

EL RECURSO A LA PROPORCIONALIDAD POR PARTE DE NUESTROS TRIBUNALES EN EL ENJUICIAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR MEDIDAS DE CONTENCION EN EL AMBITO SANITARIO Y SOCIOSANITARIO

Federico Montalvo Jääskeläinen

*Profesor propio adjunto Derecho Constitucional, Facultad de Derecho
UPComillas (ICAE)*

Eduardo Asensi Pallarés

*Socio Director del despacho Asjusa-Letramed
Profesor honorífico de legislación sanitaria (URJC)*

ÍNDICE

1. INTRODUCCION: LA LIBERTAD PERSONAL
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
3. ANALISIS DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS
 - 3.1 Adopción de medidas de contención en el ámbito sanitario (psiquiatría)
 - 3.2 Adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario
4. CONCLUSIONES

RESUMEN

El análisis de las resoluciones dictadas por nuestros Tribunales de Justicia en el ámbito del enjuiciamiento de los litigios de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la falta de adopción

de medidas de contención nos permite comprobar como la principal herramienta jurídica para valorar la legitimidad constitucional de la adopción de tales medidas, el principio de proporcionalidad, es prácticamente ignorado por dichos Tribunales. Parece que existe una doble fórmula para valorar la legitimidad de dichas medidas, ya sea como enjuiciamiento directo de las mismas, ya sea, por el contrario, como enjuiciamiento de los daños derivados por su falta de adopción. Así, si la Administración debe acreditar la legitimidad de la medida cuando pretende adoptarla, no se entiende cómo no se le exige la misma prueba a aquel que reclama daños derivados de la falta de adopción de la misma.

PALABRAS CLAVE

Principio de proporcionalidad, libertad personal, medida de contención, responsabilidad patrimonial.

1. INTRODUCCION: LA LIBERTAD PERSONAL

La libertad personal aparece proclamada en el artículo 17 de la Constitución, constituyendo como no podía ser de otra manera, un derecho fundamental que goza de la máxima protección. A este respecto, su ubicación constitucional, inmediatamente después del derecho a la vida e integridad y del derecho a la libertad de pensamiento no es casual, sino que es una muestra evidente de su importancia constitucional. Y ello es así por un doble motivo: En primer lugar, desde el punto de vista histórico-constitucional, la libertad fue una de las primeras proclamas de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX que dieron lugar a la elaboración de las Constituciones como expresión del pacto social. La libertad fue una reivindicación primigenia en la medida que si algo distinguía al régimen anterior con el que se pretendía acabar era su máxima arbitrariedad de manera que la libertad personal quedaba, con algunas mínimas garantías, en manos del poder absoluto. De este modo, la manera de luchar frente a dicho poder era a través de la reivindicación de la libertad. Ello se traslada a los textos constitucionales que se aprueban al amparo de dichas revoluciones, ocupando, pues, la libertad personal una posición privilegiada.

En segundo lugar, la libertad personal ocupa una posición reforzada en nuestro sistema constitucional en la medida que tal derecho conecta con la dignidad de la persona, de manera que la libertad será atributo necesario de la dignidad. Sin libertad el ser humano se cosifica y por tanto ve afectada su dignidad que, debemos recordar, es fundamento del núcleo esencial de los derechos fundamentales y, por tanto, límite infranqueable para las decisiones de los poderes públicos que afecten a dicha libertad.

La importancia de la libertad personal como derecho fundamental se aprecia también en nuestra doctrina constitucional. Existe ya un nutrido *corpus* doctrinal del Tribunal Constitucional acerca de este derecho. Además, no hay que acudir muchos años atrás para encontrar dicha doctrina, existiendo incluso recientes resoluciones que vienen referidas a la libertad personal, siendo ejemplo de ello la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, la cual declara inconstitucional el art. 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que posibilita el internamiento de una persona por razón de enfermedad psíquica, ya que tal norma no se aprobó con el carácter de orgánica. Curiosamente, la Sentencia no anula la norma, ya que ello provocaría un vacío en el ordenamiento no

deseable. Será, pues, el legislador el que tendrá que remediar a la mayor brevedad posible tal cuestión aprobando una nueva norma que sí tenga naturaleza orgánica, lo que hasta la fecha no se ha producido¹.

En dicha Sentencia, el Alto Tribunal declara, en lo que a nuestro debate interesa, que “*Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 “ha de considerarse incluida... la -detención regular... de un enajenado-, a la que se refiere el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC 104/1990, fundamento jurídico 2). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 (STC 140/1986)” (FJ 2)”.*

Así pues, de dicha Sentencia resulta que las garantías de las que constitucionalmente se dota el derecho a la libertad personal no son sólo aplicables a las privaciones o limitaciones de libertad producidas en el marco de las detenciones gubernativas en la lucha por la seguridad pública, sino que también son plenamente aplicables en el ámbito sanitario y socio-sanitario, en supuestos tales como los internamientos forzados o la adopción de medidas de contención física.

Otra Sentencia reciente es la número 141/2012, en la que el Tribunal Constitucional estima el amparo interpuesto por una persona que fue ingresada involuntariamente y con carácter urgente, y ello, sobre la base de que el Juez tardó seis días en visitar al paciente en el centro psiquiátrico y más de diez en dictar el correspondiente Auto dando validez al ingreso urgente, es decir, se excedió el improrrogable plazo de 72 horas, no se justificó la necesidad de la

¹ El Tribunal declara, literalmente, que “*A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. Por otra parte, como recordamos en la antes aludida Sentencia del día de hoy en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4511-1999, (FJ 4), la posibilidad de no vincular inconstitucionalidad y nulidad ha sido reconocida por nuestra jurisprudencia. Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica” (FJ 3 in fine).*

medida y, sobre todo, que el tratamiento ambulatorio no estuviera indicado, es decir, se hizo un mal uso del principio de proporcionalidad y, por último, los informes del médico del centro y del médico forense eran meros formularios tipo no que permitían acreditar que se hiciera una valoración concreta del caso.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad constituye en el Constitucionalismo actual el principal elemento del que dispondrán los Tribunales para resolver los conflictos que surjan en el ámbito de las medidas de restricción de la libertad personal. Por ello, merece la pena detenernos mínimamente en la descripción de las principales características del mismo.

El principio fue creado por la doctrina jurisprudencial alemana y posteriormente se incorpora a diferentes ordenamientos jurídicos en la segunda mitad del siglo XX². El Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo ejemplo, no lo recoge expresamente en su articulado, limitándose el artículo 18 a establecer que “*Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas*”, lo que parece una mera referencia al principio de idoneidad. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace uso constante del principio en aquellos casos en los que ha de valorar los conflictos entre derechos e intereses generales.

En el ámbito sanitario y sociosanitario, las decisiones del Tribunal Europeo vienen generalmente referidas a supuestos de ingresos médicos involuntarios³.

2 Sin embargo, en la propia doctrina alemana se aprecia una corriente que se viene mostrando muy crítica con el excesivo recurso al principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Federal, y ello, porque se considera que ha provocado un aumento de la inseguridad jurídica, de la imprevisibilidad, llegando incluso a la arbitrariedad en casos límite y, peor aún, a la sustitución del legislador por el Tribunal Constitucional. Vid. GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel: *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Madrid, 2012, p. 61.

3 Entre estas destaca singularmente, *Enhorn v. Suecia*, 2005, sobre el internamiento involuntario de un enfermo de VIH. El Tribunal considera que la medida no satisface el principio de proporcionalidad en tanto en cuanto no acredita su necesidad. Vid., también, *Winterwerp v. Países Bajos*, 1979, *Guzardi v. Italia*, 1980, *Van der Leer v. Países Bajos*, 1990, *Varbanov v. Bulgaria*, 2000, o *Hutchinson Reid v. Reino Unido*, 2000.

Por otro lado, y a diferencia del Convenio, la Carta de Derechos de la Unión Europea sí proclama explícitamente el principio de proporcionalidad en su artículo 52: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás*”. La casuística del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido referida a la libertad de circulación de mercancías y salud pública. Puede destacarse, sin embargo, algún caso como *R v Minister for Agriculture, Fisheries and Food ex parte National Farmers Union and others*, 1998, en el que la Corte ha fundamentado su decisión en el principio de precaución, en virtud del cual, cuando hay una incertidumbre acerca de la extensión o, incluso, existencia de un riesgo para la salud pública, los Estados Miembros podrán adoptar medidas de protección sin necesidad de tener que esperar a que dicha incertidumbre se resuelva. En tales supuestos, se les exigirá a los poderes públicos que aporten una evaluación de riesgos, lo que puede interpretarse en el sentido de un estudio, al menos, de probabilidades e importancia de los riesgos.

Nuestra Constitución tampoco proclama de manera expresa el principio de proporcionalidad⁴. Esta falta de reconocimiento expreso en la Constitución no ha impedido, sin embargo, que el principio no haya tenido un protagonismo sustancial en nuestro sistema jurídico. Así, el Tribunal Constitucional, siguiendo el camino iniciado por varios Tribunales de nuestro entorno y, muy especialmente, el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha acudido a dicho principio en multitud de resoluciones. Valga por to-

4 Tal principio de incorpora normativamente a nuestro ordenamiento jurídico en la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley ómnibus). El nuevo artículo 39 bis dispone ahora que “*Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias*”.

das, la Sentencia 66/1991, en la que literalmente se declara “no siendo los derechos que la Constitución reconoce garantías absolutas, las restricciones a que puedan quedar sometidos son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que propendan, y, por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad protegida, un sacrificio menor”.

Cierto es que, inicialmente, la doctrina jurisprudencial sobre tal principio se mostró excesivamente genérica e indeterminada, recurriendo únicamente al principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por ello, algunos autores relacionan dicho test con el juicio de ponderación, aunque ello puede resultar erróneo en la medida que el juicio de ponderación hace referencia específicamente al elemento de la proporcionalidad en sentido estricto, sin atender a los otros dos de idoneidad y necesidad⁵.

No será pues hasta los años noventa cuando se recoge el principio de proporcionalidad en su sentido amplio, incorporando junto a la proporcionalidad en sentido estricto, la idoneidad y la necesidad.

Por lo que se refiere a su contenido, este principio se encuentra estructurado en un conjunto articulado de tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de manera que el operador jurídico habrá de ir evaluando sucesivamente si la medida que al amparo del interés colectivo pretende limitar un derecho es constitucionalmente válida o no. Se ha apuntado, creemos que con acierto, que el fundamento de lo que constituye un método de resolución de conflictos entre derechos individuales e intereses colectivos no es otro que exigir al operador jurídico fundamentar de una manera clara y lógica tal limitación. Como expresa STONE, “*the concept of proportionality ... offers a transparent account of judicial reasoning*”⁶. En similares términos se expresan COHEN-ELIYA y PORAT cuando señalan que el principio de proporcionalidad permite al Juzgador estructurar mejor sus decisiones, lo que a la postre se convierte en una expresión de transparencia y en un mejor instrumento

5 Vid. RUIZ RUIZ, Ramón: “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 10, 2006-2007, pp. 67 y 68.

6 STONE, Adrienne: “The comparative constitutional law of freedom of expression”, en GINSBURG, Tom y DIXON, Rosalind: *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Northampton, 2011, p. 410.

de educación en derechos en la opinión pública y los poderes⁷.

Téngase en cuenta que, a la postre, el interés colectivo puede plantear ciertas suspicacias para el operador jurídico, tanto por su, en ocasiones, falta de concreción, como por haber sido un recurso frecuente al que han acudido los poderes públicos para limitar los derechos y libertades en atención a demandas e intereses de diversa índole. De este modo, suele partirse de una discutible presunción de inconstitucionalidad que solamente parece quedar salvada cuando la aceptación del límite basado en el interés general está claramente justificada. Tal es el fin que cumple el principio de proporcionalidad: despejar toda duda acerca de un ilegítimo recurso de los poderes públicos al interés general.

El análisis de la limitación del derecho a través de los tres subprincipios se traduce en la exigencia de valorar, en primer lugar, si la intervención pública es susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, finalidad que ha de constituir en sí misma un valor reconocido constitucionalmente (la protección de la vida o integridad de la propia persona o de terceros lo es sin lugar a duda); en segundo lugar, si es imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—); y, por último, ponderada o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.

Este razonamiento en orden a determinar la constitucionalidad de la medida ablatoria debe completarse con el concepto de núcleo esencial que actuará como límite infranqueable al último de los subprincipios, del de la proporcionalidad en sentido estricto. A este respecto, debe tenerse en cuenta que no es extraño que en la ponderación entre beneficios y perjuicios sea más fácil primar a los primeros sobre los segundos, sobre todo, en atención a que aquellos recaen sobre un colectivo, mientras que los segundos afectan a un individuo o un grupo determinado de individuos. Este es el verdadero riesgo que entraña el principio de proporcionalidad. Una vez superados los dos primeros subprincipios puede resultar sencillo

7 COHEN-ELIYA, Moshe y PORAT, Iddo: “American balancing and German proportionality: the historical origins” en BIX, Brian y SPECTOR, Horacio: *Rights: concepts and contexts*, Ashgate, Surrey, 2012, p. 468.

superar el tercero sobre la base de que siempre habrá de primarse lo que beneficia a mayor número, aunque sea potencial, de personas. Por ello, surge el concepto constitucional de núcleo esencial que conecta con la dignidad del ser humano y que impide que queden justificados beneficios colectivos que conlleven una afectación de lo que define a un individuo como ser humano y que lo diferencia de las cosas. El beneficio no podrá conllevar la cosificación de aquel sobre el que recae la medida ablativa. Así, pueden admitirse diferentes medidas que restrinjan los derechos y libertades de los individuos pero no aquellas que afecten al núcleo esencial, todo ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución o, al menos, sólo aceptarlas cuando el balance entre los daños individuales y los beneficios colectivos sea extraordinariamente favorable a éstos últimos.

En definitiva, dado que medidas tales como los internamientos involuntarios o contenciones físicas involuntarias en centros sanitarios o sociosanitarios tienen una incidencia directa en la libertad personal y, por ende, en la dignidad de la persona, los Tribunales habrán de acudir, en orden a determinar si la medida respetó o no tal derecho, al principio de proporcionalidad. Sin embargo, un análisis de las diferentes sentencias dictadas en los últimos años por los Tribunales ordinarios sobre los conflictos planteados al amparo de tales medidas de internamiento y contención nos va a permitir comprobar como el recurso al citado principio es infrecuente o, incluso, nulo. Puede, por tanto, afirmarse que si bien el principio de proporcionalidad tiene un protagonismo esencial a la hora de valorar los presuntos atentados a la libertad personal en sede constitucional, no ocurre lo mismo en sede de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

3. ANALISIS DE LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

3.1 Adopción de medidas de contención en el ámbito sanitario (psiquiatría)

Las reclamaciones por los daños sufridos en el ámbito psiquiátrico (pacientes y personal médico) suelen dirimirse en su mayoría en vía contenciosa por responsabilidad patrimonial de la Administración pública. La mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre la idoneidad de las medidas de contención en enfermos psiquiátricos las encontramos en reclamaciones patrimoniales por suicidios o intento de suicidio de enfermos psiquiátricos ingresados.

En este sentido, la doctrina del Supremo viene estableciendo que es requisito necesario analizar si el mismo era imprevisible e inesperado, y todo ello de acuerdo con la sintomatología que presentaba el paciente y, por tanto, si se actuó de acuerdo a la *lex artis* o no. Una de las últimas sentencias que ha dictado la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, 19 de junio de 2012 (STS 4327/2012), insiste en que la *lex artis* es el criterio fundamental para determinar la responsabilidad en este tipo de reclamaciones; analizando la idoneidad de las medidas de contención adoptadas atendiendo a la sintomatología que presentaba el paciente.

La sentencia declara que “*no existe relación de causalidad alguna entre la asistencia sanitaria prestada y el fatal desenlace que se produjo, sino que el mismo fue un hecho imprevisible e inesperado, ya que no hubo en ningún momento indicios de suicidio, ni el paciente había mostrado ideas autolíticas relacionadas con su proceso depresivo para el que recibía tratamiento y al que estaba respondiendo correctamente y en definitiva, la asistencia que se le prestó fue correcta y adecuada a la lex artis, faltando el requisito de la antijuridicidad del daño objeto de la presente reclamación, por lo que no cabe imputar título de responsabilidad a la Administración sanitaria, puesto que lo fundamental es el hecho de que se produzca la infracción de la lex artis que en este caso no se acredita*”.

En la misma línea, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 2012 (STS 6965/2012), estima la reclamación porque “*no valoró el riesgo autolítico, pues en el informe de alta no consta ninguna referencia o valoración del mismo, ya fuera positivo o negativo. La paciente había estado ingresada varias veces en ese Hospital y Don. A lo sabía, y sabía que la Historia Clínica estaba allí*”.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, 12 de septiembre de 2006 (STS 5230/2006), declara que es correcto no ingresar directamente a un enfermo mental en una unidad de psiquiatría cuando tiene que tratarse previamente de otras patologías en otros servicios: “*No cabe deducir ningún género de negligencia por parte de los funcionarios policiales. D. Benito se hallaba ingresado en la Unidad de Cuidados Intensivos, a la que había sido trasladado por un intento anterior de autolesión. La referida unidad médica, por su propia naturaleza y función permite siempre un control sanitario mucho más adecuado de cualquier paciente y*

además los policías estaban a la mayor proximidad permitida para evitar cualquier fuga, tal y como era su función, pese a lo cual, y por lo imprevisto el suceso, no pudieron hacer nada para evitar el suicidio”.

En otros, también en reclamaciones por suicidio o intento de suicidio, el Tribunal Supremo ha estimado la reclamación al considerar que no se ha cumplido el deber de vigilancia necesario con este tipo de pacientes.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2007 (STS 1656/2007), declara que *“el hecho acaecido fue imprevisible y el servicio sanitario no pudo evitarlo, no concurriendo relación de causalidad entre la actuación de dicho servicio y el luctuoso suceso acaecido. Las conclusiones de la sentencia recurrida no pueden ser aceptadas. El actor padecía antecedentes psiquiátricos, que habían determinado ingresos anteriores en el mismo hospital, que por tanto era conocedor de aquellos y que acuerda su ingreso precisamente en la unidad de psiquiátrica cuando es trasladado por sus padres al centro hospitalario tal y como tiene por probado la sentencia de instancia, presentando reagudización del cuadro psicótico con alucinaciones auditivas e ideas delirantes, unidad psiquiátrica que la propia Inspección Médica reconoce que carecía de mecanismos de protección tendentes a evitar defenestraciones u otros intentos de autolisis”.*

De ello debe concluirse que *“el actor no se encontraba en condiciones de normalidad y ello era conocido por el servicio sanitario que decide mantenerle ingresado en observación, precisamente en unidad médica especialmente cualificada, y que tenía por tanto el deber de vigilarle cuidadosamente, pues como se desprende de lo referido ninguna duda hay de que el paciente se encontraba privado de una capacidad normal de discernimiento debido a su alteración mental y tal alteración hacía previsible que se comportase creando riesgos como el de un intento de suicidio que efectivamente realizó. Así las cosas debe concluirse que no se tomaron por el Centro hospitalario, que carecía de medidas de especial protección en las ventanas, aquellas otras medidas de previsión y cuidado necesarios para prevenir el intento de suicidio que finalmente tuvo lugar”.*

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, 17 de abril de 2012 (STS 2366/2012), recuerda su propia doctrina, recogida en las Sentencias de 5 de febrero de 2007, 21

de marzo de 2007 y 19 de junio de 2007 de su Sección Sexta, en las que se concluye que *“no existen los suficientes datos fácticos que permitan acreditar la concurrencia de razones médicas que aconsejaran la adopción de una especial vigilancia sobre el paciente, cuya omisión constituyera causa adecuada y eficiente para que el finado atentara contra su vida”.*

Así pues, de la lectura de dicha Sentencias del Tribunal Supremo se deduce que el recurso al principio de proporcionalidad es prácticamente nulo en el enjuiciamiento de la idoneidad o no idoneidad de la medida de ingreso o contención. Ciertamente es que en dichos casos no se juzga directamente la idoneidad o no de la adopción de una medida de contención, sino la responsabilidad por los daños derivados por la falta de adopción de la medida o la insuficiencia de la misma. Sin embargo, ello no es óbice para que la Sala no acuda al principio de proporcionalidad, ya que la actuación de la demandada será o no antijurídica en la medida que la contención estuviera o no indicada, para lo que habrá que acudir a su enjuiciamiento a través del principio de proporcionalidad. Por ello, la ausencia del recurso a dicho principio debe llamar la atención. Parece, de este modo, que se siguieran dos maneras diferentes de enjuiciar los supuestos de hecho referidos a medidas de contención, dependiendo de que el objeto del recurso sea la evaluación directa de la medida o la evaluación indirecta de la misma en el marco de la decisión acerca de la acción de responsabilidad patrimonial.

Lo mismo ocurre si acudimos al análisis de las Sentencias de otros Tribunales diferentes del Supremo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (sede Valladolid), de 30 de diciembre de 2010 (nº 3063/2010, rec. 94/2006) analiza una reclamación por responsabilidad patrimonial desde un prisma médico, si se ha diagnosticado correctamente al paciente, y en consecuencia, si se han prescrito las medidas de contención adecuadas (suficientes o insuficientes): *“Tanto del informe de la Inspección Médica como del informe de la Dª Z se desprende que la actuación de los servicios sanitarios respecto a la paciente fue adecuada a la situación de la misma de agitación y agresividad por su patología psiquiátrica y por el hecho de tratarse de un internamiento no voluntario, del que se defiende la enferma físicamente como subrayó en su declaración la Dra. L. Era necesario adoptar medidas de contención verbal, física y farmacológica. Por ello precisaron ayuda de los guardias de seguridad para contener a la paciente*

y así poder inyectarle un sedante y era la paciente quien se tiraba al suelo”⁸.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sec. 3.ª) de 13 de junio de 2012 (nº 755/2012, rec. 7051/2012), también acude al criterio de la *lex artis* para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial. En concreto, si ha existido error o no del personal médico en la valoración del paciente cuando se decide retirar las medidas de contención (amarras), y pocos días después se suicida⁹: “Aún dando por supuesto que la pudiese sufrir esquizofrenia, tal premisa no permite afirmar por sí sola la existencia de ese pretendido nexo causal entre ella y el infortunado resultado producido, ya que la supresión de las medidas de contención inicialmente tomada era lo indicado al desaparecer los indicios de riesgo que al principio se advertían, que es lo que realmente hay que tener en cuenta a efectos de una posible responsabilidad sanitaria, ante la evidencia médica de que la mera existencia en una persona de una esquizofrenia no puede hacer prever una situación continuada de peligro de un posible suicidio, pues ello llevaría a unas medidas preventivas de contención permanentes, que la ciencia está claro que no admite como válidas y que son contrarias a las máximas de experiencia más elementales”.

8 La Dª L en su declaración judicial ante esta Sala manifestó que no podía administrarse una dosis mayor de sedación, sino que ésta debe hacer efecto y, en su caso, administrar otra dosis pasado cierto tiempo, también señala que con la contención se causan menos daños que los que se evitan. No sabe cuando se produjo la fractura de la rodilla de la paciente, porque fue advertida horas más tarde, en el Servicio de Psiquiatría y ha quedado probado en el procedimiento penal que no se la rompieron los guardias de seguridad, siendo que la única referencia a una patada de uno de los guardias es la que realiza la madre de la enferma quien declara que no vieron a ninguno de los vigilantes dar una patada y que las explicaciones las pidieron las enfermeras cuando vieron a su hija con la pierna rota en la habitación, que su hija fue la que les dijo que el vigilante que le dio la patada. Por otra parte, en el informe del Servicio de traumatología en la fractura de la meseta tibial puede causarse por una precipitación desde altura, que la pierna en su estado de agitación le quedase trabada y al realizar movimiento brusco sufriera un giro inesperado y pudiera partir y también que en la reducción dada la agitación hubiera podido sufrir a modo de palanca o movimiento la extremidad que le provocase la fractura y no hay forma de demostrar cuál es la causa de la fractura.

9 Paciente de veinticinco años con una esquizofrenia, con controles médicos periódicos y con una vida que transcurría con normalidad, hasta que se produjo un corte en el cuello cuando se afeitaba con una navaja. Fue intervenido en el hospital de Ourense, y después de unos días en la UCI fue trasladado a planta de ese centro, donde en un principio permaneció sujeto con amarras que solo eran soltadas cuando recibía visitas de familiares. El enfermo se arrojó al vacío tres días después de que la psiquiatra diera la orden médica de retirarle la sujeción al encontrarlo animado y arrepentido. Se reclama por no valorar la preexistencia de un cuadro de esquizofrenia.

En algunos casos sí se recoge alguna mención a la proporcionalidad, aunque sea incidentalmente. Así, puede mencionarse la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Sevilla (PO 159/08), en la que aplica la doctrina de la previsibilidad del suicidio atendiendo a los síntomas del paciente, y considera justificado que no estuviera ingresado en una unidad psiquiátrica: “Debe hacerse hincapié en que no nos hallamos en una Unidad Psiquiátrica, sino en una unidad de Cardiología, debiendo atenderse a la patología que presentaba el paciente y la finalidad terapéutica, colocación de un marcapaso, siendo el episodio de agitación o el cuadro agudo, algo imprevisto, ni siquiera la familia había informado de los antecedentes relacionados con la ideación suicida, hasta después de ocurrido el hecho, ni se contaba en aquéllos precisos momentos con ningún dato que hiciera pensar en el fatal desenlace. El suceso fue imprevisible y las medidas adoptadas en relación al paciente fueron proporcionadas y adecuadas a la situación que presentaba”.

También, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, secc. 10.ª, de 4 de mayo de 2012 (núm. 360/2012, rec. 265/2010), que vuelve a analizar la actuación del personal médico atendiendo a la patología del enfermo, y sus antecedentes clínicos: “No puede concluirse que las medidas de contención mecánica y de aislamiento de D.ª Sonia adoptadas en el Hospital Dr. RL fueran desproporcionadas ni que hubieran indebidamente adoptadas. Por el contrario, los antecedentes psiquiátricos de la paciente y los datos obrantes en el expediente administrativo justifican la adopción de aquellas, incumbiendo a la parte recurrente acreditar lo contrario”.

Esta Sentencia contiene una mínima referencia a la limitación de derechos que supone la adopción de estas medidas de contención, y aclara que “Se trata, en suma, de un internamiento psiquiátrico involuntario, por orden facultativa urgente y ratificado judicialmente. No cabiendo hablar de detención ilegal, ni de impedimento de ejercicio de derechos cívicos de una persona sobre la que se actúa para dispensarla el tratamiento médico adecuado a su patología psiquiátrica y en evitación, en la medida de lo posible, de que continúe con sus intentos auto líticos frecuentes”.

Es interesante la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de junio de 2010 (rec. 549/2008), en la que se analiza una re-

clamación por supuesta insuficiencia de las medidas adoptadas, e incluso a la ausencia de empleo de la camisa de fuerza, como principales para acreditar la mala praxis en el tratamiento del enfermo psiquiátrico.

La sentencia recoge las conclusiones de las periciales aportadas, destacando que se trata de medidas de urgencia excepcional realizada en momentos de crisis, que debe ser lo más corta posible, dados los riesgos físicos, incluida la muerte y emocionales. Y llega a la conclusión de que *“el paciente tuvo un tratamiento adecuado a la patología que presentaba. Patología en la que ya desde el principio y de forma continua evidenciaba el riesgo de suicidio. El psiquiatra en todo momento tuvo presente la posibilidad de que el paciente intentara suicidarse, como de hecho lo hizo alguna vez, y aquilató el grado de sujeción mecánica a sus valoraciones clínicas. Esta valoración no estaba exenta de riesgo, como de hecho llegó a producirse, pero el riesgo debía asumirse a lo largo del tratamiento, que se prolongaba durante más de quince días, y el hecho de que hubiera otros tratamientos alternativos es indiferente porque en todo caso, siempre se asumía el riesgo de que el fatal desenlace se produjera y sin que pueda sostenerse que lo adecuado era mantener al enfermo totalmente inmovilizado y desnudo aislado en una habitación desde el 12 de marzo hasta no se sabe en qué momento en que pudiera asegurarse la desaparición de las ideas autolíticas”*.

Finalmente, si encontramos una resolución judicial, concretamente, el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón núm. 8 de fecha 4 de mayo de 2012 (Recurso núm. 274/2012), en la que se analiza la adopción de las medidas de contención como una limitación de derechos y libertades del enfermo mental, acudiendo al principio de proporcionalidad. El Juzgado estudia una solicitud de autorización de una unidad de psiquiatría de un hospital para someter a un paciente a tratamiento ambulatorio obligatorio. En concreto, se plantea si es posible, de acuerdo con nuestro ordenamiento, una medida de este tipo tiene suficiente cobertura legal.

En este sentido, el Auto es interesante desde el punto de vista que recoge un resumen de las normas jurídicas aplicables a enfermos mentales y, de acuerdo con las mismas, concluye que las personas que sufren una enfermedad mental deben gozar de los mismos derechos y libertades básicas que los otros ciudadanos, sin discriminación por razones de enfermedad mental.

Añade que el paciente tiene derecho a ser tratado en el ambiente y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible, que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física y psíquica de terceros, y por regla general no debe llevarse a cabo ningún tratamiento contra la voluntad del paciente o independientemente de ella.

El tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) debe por tanto obedecer a los principios siguientes: a) necesidad para el fin que se persigue con él, b) proporcionalidad entre la limitación de la libertad del enfermo y la situación en que este se encuentre, c) respeto al contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona, d) excepcionalidad y e) temporalidad. Debiéndose ver el mismo, no como una limitación de la libertad del enfermo, sino mas bien como una medida de apoyo necesaria para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica”

Por todo ello, concluye que si nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil permite, siempre y cuando se adopte con las debidas garantías, que se autorice el internamiento forzoso de un enfermo mental en un centro psiquiátrico, obviamente para ser sometido a tratamiento médico farmacológico forzoso, incluso adoptando medidas de contención; con la única finalidad de evitar un empeoramiento en la salud he dicho enfermo, y si es posible su mejora. Es evidente, que con esas mismas garantías y esa misma finalidad, se podrá autorizar un tratamiento ambulatorio involuntario, que es menos coercitivo e limitador de la libertad del paciente. Garantizando con ello: 1.- se produzcan en relación a la misma persona, esos innumerables internamientos, llamados de puerta giratoria, 2.- se evite el estigma que supone para ese paciente, esos continuos internamiento en unidades psiquiátricas, 3.- se permita al paciente llevar una vida, personal, familia, social y laboral, similar al resto de personas; 4.- se frene el deterioro de la salud, que suele conllevar la renuncia al tratamiento, de forma injustificada, por no tener conciencia real de enfermedad.

Concluye el Auto que, siendo evidente que este TAI conlleva una limitación de derechos y libertades del enfermo mental, es necesario que dicha medida se adopte con un respeto máximo y absoluto de su derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, no se puede adoptarse sin una decisión judicial, sin respetar el derecho de audiencia y defensa del paciente, sin que intervenga el Ministerio Fiscal como figura ga-

rantista de la legalidad y defensa de los derechos de estas personas y sin que se acredite suficiente que no existen otras vías o soluciones mejores que puedan evitar el internamiento forzoso.

3.2 Adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario

El número de resoluciones judiciales por responsabilidad derivada de la adopción de medidas de contención en el ámbito sociosanitario es inferior, ya que se trata de un conflicto que se ha judicializado en fechas muy recientes. Aun así, se encuentran ya algunas decisiones que abordan la legalidad de tales medidas.

Entre ellas, podemos destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Secc. 1.^a), de 30 de junio de 2006 (núm. 1159/2006, rec. 79/2006), en la que se analiza el caso de un paciente que fallece tras un traumatismo craneoencefálico al caerse de la cama de una residencia en la que había ingresado para rehabilitación tras una intervención. La sentencia absuelve al profesional acusado de un delito de lesiones por imprudencia.

Al paciente, con un trastorno neurológico grave, se le adoptaron desde su ingreso unas medidas de contención conocidas como sistema de sábanas —barras laterales y una sábana anudada al cuerpo—, encaminadas a asegurar la sujeción del paciente a la cama, sin causarle excesiva opresión en el vientre que le impidiera cualquier movimiento, pero que eliminase el riesgo de caídas del enfermo de la cama al suelo.

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Secc. 1.^a), de 16 de abril de 2010 (rec. 809 /2008) señala que *“El ingresó a D^a Berta era meramente de alojamiento, no médico, que en el supuesto en cuestión se habían aportado los informes médicos que la familia había creído oportuno para determinar el tipo de cuidados en su convivencia con los restantes internos que debía tener, en el que se habían cumplido con rigurosidad las normas reglamentariamente establecidas, y sin que se haya acreditado negligencia ni comportamiento omisivo de clase alguna que hubiera determinado la caída de la residente. En este sentido, la inexistencia de una portilla en la mencionada escalera, que fue utilizado como argumento a favor de la responsabilidad de la entidad demandada, ni era exigencia reglamentaria, ni puede afirmarse que hubiera evitado el accidente, atendiendo las concretas circunstancias que concurrían en D^a Berta, como ha quedado expuesto”*.

4. CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad constituye la herramienta jurídica principal a los efectos de valorar la constitucionalidad de las medidas de contención en cuanto medidas limitadoras de la libertad personal que se consagra en el artículo 17 de la Constitución. El recurso a dicho principio es harto habitual por parte de nuestro Tribunal Constitucional, existiendo ya un cuerpo doctrinal muy completo tanto con carácter general como, específicamente, en relación a las medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario.

Sin embargo, un análisis de las más recientes resoluciones dictadas por los Tribunales ordinarios, tanto Tribunal Supremo como órganos judiciales inferiores, en el enjuiciamiento, principalmente, de los casos de responsabilidad por la falta de adopción de tales medidas nos permite comprobar como el uso de dicho principio es prácticamente inexistente. Con algunas contadas excepciones en las que los Tribunales hacen alguna mención a la proporcionalidad de la medida, parece ser práctica común valorar la legalidad de las mismas sin recurrir al citado principio. En este tipo de sentencias no se analiza la adopción de las medidas desde el punto de vista de la limitación de derechos y libertades del enfermo. Los Tribunales analizan la indicación de las medidas desde el prisma de la *lex artis* clínica, valorando la situación clínica del paciente, pero sin atender al principio de proporcionalidad. Además, hacen recaer habitualmente la carga de la prueba en la Administración.

Cierto es que en muchas de dichas decisiones judiciales lo que es objeto de enjuiciamiento no es directamente la medida en sí, ya que se trata de conflictos que surgen, no al amparo de la adopción de la medida, sino al amparo de los daños derivados de su adopción o no. Sin embargo, ello no es óbice para que por el Tribunal en dichos casos no se recurra al principio de proporcionalidad, ya que la antijuridicidad o no del daño y, por tanto, la estimación o desestimación de la petición de indemnización pasa necesariamente por determinar si la adopción de la medida o su falta venía exigida en el caso concreto y, para ello, el recurso al principio de proporcionalidad resulta a todas luces ineludible.

El debate que hemos planteado no responde a un mero problema de técnica jurídica, sino que, como hemos apuntado antes, provoca una alteración sustancial de la valoración judicial de las medidas de contención, de manera que la carga de prueba siem-

pre parece recaer en la Administración, tanto cuando pretenda adoptar dicha medida como cuando pretenda justificar su no adopción, como ocurre en los casos de responsabilidad patrimonial. Y ello no parece conforme con el principio *pro libertate* que exige que es precisamente quien reclama la adopción de la medida, ya sea la Administración, ya sea el reclamante de los daños derivados de su falta de adopción, quienes deben acreditar la legalidad de su adopción. Hacer recaer siempre en la Administración la carga de la prueba constituye una infracción del principio *pro libertate*.

En definitiva, sería conveniente que por los Tribunales ordinarios se acudiera con más frecuencia a dicho principio, sobre todo, en aras de crear una doctrina homogénea sobre la materia tanto aplicable a los casos en los que se enjuician directamente tales medidas como aquellos otros en los que el enjuiciamiento ha de hacerse en el marco de la acción de responsabilidad por daños.