]. El problema es que estamos pasando -y todo indica que se va a acelerar este paso- de estados niñera a una Dictadura de la Salud. Cuando se combina el totalitarismo y el avance tecnológico en aras de la "perfección social", corremos el riesgo de sacrificar la libertad del individuo.

Personalmente, considero acertada la visión de este problema que Petr Skrabanek nos dejó en sus libros, especialmente en la Muerte de la Medicina con Rostro Humano. Skrabanek no niega el papel de los estilos de vida individuales en la enfermedad, pero apela a la libertad individual como valor supremo y rechaza la intromisión del estado en el comportamiento de

[1] Nancy Karreman, Yuru Huang, Natalie Egan, Lauren Carters-White, Benjamin Hawkins, Jean Adams, Martin White, Understanding the role of the state in dietary public health policymaking: a critical scoping review, *Health Promotion International*, Volume 38, Issue 5, October 2023, daad100, https://doi.org/10.1093/heapro/daad100

© FEPSM

las personas, sobre todo a través de la Medicina Coercitiva. En el prólogo de la Muerte de la Medicina con Rostro Humano nos dice:

"Los caminos hacia la falta de libertad son muchos. En uno de ellos los indicadores llevan la inscripción: SALUD PARA TODOS…Este libro trata de los peligros del culto a la salud ("healthism"), de los peligros de una ideología de "salud nacional". Todos tenemos derecho a hacer lo que queramos con nuestras vidas, a tener autonomía para buscar nuestra propia felicidad, a vivir libremente como el salvaje en el libro "Un Mundo feliz" de Huxley. Las ideologías totalitarias emplean la retórica de la libertad y la felicidad basadas en falsas promesas de un futuro feliz para todos… A quienes no reconocen, o no quieren reconocer, la naturaleza utópica del movimiento de promoción de la salud, mis críticas les parecerán, en el mejor de los casos, desinformadas, y en el peor, misantrópicas y maliciosa. ¿Cómo puede la búsqueda de la salud derivar en una pérdida de libertad? ¿Acaso no es la salud una condición necesaria para la libertad? ¿Es un hombre libre y moribundo más feliz que un esclavo sano?"

El libro costa de tres partes, en la primera parte se aborda el exceso de culto de la salud (el "healthism" o sanitarismo del que ya hemos hablado), es decir la "obligación" o deber de los ciudadanos de estar sanos, para que en el momento de caer enfermos y de requerir los cuidados del sistema sanitario, estar libres de culpa, o de pecado, al haber llevado un estilo de vida "sano e irreprochable". El autor señala de forma muy importante que "El control directo que un individuo puede ejercer sobre su salud personal es muy pequeño si se compara con el que ejercen los factores hereditarios, el medio ambiente y el azar".

EL EVANGELIO DEL ESTILO DE VIDA

"No fumo ni bebo. No ando por ahí hasta tarde y no me acuesto con chicas. Mi dieta es sana y hago ejercicio con regularidad. Todo esto cambiará cuando salga de la cárcel."

-grafiti anónimo

En la segunda parte trata del "Evangelio del estilo de vida" de la atribución "al estilo de vida" (Lifestylism) de la responsabilidad de nuestra salud y de nuestra longevidad. Si llevamos un estilo de vida saludable viviremos mucho tiempo y lo haremos con una buena salud. Cuando la muerte golpea "antes de tiempo", el estilo de vida de la víctima se convierte en objeto de escrutinio. La muerte no ocurre porque sí. Hay que culpar a algo o a alguien. Cuando una persona muere de una "enfermedad prevenible", como un cáncer o una cardiopatía, los médicos pueden "explicar" la muerte por un "comportamiento" poco saludable, es decir, por la mala conducta de la persona. Este enfoque nos da una ilusión de control, lo mismo que nos ofrecen los rituales religiosos, ya no nos sentimos perdidos ante la incertidumbre y la muerte.

© FEPSM

Cuenta Skrabanek que ya en 1991 aparecieron titulares como "El estilo de vida británico La salud de la nación", según el cual el 85% de las muertes por cáncer eran "evitables" y las muertes por enfermedades cardiovasculares debían reducirse en un 30% para el año 2000. Para lograr este objetivo, se propugnaban cambios radicales en el estilo de vida de la población. Una de las justificaciones de la intervención gubernamental en la vida de las personas es que redunda en su propio interés, aunque no se den cuenta de ello por ser tontas, estúpidas o irresponsables. Este argumento es difícil de refutar si quienes tienen el poder de coaccionar a los demás para que cambien sus costumbres también tienen el monopolio de definir lo que es tonto, estúpido o irresponsable.

Este giro de poner el foco en el estilo de vida y en factores de riesgo supone también un cambio brusco del antiguo estilo médico, que consistía principalmente en atender a los enfermos, a un nuevo estilo de asistencia “anticipatoria”. La medicina anticipatoria es sinónimo de medicina proactiva o de "mantenimiento" de la salud, término acuñado por analogía con el mantenimiento de los automóviles. Las personas pasan controles y revisiones de forma similar a como lo hacen los vehículos. Y en esas revisiones se nos examina sobre nuestros hábitos de vida y se nos aprueba o suspende con base en nuestras conductas, como cuando uno iba al cura a confesarse. Es lo que Iván Illich llamaba la medicalización de la vida.

Por otro lado, esto otorga un gran poder al médico, que es el sacerdote de esta nueva religión. Aunque la profesión médica no tiene históricamente fama de llevar un estilo de vida muy ejemplar (no era raro hasta hace poco ver a médicos fumadores, bebedores y obesos recomendar a sus pacientes que no fumen, no beban y hagan ejercicio), el control del estilo de vida de los demás aumenta su poder. El poder de la profesión médica reside en su autoridad moral, carismática y científica: los médicos se hacen pasar por científicos o por representantes de la ciencia. La autoridad moral de los médicos rara vez se ha cuestionado, ya que los médicos están del lado de los ángeles; luchan contra el mal, el sufrimiento y la muerte. Todo esto es muy halagador para los médicos y es mucho pedir que renuncien a ese poder.

Este nuevo estilo de vida saludable convierte a la salud en un producto de consumo y a la promoción de la salud es un gran negocio: los corredores compran y consumen cantidad de cosas: ropa, cuentapasos, etc., nutricionistas, productos dietéticos, relojes de última generación que miden todas nuestras constantes…

La cuestión aquí sería preguntarnos si todos estos procedimientos saludables para alargar la vida en realidad la acortan, como hizo un joven de 15 años que respondió a The Times y preguntó:

“Señor, en relación con el actual entusiasmo por hacer footing para alargar la vida, me permito señalar que si uno hiciera footing 16 kilómetros al día, entonces, habiendo vivido

 © FEPSM

hasta la madura edad de 80 años, uno habría hecho footing durante aproximadamente nueve años... ¿Merece la pena?"

Vuelvo a insistir en el componente moral que existe detrás del evangelio del estilo de vida: los estilos de vida "de riesgo" que se nos anima a evitar son a menudo los que se apartan de la visión puritana de clase media de lo que debería ser; la visión de que actividades tan placenteras como beber, comer en exceso y el sexo deben ser perjudiciales y, por tanto, deben erradicarse.

Por último, señala Skrabanek que estas actividades para prolongar la vida, como el deporte, pueden poner en peligro la salud (riesgo de lesiones como fracturas, etc.), pero como se consideran moralmente intachables, no hay advertencias sanitarias en los equipos de ala delta, los crampones de los alpinistas o la ropa de los corredores. Del mismo modo, si desde el punto de vista económico aplicáramos el principio de equidad, igual habría que penalizar, por ejemplo, a los no fumadores ya que, por su vida prolongada, consumen una parte injusta de los pagos de la seguridad social y las pensiones.

MEDICINA COERCITIVA

Los médicos no se contentan con ocuparse sólo de los enfermos, sino que además corrompen la salud misma, por temor a que los hombres escapen en algún momento a su autoridad.

-Montaigne

Pero es en la tercera parte donde habla de la Medicina Coercitiva que nos interesa más para nuestro tema de estudio. Aquí expone cómo las obligaciones morales anteriormente expuestas dan lugar al desarrollo de una conducta universal aceptando la salud como término de felicidad, y que será impuesta por el Estado, con la ayuda, a menudo voluntaria, de la clase médica. La medicina está alterando su finalidad pasando a la tiranía médica; ya no se ofrece información adecuada para que el enfermo elija y acepte su riesgo, sino que obliga a la racionalidad de cualquier comportamiento. Desde el punto de vista del paciente el médico se encuentra embebido de un halo moral, científico y carismático irrefutables; sin embargo, es como mínimo dudoso en muchos casos. De esta visión elitista se sirve el Estado para mantener el control social, junto a jueces, religiosos, educadores y filósofos.

El médico se convierte así en un agente del Estado. Tradicionalmente, el médico ha sido el servidor individual de su paciente basando siempre sus decisiones en el interés individual de su paciente. Sin embargo, los médicos de la sanidad pública, de las administraciones públicas o de las compañías de seguros o de la industria tienen, por la naturaleza de su contrato, lealtades diferentes. Dado que toda esta vigilancia y control no se expresa en términos de poder, sino en el lenguaje de la "ciencia", se da a entender que las decisiones

 © FEPSM

médicas son políticamente neutrales y científicamente objetivas. Esto hace que su uso por parte del Estado sea peligroso, ya que se oculta su verdadera naturaleza.

Lentamente, creo que estamos deslizándonos hacia un sistema en el que el Estado ha empezado a utilizar sus recursos para imponer una "felicidad" a los ciudadanos, un "estilo de vida" que cada vez viene más prescrito por el Estado. Es ya vieja la noticia de que se había desarrollado en Japón un retrete inteligente que mide automáticamente los índices de salud y enfermedad en las heces y la orina, y si el usuario introduce un dedo en un dispositivo incorporado en un lateral del inodoro, éste proporciona un registro instantáneo de la frecuencia del pulso y la presión arterial. Hoy en día ese retrete podría medir muchas más cosas y convertirse así en un instrumento de control. Con la experiencia de lo que ha ocurrido durante la pandemia COVID, se podría diseñar perfectamente un sistema que si detecta que el sujeto tiene fiebre no le va a dejar salir de casa, por ejemplo. El Estado podría tener controlados a todos los ciudadanos.

En 1971, el sociólogo estadounidense Irving Zola describió la medicina como una importante institución de control social. Dado que el control social es de gran importancia para el Estado, éste tiene mucho interés en establecer una relación amistosa con la profesión médica y utilizar sus conocimientos para fines económicos y políticos.

Estas cosas se han visto históricamente en la Alemania nazi, por ejemplo. La culminación de la "higiene social" al servicio del Estado se alcanzó en el Tercer Reich. Gesundheit ist Pflicht (la salud es un deber) era el lema dominante. Se hace hincapié en la prevención más que en la atención sanitaria individual. El médico era el agente del Estado. La salud era la normalidad, la enfermedad era el resultado de un estilo de vida poco saludable o un signo de degeneración hereditaria. La glorificación de la salud (que se equiparaba a la belleza) y la inculpación de los enfermos recibían el apoyo incondicional de la profesión médica. Josef Goebbels declaró que beber café era un acto antipatriótico.

A nivel filosófico, esta Medicina Coercitiva bebe del principio de que la salud es un valor absoluto que está por encima de otros tipos de valores. Esto es algo que debemos criticar. Es verdad que los médicos por deformación profesional consideramos la salud como una valor supremo pero hay que entender que los ciudadanos pueden tener otras prioridades. Quizá es una forma un tanto burda de expresarlo pero Craig Clairborne, editor gastronómico de The New York Times defendía así su derecho a ser tonto:

“Me encantan las hamburguesas, el chili con carne y los perritos calientes. Y el foie gras y el Sauternes y esas pequeñas aves conocidas como ortolanos. Me encantan los banquetes de huevos de codorniz con salsa holandesa, y los clambakes con bogavantes y los crepes rellenos de nata. Y si abrevio una hora mi estancia en esta tierra, sólo digo que no tengo ningún deseo de ser Matusalén, con cien o más años y aún vivo.”

© FEPSM

Como suele decirse, si llevas una vida muy sana la vida se te va a hacer muy larga y aburrida. Como refleja el grafiti que he citado más arriba, una vida sana es en el fondo una vida carcelaria sin alicientes.

Esta ingeniería social para el control de la población y para instaurar una Medicina Totalitaria y un Fascismo sanitario dispone hoy en día de una tecnología que Skrabanek intuía pero que ahora ya es una realidad. Es muy preocupante, por ejemplo, lo que está ocurriendo en China con el sistema de créditos, algo que recuerda peligrosamente a los sistemas de castas que han existido históricamente.

EL SISTEMA DE CRÉDITOS

El sistema de crédito social chino es un amplio marco regulador destinado a informar sobre la "fiabilidad" de particulares, empresas y entidades gubernamentales de todo el país[2].

Integrado en un marco regulador, el "sistema de crédito social de China" (también conocido como "sistema de clasificación de China") se refiere a una variada red de iniciativas destinadas a aumentar el grado de "confianza" en la sociedad china. El objetivo del sistema de crédito social es facilitar que las personas y las empresas tomen decisiones empresariales con pleno conocimiento de causa. Una puntuación alta en el crédito social será un indicador de que se puede confiar en alguien en un contexto empresarial.

El sistema de crédito social de China, aunque todavía en desarrollo, es posiblemente una extensión de los rankings y clasificaciones sociales existentes en China desde hace milenios. Las consecuencias de una mala puntuación en el crédito social pueden ser graves. Puede afectar a las perspectivas de viaje, el empleo, el acceso a la financiación y la capacidad de celebrar contratos. Por otro lado, una puntuación crediticia positiva podría facilitar una serie de transacciones comerciales. Existen una listas negras (los malos) y unas listas rojas (los buenos).

Una cuestión interesante es la utilización de la tecnología en este sistema. Los chinos usan mucho las cámaras de reconocimiento facial, el control del uso de las redes sociales y actualmente la IA abre un nuevo frente de nuevas posibilidades.

Por ahora, hasta donde conozco, no se ha utilizado en temas relacionados con la salud, pero las posibilidades para hacerlo son muy claras. Antes hemos hablado de los retretes inventados en Japón hace ya décadas. Con toda esta nueva tecnología que acabamos de comentar es perfectamente factible crear un sistema de “Inspección Sanitaria” que controle el ejercicio que hacemos, la dieta que llevamos, etc., y que nos adjudique una puntuación

[2] China social credit system explained- What is it and How does it work
https://joinhorizons.com/china-social-credit-system-explained/

 © FEPSM

con base a nuestro desempeño. El acceso a los servicios sanitarios podría venir condicionado por la puntuación de cada uno y a las personas con una mala puntuación se les podría negar determinados servicios o tendrían que pagar más por los mismos.

CONCLUSIÓN

No existe actualmente una imposición de conductas sanitarias aunque vemos un desarrollo tanto a nivel filosófico, tecnológico y social que sugiere que podemos desembocar muy fácilmente en una dictadura de la salud o en un fascismo sanitario donde a los ciudadanos se les impongan determinadas conductas en aras de un valor supremo, “La Salud”, muy vinculado a la “Felicidad”.

Las experiencias vividas durante la pandemia COVID considero que han aumentado las probabilidades de que nos vayamos deslizando en esa dirección. Según una encuesta realizada en enero de 2022, El 30% de los demócratas creía que había que quitarles los niños a los padres no vacunados y casi el 50% de los demócratas creía que los no vacunados debían ser enviados a campamentos[3]. Lo que esto indica es que el problema es muy grave porque no es ya que los estados tengan un interés en este tipo de dictaduras sanitarias, sino que la población las recibiría de muy buena gana al ser presentadas como medidas necesarias para su seguridad y bienestar. Si metes miedo a la gente, la gente te deja hacer lo que quieras y los gobiernos han tomado probablemente nota de ello. Como sociedad, debemos hacer una profunda reflexión sobre el camino por el que nos estamos deslizando y hacia dónde puede llevarnos.

[3] COVID-19: Democratic Voters Support Harsh Measures Against Unvaccinated https://www.rasmussenreports.com/public_content/politics/partner_surveys/jan_2022/covid_19_democratic_voters_support_harsh_measures_against_unvaccinated

© FEPSM

7

El papel de los medios de comunicación en la prevención del suicidio

MARTA DE ANDRÉS

1. ¿POR QUÉ HABLAR DEL SUICIDIO EN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN?

El suicidio es la primera causa externa de mortalidad en España. Es, por tanto, un problema de salud pública y uno de los problemas sociales más importantes en la actualidad, de tal relevancia que requiere un **abordaje integral y urgente.**

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2022 en España se produjeron 4097 muertes por suicidio. Esto supone que once personas al día mueren por suicidio, una cada 2,5 h. Según la OMS, por cada muerte por suicidio, se producen 20 intentos.

En España no hay un plan nacional para la prevención del suicidio. Estamos fuera del club de los 40 países que sí lo tienen, como por ejemplo países de nuestro entorno como EE.UU., Dinamarca, Nueva Zelanda, Austria, Suiza, Irlanda, Escocia, Alemania, Finlandia o Noruega.

2. ENTRE EL "EFECTO PAPAGENO" Y EL "EFECTO WERTHER"

En España, los libros de estilo de los medios de comunicación y los decálogos sobre cómo afrontar el tratamiento informativo de los suicidios han apostado hasta hace poco por el silencio informativo ante un suicidio.

Aún hoy, la no difusión de este tipo de noticias es entendida como una herramienta para evitar el "efecto Werther" o de imitación. Intentan prevenir de este modo el contagio por imitación.

¿Qué es el efecto Werther?

El efecto Werther toma su nombre de la novela Las penas del joven Werther, de Wolfgang von Goethe, publicada en 1774. En la novela, el protagonista sufre por amor hasta tal punto que acaba por quitarse la vida. Fue una novela muy popular entre los jóvenes de la época, muchos de ellos llegaron incluso a suicidarse de formas que parecían imitar la del protagonista. De hecho, las autoridades de Italia, Alemania y Dinamarca llegaron a prohibir la novela.

El término lo instauró el sociólogo **David Phillips en 1974.** Philips elaboró un estudio entre 1947 y 1968 que demostró que el número de suicidios se incrementaba en todo Estados

 © FEPSM

Unidos al mes siguiente de que el New York Times publicara en portada alguna noticia relacionada con un suicidio.

También se conoce como **efecto copycat,** y es más probable que se produzca cuando el modelo es una persona célebre.

Un caso histórico es la epidemia de suicidios que siguió a la muerte de Marilyn Monroe en 1962. Lo mismo ocurrió en 1994 tras el suicidio del guitarrista y cantante del grupo Nirvana, Kurt Cobain.

¿Qué es el efecto Papageno?

Se denomina efecto Papageno al efecto preventivo que puede tener sobre la conducta suicida una comunicación responsable, que siga unas pautas establecidas.

Proviene del personaje homónimo del cuento popular “La flauta mágica” de Mozart, el cual decidió no suicidarse después de que unos niños le enseñaran diferentes alternativas para superar su situación. (Herrera Ramírez R, 2015).

Según Thomas Niederkrotenthaler, presidente de la International Association for Suicide Prevention: “informar de manera responsable sobre personas que han superado una situación de crisis personal de manera positiva y sin comportamientos suicidas se asocia con un descenso en las tasas de suicidio, ejerciendo en estos casos, la información, un efecto protector”. “El impacto de la información sobre el suicidio no puede limitarse a los efectos nocivos, sino que la cobertura de afrontamiento positivo en circunstancias adversas (…) puede tener efectos protectores”.

En 2015, la OMS recomienda hacer seguimiento de la praxis de difusión de noticias sobre suicidios y se sugiere contrarrestar dichas noticias con reportajes sobre el restablecimiento satisfactorio de personas con problemas de salud mental o con pensamientos suicidas. También se recomienda colaborar con las redes sociales para que sean más conscientes del problema y mejoren sus protocolos para detectar y eliminar contenidos perjudiciales.

¿Qué dice la OMS?

Las noticias de los medios de comunicación sobre suicidios pueden provocar un aumento de suicidios por imitación, especialmente si la noticia se refiere a una personalidad famosa o describe el método de suicidio.

En su nueva Guía (“Live life: a implementation guide for suicide prevention in countries”. 2021) se recomienda hacer seguimiento de la praxis de difusión de noticias sobre suicidios y se sugiere contrarrestar dichas noticias con reportajes sobre el restablecimiento satisfactorio de personas con problemas de salud mental o con pensamientos suicidas. También se recomienda colaborar con las redes sociales para que sean más conscientes del problema y mejoren sus protocolos para detectar y eliminar contenidos perjudiciales.

© FEPSM

3. ¿CÓMO DEBEMOS INFORMAR SOBRE SALUD MENTAL?

Hay que recalcar que los problemas de salud mental son:

- Habituales: 1 de cada 4 personas tiene o tendrá un problema de salud mental a lo largo de su vida, según la OMS. Estos problemas pueden aparecer en cualquier momento desde la infancia hasta la vejez.
- De interés general: todo el mundo conoce a alguien en su entorno más próximo que ha experimentado alguno y todos estamos expuestos a sufrirlos a lo largo de nuestra vida.
- Estigmatizados: muchas personas con un trastorno mental han sido víctimas del estigma y la discriminación y también muchas personas esconden que han sido diagnosticadas de ello por miedo al rechazo; el estigma dificulta la recuperación y agrava el padecimiento tanto como los síntomas del trastorno -o incluso más-. (*8 de cada 10 personas con trastorno mental no tienen trabajo).

4. ¿CÓMO NO DEBEMOS INFORMAR SOBRE SALUD MENTAL?

a) Decir que son problemas infrecuentes o aislados.

b) Decir que quienes padecen trastornos mentales son personas violentas, peligrosas o imprevisibles.

c) Tratarlas con compasión y paternalismo.

d) Confundir trastorno mental con discapacidad psíquica o demencia. El trastorno mental no disminuye las facultades mentales ni las deteriora, sino que las altera de forma esporádica.

e) Utilizar los diagnósticos (*esquizofrénico* o *bipolar)* fuera de contexto, como etiquetas (p.e para referirnos a un jefe que cambia mucho de opinión, decir que es “bipolar”).

f) Hablar del tratamiento farmacológico como la única vía de recuperación, obviando que, en la mayoría de los casos, se combina con rehabilitación psicosocial, psicoterapias y apoyo familiar.

g) Ilustrar las informaciones sobre salud mental con imágenes que despierten compasión o rechazo.

5. ¿CÓMO DEBEMOS INFORMAR SOBRE SUICIDIO?

- **Sensibilidad:** el suicidio debe considerarse un asunto especialmente sensible.

© FEPSM

- **Prudencia:** los suicidios deberán publicarse solo cuando se trate de personas de relevancia o supongan un hecho de interés general. **Un suicidio- o un intento- no es noticia en sí mismo.**
- **Responsabilidad:** considerar los sentimientos de los parientes, evitar la descripción detallada del método de suicidio adoptado y tener en cuenta la sensibilidad del público receptor.
- **Ofrecer recursos:** incluir toda la información de servicio de la que se disponga y los mecanismos que existan para prevenir el suicidio (servicios de información o atención de cada comunidad autónoma y entidades sociales).
- Elección de las **fuentes** y **seguimiento de las recomendaciones internacionales** en el tratamiento informativo de la pieza (noticia, entrevista, reportaje, etc.) con especial atención a la **elección de los testimonios.**
- Dar a conocer los **indicadores de riesgo de conducta suicida**, factores protectores y señales de alerta de riesgo inminente.
- **Diversificar las fuentes** de información periodística con el fin de conseguir una **información más plural y contrastada**. El asesoramiento de personas expertas y asociaciones de personas supervivientes al suicidio favorece una aproximación informativa de calidad.
- **Fomentar la comprensión pública de la complejidad del fenómeno suicida.** (El suicidio no debe ser presentado como el resultado inevitable de graves problemas personales).
- La muerte por suicidio debe plantearse como un **problema de salud pública y social.**
- La sección tradicional del suicidio ha sido Sucesos, pero se aconseja **valorar su reubicación en 'Sociedad' y 'Salud'.**

6. ¿CÓMO NO DEBEMOS INFORMAR SOBRE SUICIDIO?

- **No trate la muerte por suicidio de forma sensacionalista**. En el titular, no use la palabra "suicidio", ni concrete el método y lugar (los métodos y los lugares se imitan).
- **No se debe detallar el método empleado,** ni otros elementos del suceso que puedan acentuar el desamparo de los familiares y allegados (especialmente el de los niños).

© FEPSM

- No hay que precipitarse y **calificar de suicidio una muerte solo por las apariencias**. Hace falta profundizar en la noticia.
- **Evitar explicaciones simplistas** y las basadas en la especulación. El suicidio nunca es el resultado de un factor único.
- **No publique notas suicidas** en ninguna de sus posibles modalidades (papel, wup, mensajes en redes sociales o correo electrónico).

7. CÓMO ROMPER EL TABÚ

Las cifras de suicidio en España, aunque con tasas menores que en el resto de Europa, hacen necesario que se superen los hábitos tradicionales que abogaban por silenciar el suicidio en la prensa, un problema que sigue siendo tabú en múltiples entornos ciudadanos. Estamos ante un nuevo reto en el que es imprescindible la implicación y la colaboración directa de los medios de comunicación. Debemos dotarnos de nuevas reglas para el tratamiento informativo (elaboración de noticias, reportajes, etc.) que permitan hacer llegar a la población la información adecuada sobre los recursos disponibles que ayuden a cumplir los objetivos de prevención. El silencio informativo no es una opción. El sensacionalismo, tampoco.

8. PRECAUCIONES EN EL USO DE LAS CIFRAS DE SUICIDIO

Según la OMS, el número de suicidios es, a menudo, subestimado. Se considera que el número de suicidios en el mundo es superior al contabilizado aunque con variaciones según el país.

Esta subestimación puede **estar relacionada con el sistema de registro de suicidio en cada país,** pero también existen diversos factores sociales y políticos como el estigma y el tabú, los reglamentos de las pólizas de seguro y otros **condicionantes sociales o religiosos que disfrazan un porcentaje de suicidios que puede ser alto** (algunos profesionales elevan 9 la cifra hasta el 20 % o 25 %) como **accidentes o muerte por causas indeterminadas.** (OMS, 2000).

Por lo general, las cifras de suicidio se reflejan de forma estándar a nivel nacional como tasa de suicidios o número de personas fallecidas por suicidio por cada 100.000 habitantes. Hay precauciones que el/la periodista debe tener en cuenta al comparar datos. La primera precaución se refiere a las diferencias en los registros y la exactitud de los datos en los diferentes países. La segunda precaución tiene que ver con el uso de las cifras cuando se refiere a poblaciones pequeñas (ciudades, provincias e, incluso, países pequeños). Una

 © FEPSM

ligera variación del número de suicidios en poblaciones pequeñas puede variar significativamente la estadística. Para poblaciones menores de 250.000 habitantes generalmente se usa el dato del número de muertes por suicidio. Algo similar puede ocurrir cuando se presentan datos o tendencias en grupos de edad o de población que son una parte pequeña del total de la población de ese país. **En España las cifras de suicidios consumados se obtienen del Instituto Nacional de Estadística** de la "Estadística de defunciones según la causa de muerte", en el apartado de Sanidad.

FUENTES

- Recomendaciones para el tratamiento del suicidio por los medios de comunicación. Manual de apoyo para sus profesionales. Ministerio de Sanidad (2017)
- El tratamiento de la salud mental en los medios audiovisuales. Generalitat de Catalunya (Departament de Salut) y Consell de l'Audiovisual de Catalunya (2015)
- Manifiesto para la creación de un plan nacional de prevención del suicidio. Plataforma Stop Suicidios (2023)
- Live life. Guía de aplicación para la prevención del suicidio en los países (OMS, 2021)
- En mis zapatos, Guía de recomendaciones para comunicar sobre el suicidio. (La Niña Amarilla, AFASIB y Papageno).
- Instituto Nacional de Estadística (INE)
- Fundación ANAR

© FEPSM

8

El juicio de proporcionalidad en las restricciones de la libertad

ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA[1]

1. PLANTEAMIENTO

La libertad pertenece existencial y esencialmente a la persona, pues no hay existencia humana donde falte la libertad. La libertad se encuentra en la raíz metafísica de la vida.

Ahora bien, el Derecho perfila, recorta y adapta esa libertad existencial y devuelve a las personas la libertad jurídica y esa libertad jurídica no es idéntica en todas las épocas y en todos los ámbitos espaciales, pues es una variable histórica que se ha ido desplegando a lo largo de los siglos, pero que solo contemporáneamente ha alcanzado un nivel de reconocimiento y de garantía que permiten hacerla identificable en su triple dimensión: la libertad como límite a la intervención de los poderes públicos; la libertad como participación en las decisiones que afectan a la comunidad; la libertad como acceso a los bienes y servicios esenciales para hacer factible la igualdad de partida entre todos los ciudadanos.

2. LAS LIBERTADES NO SON ABSOLUTAS

Cuando la Constitución y las leyes que la concretan y desarrollan definen el alcance y contenido de cada uno de los derechos en que se bifurca la libertad existencial, no lo hacen en términos abstractos desposeídos del ámbito en que esos derechos se desenvuelven, pues las libertades son al tiempo convivenciales, es decir, pertenecen al individuo que no vive aislado sino en comunidad. Por esos los derechos -que hemos convenido en llamar humanos o fundamentales- no son absolutos o ilimitados, porque no vivimos en la isla de Robinson Crusoe sino en comunidad. Decía un viejo politólogo que es absolutamente reprobable el que denomina totalitarismo de la libertad que parte de la tesis que los derechos son absolutos.

Todos los derechos están sujetos a límites y esos límites pueden venir definidos por la Constitución o por la ley pero ni una ni otra pueden preverlos todos, pues la dinámica de los derechos (los derechos en acción) presenta tal cúmulo de situaciones, tal cantidad de hipotéticos conflictos o choques que son los tribunales los llamados al difícil trabajo que conocemos como ponderación entre derechos. Y es que junto a los límites explícitos nos

[1] Es Catedrático de Derecho Constitucional de la URJC y Letrado de las Cortes Generales. En la actualidad es Magistrado del Tribunal Constitucional.

 © FEPSM

encontramos con los más etéreos límites implícitos que los tribunales hilvanan con cuidado cuando en cada uno de los platillos de la balanza de la justicia se sitúa un derecho en contraposición a otro u otros, en apariencia inconciliables entre sí.

Ahora bien, no es suficiente la previsión legal, sino que el límite debe responder a un fin constitucionalmente legítimo (por ejemplo, la persecución de un delito), y tal límite debe guardar una estricta proporción con el fin perseguido, y por supuesto, no alterar o vaciar el contenido esencial del derecho, es decir, el contenido que hace al derecho identificable.

3. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD HA DE HACERSE EN CADA CASO CONCRETO

La labor del intérprete es extraordinariamente delicada pues se enfrenta a supuestos de hecho no pacíficos sino controvertidos, y por tanto la solución a la que llegue no satisface a todos los que son parte o simplemente interesados. Se viene adjetivando la justicia desde hace años de “poco fotogénica” porque únicamente el que obtiene una respuesta estimatoria de su pretensión expresa su confianza y crédito en la misma. El intérprete, sujeto estrictamente al código de independencia y de imparcialidad, se enfrenta a la resolución de disputas que los llamados a resolverlas por sí mismos han fracasado o ni siquiera han sido capaces de solventarlas.

No vamos a hablar del intérprete y aplicador ordinario de la ley, los juzgados y tribunales, sino del intérprete supremo último, el Tribunal Constitucional, al que únicamente acceden las que podríamos llamar “casos difíciles” y, además, una vez agotada la vía judicial procedente y precedente. Nuestra exposición se va a centrar en algunas sentencias del Alto Tribunal en las que está en juego el derecho a la vida o el derecho a la integridad física y moral (también conocido como derecho a la incolumidad personal), que son el núcleo gordiano de la dignidad personal.

4. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: ALGUNOS CASOS LÍMITE

A. Asistencia médica y alimentación forzosa de presos en huelga de hambre

Uno de los primeros "asuntos límite" fue el resuelto por las SSTCC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio, referidas al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que ordena a la Administración Penitenciaria dar asistencia médica obligatoria y alimentar incluso contra su voluntad a internos en huelga de hambre, cuando se vea en peligro su vida. Se enfrentan aquí el supuesto derecho a la libertad de los huelguistas hasta incluso ocasionar su propia muerte sin injerencia alguna y el derecho-deber de la Administración Penitenciaria a velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia.

 © FEPSM

El Tribunal Constitucional concluye que:

a) La asistencia médica obligatoria no vulnera el derecho a la vida porque en este no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, es decir no incluye el derecho a la propia muerte.

b) No es constitucionalmente legítimo exigir a la Administración Penitenciaria que se abstenga de prestar asistencia médica. La administración ha de cumplir con ese deber para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que ha de proteger. Con el cumplimiento de ese deber no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos pues la asistencia médica obligatoria se conecta con la preservación de la vida sin la que los demás derechos no tienen existencia posible.

B. Esterilización de incapacitados que adolecen de graves discapacidades psíquicas

La STC 215/1994, de 14 de julio, declaró constitucional el artículo 428 del Código Penal, redactado por la Ley Orgánica 3/1989, que dispone que no es punible la esterilización de "persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de los especialistas, el Ministerio Fiscal, y previa exploración del incapaz". Es decir, los incapacitados psíquicos graves podían ser esterilizados sin su consentimiento, por su falta de idoneidad para emitirlo. Aunque el Tribunal Constitucional reconoce que queda obviamente afectado el derecho a su integridad física y moral lo justifica en dos razones: a) el interés del incapaz para proteger sus condiciones de vida y su bienestar y la imposibilidad de que puedan cumplir adecuadamente sus obligaciones como padre o madre; b) la proporcionalidad de la medida, su necesariedad para conseguir el fin legítimo que la inspira. En todo caso, debemos dejar constancia de que dicho precepto se modificó.

Dicho artículo 428 del Código Penal fue, en la reforma de 1995, incorporado con una nueva y extensa redacción al artículo 156, dentro del Libro III, bajo la rúbrica "De las lesiones", y modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que ofrece, en su párrafo segundo, esta redacción: "No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil."

Finalmente fue suprimido por la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, acorde, por lo demás, con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en 2006 y que entró en vigor en España, tras su ratificación, en 2008.

 © FEPSM

C. Intervención corporal, en concreto, sobre el pelo de un procesado, para determinar si es consumidor de sustancias tóxicas o estupefacientes, en el marco de un procedimiento contra más de 20 implicados por tráfico de cocaína

La STC 207/1996, 16 de diciembre, distingue entre las inspecciones o registros corporales (en los que no queda afectada la integridad física) y las intervenciones corporales (análisis de sangre, pelos, uñas o exposición a radiaciones) en los que sí se incide en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física siquiera se ha de forma leve.

Respecto de estas segundas, las intervenciones corporales, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina, es decir qué requisitos se exigen para estimarlas legítimas. Primero, que respondan a un fin constitucionalmente legítimo (como es la investigación de un delito). Segundo, que estén previstas por el legislador (principio de legalidad). Tercero, que sean autorizadas por el juez mediante una resolución motivada. Y, por fin, que se respete el principio de proporcionalidad de la medida restrictiva, lo que requiere que cumpla los tres pasos: que sea idónea para conseguir el objetivo propuesto, que sea necesaria en el sentido de que no exista otra más moderada para conseguir el fin y, finalmente, que sea ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

En el caso el Tribunal Constitucional estima la demanda porque la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece la cobertura legal necesaria pues no regula las intervenciones corporales. Y porque no la entiende necesaria para la investigación penal.

D. Los internamientos forzosos en establecimientos de salud mental de quienes padecen trastornos psiquiátricos

La primera STC, la 132/2010, de 2 de diciembre, se limita a declarar la inconstitucionalidad del artículo 763.1 Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que la decisión de internamiento involuntario por razón de trastornos psíquico es una medida privativa de libertad que solamente puede regularse mediante ley orgánica.

Las siguientes sentencias (141/2012, de 2 de julio, 182/2015 de 7 de septiembre, 13/2016, de 1 de febrero o 50/2016 de 14 de marzo, entre otras) entran en otras cuestiones. Señalan que la medida de internamiento no voluntaria, que sólo puede declarar el juez, al suponer la privación de libertad personal, debe respetar todas las garantías que requiere la protección de este derecho y que son: a) haberse probado por dictamen pericial médico la perturbación mental real; b) que esta perturbación mental tenga un carácter o amplitud que legitime el internamiento; c) que, dado que los motivos que lo originaron pueden dejar de existir, es preciso que continúe el internamiento si persiste la causa (el interés de la seguridad de los demás ciudadanos) pero hay que tener en cuenta que no puede prolongarse cuando no subsiste el trastorno que dio lugar al mismo.

© FEPSM

A partir de ahí las SSTC citadas distinguen entre la fase extrajudicial y la judicial del internamiento urgente, es decir del que no definitivo que solo puede acordarse en sentencia.

a) En cuanto a la prejudicial, entiende el Tribunal Constitucional que conforme el artículo 17 CE (libertad personal) se exige:

- Informe médico acreditativo del trastorno que justifique el internamiento inmediato, que pueda acordar el responsable del centro médico.
- Debe informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, o a su representante, de la causa del internamiento.
- El centro médico debe comunicarlo al juez competente en el plazo de 24 horas (el artículo 763 dice que lo antes posible y en todo caso dentro de las 24 horas siguientes, para la preceptiva rectificación). Ese es el plazo legal pero el Tribunal advierte que no podría extenderse más allá de las 72 horas por entender aplicable el límite del artículo 17.2 para las detenciones extrajudiciales. Ese plazo es de 72 horas ha de computarse desde que se produce materialmente el ingreso hospitalario contra su voluntad. Incluso el Tribunal advierte que si se excede el plazo podría el internado instar el procedimiento de *habeas corpus*.

b) En cuanto a la fase de control judicial, el Tribunal parte de que no es necesario ni exigible ni aconsejable el traslado a la presencia física del juez pues el examen judicial directo ha de realizarse en el centro hospitalario.

El plazo para la ratificación o legalización es de 72 horas, plazo improrrogable a contar desde la comunicación. Ese juicio de rectificación se extiende tanto al estado mental del interno a la vista de las pruebas médicas como a la procedencia del internamiento.

El Tribunal Constitucional fija como garantías para el interno en esta fase -que deriva del derecho a la libertad personal (art. 17) las siguientes:

a) Derecho a ser informado por el juez de su situación material y procesal.
b) Derecho del interno a ser oído.
c) Derecho a ser informado de que pueda contar incluso en este trámite con abogado y procurador
d) De otra parte, deber del juez de examen directo en el centro y reconocimiento por el forense.

En las sentencias, los juzgados superaron por horas o días del plazo de 72 horas para la ratificación del internamiento involuntario y por lo que se entiende que al estar durante horas o días privado ilegalmente libertad, el Tribunal Constitucional declara vulnerado su derecho

© FEPSM

a la libertad personal y anula los autos a los que achaca, además, carentes de la exigible motivación reforzada.

E. Vacunación "forzosa" de ancianos internados en residencias de tercera edad carentes de capacidad para decidir

A esta cuestión de respuesta a la STC 38/2023, de 20 de abril (Pleno), doctrina que sigue la STC 74-2023, de 19 de julio (Sala).

El Ministerio Fiscal solicitó, por el procedimiento de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la autorización judicial para administrar la vacuna contra el COVID a una anciana residente en un centro, con la capacidad modificada, y cuyo tutor era su hijo. Previos los trámites, y con la oposición del tutor, el Juzgado dictó Auto en el que señala que "el criterio de mayor protección o mayor beneficio" para la salud es que se le administrara la vacuna, pues los riesgos son menores que los beneficios. Se ratifica el Auto por la AP y el tutor recurre en amparo por entender que se vulnera su derecho a la integridad personal al aplicarse, sin su consentimiento, un tratamiento sanitario: ponderación de su derecho a la incolumidad corporal, en tanto en cuanto la vacunación es voluntaria y no hay una norma legal que la configure como obligatoria.

Hago un paréntesis. El tema de la vacunación es más complejo que para ser abordado en términos voluntaria-obligatoria, pues hay sistemas intermedios: recopilación o sistema de acicate (calendarios de vacunación), obligatoriedad indirecta o incentivación (condición para acceder a una actividad o servicio). Y es que la vacunación, además del interés individual en no contraer una enfermedad hay múltiples intereses públicos o colectivos, como son los preventivos ante una pandemia.

En nuestro país la Ley de Autonomía del paciente no impone la vacunación sino que parte de la centralidad del consentimiento informado. El artículo 9.3 prevé la prestación del consentimiento por el representante legal de la persona que tenga la capacidad legalmente modificada, y el artículo 9.6 permite, en estos casos, a la autoridad judicial autorizar una actuación sanitaria determinada cuando resulta necesario para la mejor protección de esa persona vulnerable. Es decir, se legitima la injerencia y la integridad personal del paciente con fines tuitivos.

El Tribunal Constitucional por tanto rechaza la falta de cobertura legal y al ponderar los derechos en conflicto concluye que no se ha vulnerado el derecho a la integridad personal:

a) La anciana es una enferma de Alzheimer que carecía de posibilidad de manifestar su voluntad.

b) La negativa del representante legal a administrar la vacuna era genérica y se basaba en la oposición a cualquier vacuna. Este representante es quien presta apoyo, pero

 © FEPSM

no es su papel sustituir las convicciones de la persona con discapacidad por las suyas. Deben velar por los intereses de la persona afectada.

c) La decisión judicial hizo adecuadamente el juicio ponderativo, individualizado en relación con esta persona concreta y con sus intereses.

F. Asistencia sanitaria proporcionada sin el consentimiento informado del enfermo

Al demandante se le practicó un cateterismo cardíaco y perdió la funcionalidad total de la mano derecha. Inició un procedimiento de responsabilidad civil derivada de la asistencia sanitaria fundadora en que no fue informado de los riesgos de la intervención y se le recabó el consentimiento.

La STC 37/2011, de 28 de marzo, dice que el derecho fundamental a la integridad personal en su forma de derecho a la incolumidad corporal comporta una facultad negativa: el deber de abstención de actuaciones médicas, no consentidas salvo que estén constitucionalmente justificadas y la facultad de oposición a la asistencia médica.

En el caso no fue una asistencia médica coercitiva (el enfermo ingresó en urgencias voluntariamente con dolor precordial) pero la actuación médica se practica sin informar al paciente y sin su consentimiento.

El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas.

Para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

© FEPSM

La información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.

G. Internamiento hospitalario forzoso de gestante de riesgo acordada por el juez contra la voluntad de aquella que optaba por el llamado parto natural

El caso que resuelve la STC 66/2022, de 2 de julio es el de una mujer mayor de 40 años, primípara fumadora, cuyo embarazo ha superado la semana 42 más tres. Acude al hospital público para el control rutinario. El Servicio de ginecología emite el informe sobre la necesidad de terminación del embarazo de gestación prolongada por los riesgos de hipoxia y muerte fetal, pero la gestante pide que le entreguen los informes para las matronas que le asisten el embarazo y parto domiciliario.

A la vista de que decide llevar a término la gestación en su domicilio por parto natural y tras constatar el fracaso de los graves riesgos de ello y de la necesidad de ingreso en el hospital para la inducción del parto, el Hospital presenta escrito en el Juzgado de Guardia que, tras oír al Ministerio Fiscal, ordena el ingreso no voluntario para la inducción del parto por los riesgos para la vida de la gestante y del feto. La Policía Local va a buscarla a su casa y en vehículo medicalizado es conducida al hospital; el traslado desde la casa se retrasa dos horas por la resistencia de la matrona, dice el atestado.

La gestante invoca como derechos fundamentales vulnerados el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la libertad, derechos que entran en liza con la preservación de la vida y salud del nasciturus en un embarazo prolongado en el tiempo.

La STC reitera que toda injerencia en los derechos fundamentales debe estar prevista en la ley y responder a un fin constitucionalmente legítimo. En el caso, no encuentra el Tribunal Constitucional una concreta previsión legislativa que regule el ingreso obligado en un hospital para la realización de un parto de riesgo, aunque la protección del concebido y no nacido puede enmarcarse en los art. 29 y 158.6 CC y en la ley de Autonomía del Paciente, pero añade que ello no afecte a la legitimidad de la medida siempre que se respete el principio de proporcionalidad inherente a la necesaria ponderación de otros derechos o bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (en este caso, la vida y salud del nasciturus"). Y concluye el Alto Tribunal: "*Lo cierto es que fue la única vía que el juzgado encontró ante una situación de conflicto entre derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en una situación en que el centro público sanitario había considerado de inminente y grave peligro para la vida del concebido el parto en el domicilio familiar. La presentación de la*

 © FEPSM

subsiguiente propuesta de ingreso en el Hospital le obligaba a resolver aquel conflicto sin que hubiera una previsión legal específica.

Ciertamente, no se trata de una situación habitual, pero no por ello debe excluirse su eventual acaecimiento. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ya se señaló anteriormente, ha afirmado que, aunque, generalmente, no existe ningún conflicto de intereses entre la madre y su hijo en estos casos, sin embargo, puede considerarse que ciertas elecciones operadas por las madres en cuanto al lugar, a las condiciones o al método de alumbramiento, engendran un riesgo incrementado para la salud y la seguridad de los recién nacidos, la tasa de mortalidad de los cuales no es despreciable, a pesar de todos los progresos realizados en materia de cuidados médicos (STEDH, Gran Sala, Dubská y Krejzová c. República Checa, § 185).”

© FEPSM

Conclusiones

1ª MESA

¿Sigue siendo necesario hablar de medidas de contención?

1. Desde 2006, en la Convención de Naciones Unidas sobre los de Derechos de las Personas con Discapacidad, se comenzó a trabajar en el objetivo de contención 0. Es importante recalcar que la sociedad tiene un concepto reduccionista del término contención, haciendo referencia tan solo a la mecánica y en el ámbito psiquiátrico, aunque se emplea en muchos más contextos. Desde el punto de vista de la psiquiatría, cuando se habla de contención nos referimos, además de la mecánica, la psicológica o verbal, a la farmacológica.

La contención física, ya sea mecánica o manual, es un medio para poder utilizar algunos métodos terapéuticos, reconocido como extraordinario, que no debe ser usado de forma rutinaria, pues tan solo está indicado en situaciones de emergencia que comporten una amenaza urgente o inmediata para la vida y/o la integridad física del propio paciente o de terceros. Se trata de una indicación, ya que se dispensa en un entorno sanitario, por prescripción y supervisión médica.

La ética médica parte de los principios de beneficencia, no maleficencia, justicia y autonomía, por lo que el psiquiatra, después de una evaluación de riesgos y beneficios, toma la decisión más eficaz para el paciente, en este caso la contención.

En septiembre de 2020, la Sociedad Española de Psiquiatría publicó el consenso español sobre las “Buenas prácticas clínicas para la contención de personas con Trastorno Mental en estado de agitación”.

¿Qué debería hacerse para ir hacia la contención física 0?

- Promover e implantar de forma sistemática el “*positive and proclive care*”.
- Mejorar las condiciones físicas de los dispositivos asistenciales, principalmente los hospitalarios.
    - Condiciones de habitabilidad que proteja los derechos humanos y dignidad de la persona
    - Menor hacinamiento y creación de estancias que faciliten la contención psicológica y que proporcionen una contención física menos restrictiva.
    - Instalaciones adecuadas y no realizar ingresos ectópicos (periféricos).
- Dotación de personal que permita el *one-to-one*.

© FEPSM

2. El Trastorno Mental se caracteriza por una alteración clínica significativa de la cognición y la regulación de las emociones o del comportamiento del individuo. La agitación constituye el principal motivo de valoración en las urgencias psiquiátricas.

Ante una situación que requiere una contención mecánica tenemos no solo miedo por parte del personal sino también por parte del paciente, que sufre y hace sufrir. En ese momento es una persona incapaz de gobernar su pensamiento, emociones o conducta, imprevisible, vulnerable, con riesgo de auto o heteroagresividad y que puede cometer actos que tengan consecuencias legales.

De esta forma, la contención mecánica no es más que la punta del iceberg de todas las medidas que se deben aplicar previamente: verbal (hacer entender al paciente que está en una situación de riesgo, que tiene que calmarse) y farmacológica (con el objetivo de tranquilizar sin sedar: oral, inhibido o inyectable).

La contención mecánica debe preservar la dignidad del paciente en todo momento. El contar con medios humanos y físicos adecuados que permitan hacer la técnica de forma apropiada. Se debe informar al paciente y a la familia, así como evitar que se prolongue más tiempo del imprescindible.

La aplicación de la contención mecánica se lleva a cabo en el contexto del ingreso involuntario, comunicado y supervisado por el juez.

3. La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor en 2006 y cambió el concepto que se tenía de la discapacidad. Pasó a tener una serie de características que, al interactuar con la sociedad, le limita para ciertas actividades. Ya no es un tema médico o rehabilitador, sino que se ha contextualizado desde el punto de vista social. La persona con discapacidad tiene los mismos derechos que cualquier otra, estableciéndose la necesidad de tener apoyos o de establecer salvaguardas.

La cuestión por resolver, en este caso, es el consentimiento informado, pues se trata de que estas medidas sean consentidas.

¿Qué pasa cuando la voluntad no se conoce o es contraria? En este punto el comité creado al amparo de la Convención (órgano encargado de dar una interpretación homogénea de la Convención) dijo: “Las personas con discapacidad tienen derecho a optar por el no apoyo”. Con su entrada en vigor en 2021 fue revisada por el Tribunal Supremo y dictaminó que el tribunal deberá “atender”, lo que significa que debe tenerse en cuenta, las preferencias del sujeto, pero no se está vinculado a ello.

La legislación española es muy parca en relación con las medidas de contención. No se aborda y el objetivo debe ser el tener una ley integral y reguladora de las personas en el ámbito civil.

 © FEPSM

4. La libertad es un fundamento esencial y existencial a la persona, no cabe entender la vida humana sin la presencia de libertad. La libertad jurídica no es igual en todas las épocas, en todas las situaciones y ámbitos. Solo al final del siglo XX se ha alcanzado un nivel de garantía para poder reconocer la libertad. Con una triple dimensión: la libertad en el sentido en la intervención de los poderes públicos, la libertad como toma de participación en la toma de decisiones colectivos y por otra parte la libertad como acceso en igualdad.

La libertad jurídica la define la constitución y las leyes, precisan cada uno de los derechos que delimitan la libertad. Las constituciones y las leyes lo hacen en ámbitos concretos en los que se llevan a cabo esos hechos y normalmente no se identifica esa libertad aisladamente de otras libertades.

Las libertades no pueden entenderse en términos absolutos ya que la libertad es convivencia y vivimos en comunidad.

Los límites pueden ser explícitos, como, por ejemplo, la libertad religiosa, el derecho a la libertad de expresión. Y luego hay otros implícitos que se encuentran en la interpretación de la norma. También posee unas características sustentadas en:

- Que no varíen el contenido fundamental del Derecho
- Que sean un fin legítimo
- Que tengan proporcionalidad con el fin que se persigue

El Tribunal Constitucional reitera que toda injerencia en los derechos fundamentales debe estar prevista por el legislador en la ley.

2ª MESA

La imposición de conductas saludables

1. El consentimiento informado para un acto médico, como expresión de la autonomía y dignidad de la persona, debe venir precedido en primer lugar, de la decisión del médico sobre la opción terapéutica más adecuada para la historia natural de la enfermedad del paciente. En segundo lugar, es precisa una información adecuada al paciente, sobre la actuación médica y sus riesgos. Posteriormente la persona prestará o no su consentimiento, bajo la premisa de competencia o capacidad para prestarlo previa información y comprensión. El consentimiento informado constituye una alianza entre paciente y médico, y no la simple firma de un formulario a veces claramente insuficiente para ciertas decisiones, especialmente las que se refieren al suicidio asistido o eutanasia.

© FEPSM

2. La imposición social de conductas saludables pone de manifiesto la colisión entre el principio de libertad y el principio de seguridad que asocia la salud con la moral, al considerar que controlamos la seguridad de la sociedad a través de la prevención, erigida como moral o culto a la salud. La atribución de nuestra salud al estilo de vida y la medicina anticipatoria o preventiva para el mantenimiento de la salud, colocan la responsabilidad de la salud en el individuo. A través de los factores de riesgos empodera a los médicos y convierte a la salud en un producto de consumo. La imposición por parte del Estado de la salud convierte a la medicina en un mecanismo de control social, que desliza a un fascismo sanitario o medicina totalitaria, al situar la salud y la seguridad por encima de la libertad. La tecnología puede coadyuvar al control del ciudadano por la información que puede obtener de los hábitos de vida de la persona.

3. La información sobre salud mental debe partir de ciertos parámetros: no tratar los problemas de salud mental como infrecuentes o aislados; no definir a las personas con enfermedad mental como personas violentas, peligrosas e imprevisibles; no tratar a la persona con trastorno mental con paternalismo o compasión; no confundir trastorno mental con discapacidad o demencia; no utilizar los términos psiquiátricos fuera de su contexto médico; no utilizar diagnósticos como etiquetas de conductas; no hablar de los tratamientos farmacológicos como única vía de recuperación; y no usar imágenes que muevan a la compasión o despierten rechazo.

4. Las informaciones sobre suicidios deben tratarse: con sensibilidad y prudencia a sabiendas de que puede producir efecto Werther o de imitación y efecto preventivo; con responsabilidad respecto de los sentimientos de los familiares; ofreciendo recursos para tratar de superar su situación; dando a conocer los indicadores de riesgo de la conducta suicida, factores protectores e indicadores de riesgo; diversificando las fuentes de información y acudir a la ayuda de los expertos; fomentando la compresión pública del fenómeno del suicidio; resaltando que es un tema de salud pública y tratarlo con esa seriedad, por lo que deben tratarse en la sección de salud o sociedad y no en sucesos. Hay que huir de titulares sensacionalistas, detalles, publicación de notas suicidas, etc.

5. Un concepto amplio sobre la medida coercitiva incluye a toda aquella que se impone a un paciente con carácter terapéutico sin su voluntad. Incluye, por tanto, el internamiento involuntario y los tratamientos forzosos, pero también el aislamiento, la contención y la sedación.

No existe contradicción entre el consentimiento por sustitución o representación que se contiene en el Convenio de Oviedo de 1997 y el consentimiento de la persona con discapacidad con los necesarios apoyos que se contiene en la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, pues los espacios de ambos instrumentos son distintos, al no coincidir los términos discapacidad y trastorno mental.

© FEPSM

El principio rector de toda intervención médica debe ser el consentimiento de la persona con discapacidad, por sí o con los necesarios apoyos. En caso de urgencia, si no es posible contar con la voluntad del sujeto y no es posible nombrar apoyos, rige el modelo del consentimiento por representación de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de autonomía del paciente (ley 41/2002), y la posibilidad de acudir al consentimiento por sustitución, e incluso a la autorización judicial, cuando el sujeto no puede tomar la decisión, sin perjuicio de los supuestos de urgencia médica.

© FEPSM

© FEPSM