

USO DE MEDIOS COERCITIVOS EN LOS ÁMBITOS SANITARIO Y SOCIO-SANITARIO

Luis Fernando Barrios Flores

Doctor en Derecho

Departamento de Estudios Jurídicos del Estado de la Universidad de Alicante

Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante

SUMARIO: 1. **Justificación de la coerción y crítica a su empleo:** 1.1. Justificación de la coerción; 1.2. Crítica a su empleo. 2. **Medios y medidas coercitivas en la práctica sanitaria y socio-sanitaria.** 3. **Marco regulador:** 3.1. España; 3.2. Instrumentos internacionales de referencia; 3.3. Propuesta de principios reguladores; 3.4. El desarrollo reglamentario y la relevancia de los Protocolos. 4. **Los derechos fundamentales en conflicto en el empleo/no empleo de la coerción:** 4.1. Los derechos fundamentales en juego; 4.2. Principios y reglas en Derecho; 4.3. El principio de proporcionalidad; 4.4. La aplicación del principio de proporcionalidad en materia de coerción. 5. **Responsabilidad por el empleo inadecuado o no empleo de la medida de contención o aislamiento cuando esta es necesaria:** 5.1. La responsabilidad en sede penal; 5.2. La responsabilidad en los órdenes civil y contencioso-administrativo. 6. **Bibliografía.** 7. **Abreviaturas.**

RESUMEN

La aplicación de medios coercitivos en los servicios sanitarios y socio-sanitarios debe restringirse al máximo y gozar de las adecuadas garantías. El empleo de dichos medios está además sujeto a eventuales responsabilidades.

PALABRAS CLAVE

Psiquiatría. Coerción. Práctica socio-sanitaria. Responsabilidades.

ABSTRACT

The use of coercive measures in health and socio-health care services must be restricted to the maximum and carried out respecting the adequate guarantees. The use of such means is subject to liability also.

KEYWORDS

Psychiatry. Coercion. Socio-health practice. Responsibilities.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA COERCIÓN Y CRÍTICA A SU EMPLEO¹

1.1 Justificación de la coerción

La intervención coercitiva en Psiquiatría se ha justificado en base al beneficio del propio paciente, por razones de defensa social e incluso con un fundamento mixto que conjuga los dos anteriores². En el caso de las Residencias (de discapacitados psíquicos, de mayores, ...), predomina el primero de los criterios enunciados; en las medidas de seguridad privativas

¹ A lo largo de esta publicación se utilizarán las abreviaturas indicadas en la sección Abreviaturas, al final de la misma.

² Vid. BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Medios coercitivos en psiquiatría: contención y aislamiento" (Cap. 275), en *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Tomo V. Psiquiatría Legal y Forense* (DELGADO BUENO, Santiago y MAZA MARTÍN, José Manuel, Coords.), Edit. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 569-570.

de libertad por razón de delito (internamientos penales), el fundamento básico es la peligrosidad para terceros; en otros casos (por ej. estancia en Unidades o Establecimientos psiquiátricos no penitenciarios), prepondera la invocación del fundamento mixto.

En el Derecho anglosajón la primera justificación (beneficio del propio paciente) se construye en torno a la figura del *parens patriae* que, aunque nace originalmente para la defensa de intereses colectivos³, se extiende después a sectores concretos de la población (los menores desvalidos primero, los enfermos mentales después⁴). En el Derecho continental europeo la formulación legitimadora de la intervención coercitiva en beneficio del paciente vino de la mano, entre otros, de Otto Mayer (1846-1924), quien analizó la coacción administrativa en su obra *Deutsches Verwaltungsrecht-Le droit administratif allemand* (1903)⁵, diferenciando dos tipos de coacción: la ejecución forzosa y la coacción directa. Lo característico de esta última es el uso de la fuerza por los agentes de policía, los cuales deben actuar, bien por disposición legal, bien en cumplimiento de un principio general cuya legitimidad es incontestable. Como ejemplo de este principio legitimador, cita Mayer el caso del suicida en el que está justificado el uso de la fuerza para proteger su vida. Se trataría en este caso de la “aplicación salvadora de la fuerza” (*rettende Gewaltanwendung*), ya que “en las relaciones entre los individuos existen circunstancias en las cuales un hombre hace uso de la fuerza contra otro sin que sea necesario defenderse o defender a un tercero de peligro alguno: lo hace más bien a causa de un peligro en que se encuentra el que sufre la fuerza”⁶.

Tras esta primera justificación subyace la cuestión de la aceptabilidad o no de algún tipo de paternalismo. Existen diferentes modalidades de paternalismo, unas se entienden justificables, otras dudosas, otras en fin son rechazadas de plano por injustificables.

3 *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208, 1901.

4 Cfr. por ej.: COOPER, Gary G.: “Civil commitment of mentally ill-right to treatment-*parens patriae* power-right to liberty”, *Akron Law Review*, Vol. 9, núm. 2, 1975, pp. 374-382; WESSON, Marianne: “Substituted judgment: the *parens patriae* justification for involuntary treatment of the mentally ill”, *Journal Psychiatry Law*, Vol. 8, núm. 2, 1980, pp. 147-165.

5 MAYER, Otto: *Derecho Administrativo Alemán II*, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 113 y ss.

6 Incluso se ha justificado el uso de la coerción “con fines meramente humanitarios” por parte de la Policía, para retener e inmovilizar a un sujeto en estado de enajenación mental a la espera de la llegada del dispositivo sanitario; AAP Pontevedra (Penal), Sec. 5ª, 2.10.2018, Pte. Fariña Conde (CENDOJ 36057370052018200323).

Es clásica en este sentido la distinción de Joel Feinberg (1926-2004)⁷, entre lo que primeramente denominó paternalismo “fuerte” y “débil” y posteriormente “duro” y “blando”. En el “débil”, un sujeto interviene sobre la base de la beneficencia o la no maleficencia sólo para prevenir una conducta *esencialmente involuntaria*, para proteger a personas contra sus propias acciones básicamente no autónomas (consentimiento no informado, depresión intensa, adicción aguda). En el “fuerte”, existen intervenciones concebidas para beneficiar a una persona, aunque las decisiones y acciones arriesgadas sean informadas y voluntarias; es decir, la injerencia se produce frente a decisiones esencialmente autónomas. En realidad, concluirá Feinberg “es gravemente erróneo pensar en (el paternalismo débil) como una forma de paternalismo (real)”. Tampoco cabría hablar de paternalismo, *strictu sensu*, en el caso del “paternalismo fiduciario” (voluntades anticipadas, instrucciones previas), ya que es el propio sujeto sometido a la restricción quien previamente autorizó la misma⁸.

En España, Atienza⁹ y Alemany¹⁰ admiten que, en determinadas condiciones, el paternalismo puede estar éticamente justificado. Siguiendo a Alemany -que mantiene una opinión parecida a la de Atienza-: “A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si: 1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitar esos daños, 2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en una situación de incapacidad básica del sujeto B, y 3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la

7 FEINBERG, Joel: “Legal Paternalism”, *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 1971, pp. 105-124 y del mismo autor: *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. III: Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 12-16. Este personaje, de reconocido prestigio, centró su obra en relación a los límites de la ley penal, desde una posición que autocalificó de liberal, en el sentido propugnado por John Stuart Mill, mas el interés que tiene aquí la cita de su obra la constituye su trilogía en la que se adentra en aspectos fundamentales del tema que aquí se trata, y fue publicada entre los años 1984 y 1988.

8 ENGELHARDT, H. Tristram: *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1986, pp. 281-283.

9 ATIENZA, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *DOXA*, núm. 5, 1988, p. 209.

10 ALEMANY, Macario: “El concepto y la justificación del paternalismo”, *DOXA*, núm. 28, 2005, p. 289. Ampliamente sobre el tema: ALEMANY, Macario: *El paternalismo jurídico*, Ariel, Barcelona, 2006.

posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incapacidad básica”. El paternalismo pues, estaría justificado éticamente cuando la intervención pretende que se supere una situación de desigualdad, resultado de una incompetencia básica¹¹. En esta línea, Dworkin ha afirmado que “el paternalismo sólo se justifica si preserva una mayor libertad para el individuo”¹².

El segundo de los argumentos que se utilizan para justificar la intervención involuntaria en psiquiatría alude a la “defensa social”, a la “peligrosidad” del enfermo mental y a la noción más utilizada en la actualidad de “riesgo de violencia”, que ha venido a sustituir al polisémico concepto de “peligrosidad”¹³. Aunque es cierto que la correlación enfermedad mental-peligrosidad ha sido calificada por algunos como “ilusoria”¹⁴ y discutible¹⁵, para otros, las personas que sufren trastornos mentales severos sí tienen un elevado riesgo de criminalidad y de comportamiento violento¹⁶. Polémicas aparte, cabría admitir que en algunos casos la enfermedad mental puede comportar un riesgo para sí o para otros, aunque por lo general dicha enfermedad concurre junto a otro tipo de factores (de riesgo). Investigaciones recientes han puesto

de manifiesto que solamente un pequeño número de pacientes mentales con trastornos severos tienen un riesgo de volverse violentos¹⁷. Y en este sentido, son de agradecer los esfuerzos de la doctrina por establecer y aplicar instrumentos de valoración del riesgo de violencia¹⁸. Cuando tal riesgo es alto, habrá que reconocer que, sin llegar a ningún de exceso¹⁹, parece admisible que la sociedad disponga de algún mecanismo de protección. El propio Otto Mayer ya lo señaló en el lugar citado, aludiendo al caso del loco furioso al que es preciso encerrar para evitar que cause daños a terceros. En la práctica este segundo argumento es usual en el ámbito penal, y más en concreto, cuando en la perpetración de hechos delictivos se aprecia la inimputabilidad (art. 20.1 CP) o semiimputabilidad (art. 21.1 CP) del autor y la peligrosidad de éste, lo cual justifica la imposición de una medida de seguridad (art. 6.1 CP), que en ocasiones conlleva una intervención coercitiva patente, el internamiento del irresponsable o semirresponsable (en especial arts. 101.1 y 104.1 CP).

En términos generales, el fundamento de la coerción en Psiquiatría es mixto, ya que atiende a una necesidad personal –beneficio del propio paciente– (fundamento primario) y a una necesidad social –evitación de daños a terceros– (fundamento secundario), lo cual viene reconociéndose en los principales instrumentos internacionales de referencia²⁰. Incluso, uno de los adalides del liberalismo, John Stuart Mill (1806-1873) conjugó ambos fundamentos, al afirmar que “el único propósito por el cual el poder puede ser ejercido contra la voluntad de un miembro de una comunidad civilizada es prevenir el daño a terceros”, ya que “sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su mente,

11 GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA*, núm. 5, 1988, pp. 155-173.

12 DWORKIN, Gerald: “Paternalism” en SARTORIUS, Rolf (Ed.): *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, p. 19.

13 ANDRÉS PUEYO, Antonio: “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dtor.) y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.): *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 555-580. En la actualidad se ha sustituido la identificación de la peligrosidad por la valoración del riesgo de violencia; Vid. ANDRÉS PUEYO, Antonio y REDONDO, Santiago: “Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del Psicólogo*, núm. 28, 2007, pp. 157-173.

14 Vid. por ejemplo: SHAH, Saleem A.: “Dangerousness: some definitional, conceptual and public policy issues”, en: SALES, Bruce Dennis (Edit.): *Perspectives in law and psychology, Vol. 1. The Criminal Justice System*, Plenum Press, New York, 1977, pp. 91-121; MONAHAN, John: *Predicting violent behavior. An assesment of clinical technique*, Sage, London, 1981.

15 HEGGLIN, María Florencia: *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 71-160.

16 BENEZECH, M., FORZAN-JORISSEN, S. y GROUSSIN, A.: “Le concept d’état dangereux en psychiatrie médico-légale”, *Journal de Médecine Légale et Droit Médical*, Vol. 40, núm. 5, 1997, pp. 330 y 332.

17 STUART, Heather.: “Violencia y enfermedad mental: una consideración general”, *World Psychiatry (Edición en Español)*, Vol. 1, núm. 2, 2003, pp. 121-124.

18 En la doctrina española, vid. por ejemplo: CARRASCO ORTIZ, Miguel Ángel: “Evaluación de la conducta agresiva”, *Acción psicológica*, Vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 67-81; ARBACH, Karin y ANDRÉS PUEYO, Antonio: “Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28, núm. 3, 2007, pp. 174-186; ANDRÉS PUEYO, Antonio y REDONDO ILLESCAS, Santiago: “La predicción de la violencia...”, *op. cit.*; ANDRÉS PUEYO, Antonio y ECHEBURÚA, Enrique: “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, Vol. 22, núm. 3, 2010, pp. 403-409.

19 Cfr. VERDÚN, M.: *El peligro psíquico*, Razón y Fe, Madrid, 1958, pp. 332-356.

20 El art. 8 Rec (2004) 10, al referirse al principio de restricción mínima, reconoce también esta doble fundamentación. Y el Principio 16.1.a) PONU, si bien refiriéndose a un ámbito más amplio (la admisión involuntaria), hace mención a la existencia de “un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros”.

el individuo es soberano”; si bien, añadió a continuación, esta doctrina solo es aplicable a los seres humanos que se encuentren en la “madurez de sus facultades”, ya que los que sigan precisando la atención de terceros deben ser protegidos de sus propias acciones²¹.

1.2 Crítica a su empleo

La crítica contra el empleo de la coerción en salud mental viene de antiguo, siendo uno de los representantes más destacados de esta posición en las últimas décadas Thomas Szasz²².

En España, además de haberse constituido la “Plataforma Nacional sin Sujeciones”²³, la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) se ha mostrado claramente crítica con el empleo de la coerción en salud mental²⁴. Su empleo, ha afirmado, supone un ataque a la dignidad de la persona y una vulneración de los derechos y libertades de los pacientes; en el caso español los reconocidos en los arts. 10, 15.1, 17.1 y 18.1 CE. Además de razones legales, hay argumentos éticos en contra de estas prácticas; por ejemplo, la contención mecánica, en adecuadas condiciones, aunque con ella pudieran obtenerse buenos resultados, debería postergarse por razones éticas. Pero, de aplicarse, debería hacerse previa autorización judicial –en los escasos casos en que la contención no vaya a aplicarse de inmediato- o bien informando de la adopción de la medida al Juez en caso de urgencia y, además, desde una ética de la responsabilidad, deberían implementarse “recomendaciones y garantías éticas en las situaciones excepcionales, en las que no se puede evitar una medida coercitiva y, a la vez, pensar en

los requisitos o condiciones que han de producirse para que sean innecesarias dichas medidas”. En definitiva, la posición de la AEN sobre esta materia es que la coerción (especialmente en lo que concierne a la contención y al aislamiento) no debe emplearse por razones éticas y, de tener que emplearse –en casos excepcionales-, debe dotarse la intervención de rigurosas garantías, buscando a la vez alternativas al empleo de la misma.

En el ámbito parlamentario también ha habido iniciativas abogando por la eliminación de las sujeciones mecánicas. Así la Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario “Ciudadanos” referida a la eliminación de estas medidas en el ámbito asistencial (Centros y Residencias Geriátricas y Centros de asistencia a personas con enfermedades mentales o neurodegenerativas). Esta Proposición, que fue aprobada con modificaciones, se refiere a la instauración de un registro de sujeciones, a la revisión de la medida por un facultativo ajeno al Centro en el que se ha aplicado y a la aprobación de programas para la eliminación progresiva de las sujeciones y para la evaluación de las medidas adoptadas²⁵. Paralelamente, varios Parlamentos autonómicos han aprobado propuestas para la regulación/reducción de las sujeciones mecánicas²⁶.

Todas estas propuestas se enmarcan en una corriente a nivel global que aboga, cuando menos, por la reducción en particular de las contenciones en el ámbito de la salud mental²⁷. En lo que sin duda ha influido la constatación de los riesgos que suponen medidas como la contención²⁸.

21 MILL, John Stuart: *On Liberty*, John W. Parker and Son West Strand, London, 1859, pp. 22-23.

22 SZASZ, Thomas: “The Case against Psychiatric Coercion”, *The Independent Review*, Vol. 1, núm. 4, 1997, pp. 485-498.

23 Forman parte de ella varias asociaciones y el Consejo General de Enfermería.

24 LEAL RUBIO, José, SANTOS URBANEJA, Fernando, ROIG, Alicia, MORENO, Ana, HERNÁNDEZ, Mariano y DíEZ, M^a Eugenia: “Aspectos éticos y legislativos”, en BEVÍA FEBRER, Begoña y BONO DEL TRIGO, Águila (Coords.): *Coerción y salud mental*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Cuadernos Técnicos, núm. 20, Madrid, 2017, pp. 91-108. A tener en cuenta asimismo la declaración contra la coerción en salud mental plasmada en el “Manifiesto de Cartagena por unos servicios de salud mental respetuosos con los derechos humanos y libres de coerción”, Cartagena, 3 de junio de 2016, firmado por representantes de AEN-PSM, “En primera persona”, VEUS y Confederación SM España.

25 Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones, XII Legislatura, núm. 229, pp. 2-5.

26 LEAL RUBIO, José, SANTOS URBANEJA, Fernando, ROIG, Alicia, MORENO, Ana, HERNÁNDEZ, Mariano y DíEZ, M^a Eugenia: “Aspectos éticos y legislativos”, *op. cit.*, pp. 101-102.

27 A mero título de ejemplo: DONAT, Dennis C.: “Encouraging Alternatives to Seclusion, Restraint, and Reliance on PRN Drugs in a Public Psychiatric Hospital”, *Psychiatric Services*, Vol. 56, núm. 9, 2005, pp. 1105-1108; GASKIN, Cadeyrm, J., ELSOM, Stephen J., y HAPPELL, Brenda: “Interventions for reducing the use of seclusion in psychiatric facilities: review of the literature”, *The British Journal of Psychiatry*, Vol. 191, núm. 4, 2007, pp. 298-303; RECUPERO, Patricia R., PRICE, Marilyn, GARVEY, Keelin A., DALY, Brian y XAVIER, Sarah L.: “Restraint and Seclusion in Psychiatric Treatment Settings: Regulation, Case Law, and Risk Management”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 39, núm. 4, 2011, pp. 465-476.

28 MOHR, Wanda K. PETTI, Theodore A. y MOHR, Brian D.: “Adverse Effects Associated With Physical Restraint”, *Canadian Journal of Psychiatry*, Vol. 48, 2003, pp. 330-337; DICKSON, B.C. y POLLANEN, M.S.: “Fatal thromboembolic

Por lo que respecta al uso de sujeciones físicas en el ámbito sociosanitario, se ha constatado su abundante aplicación en residencias geriátricas²⁹. Frente a esta práctica, no faltan detractores de la misma; por ejemplo Burgueño³⁰ que ha puesto de relieve el conjunto de falacias existentes acerca de los motivos que justifican su uso, llegando a la conclusión de que, salvo raras excepciones, las sujeciones no responden a ninguna necesidad de la persona, no previenen, no curan, no ayudan al diagnóstico, no son terapéuticas, quitan capacidad y son causa de graves complicaciones. La viabilidad del no empleo de sujeciones se pone de manifiesto con la existencia de centros con cero sujeciones y de que van apareciendo modelos de cuidado sin sujeciones físicas en residencias de mayores con buenos resultados³¹.

Pero es que, además de lo anterior, los riesgos de las sujeciones en ancianos son evidentes, incluida la muerte³², y más frecuentemente las lesiones consecuencia de caídas³³. Todo ello ha abonado la aparición de cada vez más abundantes propuestas para la eliminación de las sujeciones en estos establecimientos³⁴.

disease: a risk in physically restrained psychiatric patients”, *Journal of Forensic Legal Medicine*, Vol. 16, núm. 5, 2009, pp. 284-286.

29 COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario”, 7 de junio de 2016, p. 4.

30 BURGUEÑO, Antonio Andrés: “Falacias sobre sujeciones (contenciones) físicas”, *Dilemata*, núm. 19, 2015, pp. 135-147.

31 URRUTIA BEASCOA, Ana M^a: *Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación*, Tesis doctoral (Dtores. José Manuel Ribera Casado y Javier Aranceta Bartrina), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015.

32 Vid. por ejemplo: QUINTERO-URIBE, Luis Carlos, BLANCO ARRIOLA, Lucía y ZARRABEITIA, María Teresa: “Muertes provocadas por cinturones de contención en ancianos encamados”, *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 38, núm. 1, 2012, pp. 28-31.

33 FARIÑA-LÓPEZ, Emilio: “Problemas de seguridad relacionados con la aplicación de dispositivos de restricción física en personas mayores”, *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Vol. 46, núm. 1, 2011, pp. 36-42.

34 TORTOSA, M. Ángeles, GRANELL, Rafael, FUENMAYOR, Amadeo y MARTÍNEZ, Mary: “Efectos de un programa de eliminación de sujeciones físicas sobre personas mayores con demencia en residencias”, *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, Vol. 51, núm. 1, 2016, pp. 5-10. Estos autores realizaron un estudio cuasi experimental en dos residencias de mayores con demencia y obtuvieron como resultado que en el centro en el que suprimieron las sujeciones hubo una mejoría en el bienestar y autonomía de los residentes e incluso hubo una ligera mejoría en el número de caídas.

En lo relativo al empleo de contención química en ancianos institucionalizados hay que compartir las conclusiones a las que llega Beltrán: su empleo requiere consentimiento informado (por escrito si conlleva riesgos notorios, o verbal si no los tuviera) y debe considerarse ilegal y una conducta constitutiva de *mala praxis* el empleo de psicofármacos en estos establecimientos, por razones de comodidad de personal o por razones organizativas³⁵.

Igualmente, frente a quienes siguen defendido el uso de coerción, hay sugerencias solventes para utilizar intervenciones humanísticas como alternativas a tal uso³⁶ o modelos de coerción informal³⁷.

2. MEDIOS Y MEDIDAS COERCITIVAS EN LA PRÁCTICA SANITARIA Y SOCIO-SANITARIA

En el contexto hospitalario o residencial³⁸, básicamente son cuatro los medios/medidas que pueden ser calificados de coercitivos³⁹:

- El internamiento involuntario o forzoso, entendiéndose por tal aquella modalidad de internamiento que se justifica en base a la peligrosidad del paciente para sí mismo, hacia terceros o bien por necesidades de tratamiento.

35 BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “Uso de psicofármacos en personas ancianas institucionalizadas: razones y legalidad aplicable”, *Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 1, 2016, pp. 39-62.

36 LIBERMAN, Robert Paul: “Commentary: Interventions Based on Learning Principles Can Supplant Seclusion and Restraint”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 39, núm. 4, 2011, pp. 480-495.

37 VALENTI, Emanuele, BANKS, Ciara, CALCEDO-BARBA, Alfredo, BENSIMON, Cecile M., HOFFMANN, Karin-Maria, PELTO-PIRI, Veikko, JURIN, Tanja, MÁRQUEZ MENDOZA, Octavio, MUNDT, Adrian P., RUGKASA, Jorun, TUBINI, Jacopo y PRIEBE, Stefan: “Informal coercion in psychiatry: a focus group study of attitudes and experiences of mental health professionals in ten countries”, *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, 2015.

38 Quedan fuera de este análisis otro tipo de actuaciones directamente coercitivas que preceden al ingreso hospitalario/residencial (traslado forzoso del sujeto a dichos establecimientos) o que poseen un carácter tratamental involuntario que se desarrolla en el medio abierto (tratamiento ambulatorio involuntario o forzoso).

39 BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic., 2003, pp. 152-153.

- El aislamiento terapéutico, entendiendo por tal la ubicación de un paciente en una habitación cerrada, destinada a la separación del paciente de su entorno.
- La contención o inmovilización terapéutica, que viene referida a la fijación o sujeción de, cuando menos, alguno de los miembros del paciente mediante dispositivos mecánicos *ad hoc*, a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infligirse a sí mismo o a otros.
- El tratamiento médico forzoso, entendiendo por tal la implantación de terapias sin contar con la voluntad personal del paciente.

En estas páginas abordaré en particular dos de dichos medios/medidas: la contención (sujeción mecánica) y el aislamiento. Y ello en un contexto de personas adultas y nacionales de este Estado, ya que el empleo de los medios/citados con menores o con extranjeros (Centros de internamiento de menores o de extranjeros), aunque está regido por buena parte de los principios que se indicarán, posee un marco normativo diferenciado y perfiles propios.

3. MARCO REGULADOR

3.1 España

La primera norma con rango legal que regula la materia que aquí se trata se contenía en el art. 10.6 y 9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁴⁰, preceptos que fueron derogados por la posterior Ley 41/2002, 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP).

40 Aunque se trate de una materia que aquí no es objeto de nuestra atención indicar que, días antes de la Ley General de Sanidad, fue aprobada la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, legitima a las Autoridades sanitarias para que puedan “adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” (art. 2), medidas que pueden incluso extenderse a terceros, en el caso de que hayan estado en contacto con los enfermos contagiosos (art. 3). Una medida usual en estos casos, es el aislamiento del paciente y eventualmente de dichos terceros. A la precitada normativa se remite el art. 9.2.a) de la LAP.

Tras la Ley General de Sanidad, España ratificó 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 (CDHB, en adelante), que se integró en nuestro Derecho interno⁴¹ y que sirve de pauta interpretativa a tenor del art. 10.2 CE. Tras establecer la regla general de que, en el ámbito de la sanidad, solo cabe efectuar una intervención tras haber obtenido el consentimiento libre e informado de la persona afectada (art. 5 CDHB), dispone la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, a través de un mecanismo de representación, teniendo presente siempre que solo cabe llevar a cabo dicha intervención cuando ésta redunde en beneficio directo de dichas personas (art. 6 CDHB). Se completa la regulación del CDHB estableciendo, de un lado, que en el caso concreto de las personas que sufran trastornos mentales, la intervención involuntaria ha de tener “por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso” (art. 7 CEDH). De otro lado, ante situaciones de urgencia, de no ser posible obtener el consentimiento adecuado “podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada” (art. 8 CDHB).

Tras entrar en vigor en España el CDHB, la Comunidad Autónoma de Cataluña se anticipó a la legislación estatal, aprobando la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica, que contiene en su art. 7 una regulación de las excepciones a la exigencia del consentimiento y al otorgamiento del consentimiento por sustitución, sensiblemente similar a la Ley estatal que a continuación se cita.

Casi dos años después de la Ley catalana, fue aprobada la mentada LAP, normativa que fue aprobada con carácter de legislación básica, y por consiguiente de aplicación a todo el Estado, de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.1ª y 16ª CE (Disp. Adic. 1ª LAP). La LAP también reconoce, en su art. 8.1, la regla general del previo consentimiento

41 Fue ratificado mediante Instrumento publicado en el BOE el 24 de octubre de 1999, cumpliéndose el requisito previsto en los arts. 96.1 CE y 1.5 del Código Civil.

libre e informado antes de cualquier actuación en el ámbito de la salud. Y, además, regula en sus arts. 9.2.b) y 9.3, respectivamente, la posibilidad de intervención sin necesidad de contar con el consentimiento del paciente en caso de “riesgo inmediato grave”⁴² y el consentimiento por representación⁴³.

Tras la LAP, tal vez de forma tan reiterativa como innecesaria varias Comunidades Autónomas han abordado igualmente la regulación sobre actuaciones legítimas sin consentimiento o mediante consentimiento sustituto. Por razones de espacio no se aludirá aquí a las mismas, como tampoco se hará con el heterogéneo panorama europeo sobre regulación de la coerción⁴⁴.

Sin embargo, en España no existe ninguna regulación civil o administrativa específica sobre empleo de medios y medidas coercitivas, salvo la previsión del art. 763 LEC (internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico) y el contenido de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 abril. Medidas Especiales en materia de salud pública (medios y medidas, incluso involuntarias, en el caso de enfermedades transmisibles).

A este respecto, desde hace tiempo han postulado varios autores la necesidad de promulgar una ley

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

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:

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”.

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

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 tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

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, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”.

44 Vid. por ej.: KALLERT, Thomas W. y TORRES GONZÁLEZ, Francisco (Eds): *Legislation on Coercive Mental Health Care in Europe. Legal Documents and Comparative Assessment of Twelve European Countries*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006.

sobre tratamientos sanitarios involuntarios⁴⁵. Ley por tanto que tendría carácter general, pues tal como se contemplara en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985: “no es aconsejable médica ni jurídicamente el desarrollo legislativo referido a internamientos psiquiátricos, lo que no parece conforme con el principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley, sino más bien su desarrollo junto con todos aquellos otros casos en los que deba producirse la situación de internamientos involuntarios por motivos sanitarios y aceptables únicamente con fines terapéuticos”⁴⁶. En dicha Ley general, podría admitirse -a juicio de Santos- que se contemplasen las particularidades de determinados colectivos⁴⁷.

Distinto camino ha seguido el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, con la Proposición de Ley de derechos en el ámbito de la salud mental de 27 de febrero de 2019⁴⁸. Como su nombre indica esta Proposición es específica en materia de derechos en salud mental -rompiendo la ya arraigada posición del legislador español de no diferenciar jurídicamente a este grupo de población-. Se reconoce en dicha Proposición la libre adopción de decisiones “sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes” (art. 2.3), estableciendo que ningún tratamiento puede llevarse a cabo sin consentimiento libremente otorgado (art. 10.2) -si bien se admiten las voluntades anticipadas (arts. 15 y 16)-, postula la ausencia de coerción o coacción en cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico (art. 14) y prohíbe todo tipo de internamiento involuntario (art. 26). En lo que aquí particularmente interesa, la coerción, llamativamente no se establece en la Proposición una prohibición total -a diferencia de lo que sucede con el internamiento involuntario-, sino que se adoptan -en el art. 25- dos estipulaciones:

45 COBREROS MENDAZONA, Eduardo: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español), HAEE/IVAP, Oñati, 1988, p. 411; SANTOS URBANEJA, Fernando en *Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández*, Madrid, 1999, pp. 417.

46 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1985, p. 210.

47 SANTOS URBANEJA, Fernando: “Derecho y Salud Mental. Criterios para la formulación de un sistema eficiente”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, Vol. 6, núm. 1, 2006, p. 11.

48 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, núm. 376-1, 8.3.2019. Esta proposición decayó como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales el 5.3.2019.

de una parte, la instauración de “nuevas políticas y prácticas que deben ir encaminadas a formar a los equipos profesionales para evitar la contención mecánica y cualquier otra práctica coercitiva”; de otra, la creación de un registro de contenciones mecánicas en los centros sociosanitarios. Habrá de reconocerse la discordancia existente entre el trato que se propone entre ambas medidas involuntarias (internamiento y empleo de la coerción).

Al margen de lo plausible de una futura Ley de tratamientos (e internamientos) no voluntarios, la necesidad de regular las medidas de contención mecánica fue puesta de manifiesto en un informe del Defensor del Pueblo el 11 de noviembre de 2005, en el que postuló una modificación del art. 763 LEC a fin de que se incluyera en él la necesidad de autorización judicial o la comunicación pertinente cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de la contención mecánica u otras medidas restrictivas de la libertad individual o de otros derechos fundamentales⁴⁹.

3.2 Instrumentos internacionales de referencia

Como hasta aquí se ha visto, tanto el CDHB como la normativa española, carecen de cualquier mención específica a los dos medios/medidas coercitivas que son objeto de atención en estas páginas, la contención y el aislamiento.

Precisamente por ello, parece pertinente aludir a los principales instrumentos internacionales de referencia al respecto, ciñéndonos en esta exposición al ámbito europeo⁵⁰. En el seno del Consejo de Europa se han hecho interesantes aportaciones sobre esta temática, bien en forma de Recomendaciones, bien a través de la labor del Comité Europeo para la prevención de la tortura en la supervisión de las prácticas que se llevan a cabo en establecimientos en los que se produce la privación de libertad; también ha habido algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Recomendación del Consejo de Europa Rec 1235 (1994), relativa a la Psiquiatría y los derechos del hombre, de 12 de abril de 1994 dispone, de un lado que “el uso de las celdas de aislamiento deberá

ser estrictamente limitado”; y de otro que “no deberá usarse la contención mecánica”, a la vez que “el uso de medios de contención farmacológicos debe ser proporcionado al objetivo buscado” (apartado iii.b) y c).

Diez años después de la anterior, se aprobó la Recomendación Rec (2004) 10 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas aquejadas de trastornos mentales, de 22 de septiembre de 2004 [Rec (2004) 10, en adelante]. Tras establecer en su art. 7 un principio de protección de las personas aquejadas de trastornos mentales, su art. 27 incorpora cambios significativos respecto a la Recomendación anterior de 1994, al señalar:

“1. El aislamiento o a la contención no deben emplearse más que en instituciones apropiadas, cumpliendo el principio de menor restricción, y para prevenir un inminente daño para la persona concernida o para otro, siendo siempre proporcionales a los eventuales riesgos existentes.

2. Dichas medidas no deberán llevarse a cabo más que bajo supervisión médica, debiendo apropiadamente consignarse por escrito.

3. Además de lo anterior:

i. la persona objeto de una medida de aislamiento o contención deberá beneficiarse de un seguimiento regular;

ii. las razones para recurrir a estas medidas, y la duración de su aplicación, deberán ser consignados en el historial médico de la persona y en un registro.

4. Este artículo no es de aplicación a la contención momentánea”.

Una importante labor en este campo la ha llevado a cabo el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), que fue creado a raíz de la aprobación del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, habiendo sido ratificado por España⁵¹.

Precisamente, en materia de coerción en establecimientos relacionados con la salud mental, el CPT ha

49 DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual 2005*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 192-197.

50 En el caso de Naciones Unidas, son de obligada referencia los PONU, ya citados, si bien no se refieren específicamente a la contención y al aislamiento.

51 Mediante Instrumento de 28 de abril de 1989 (BOE, de 5 de julio).

elaborado el 8º Informe General [CPT/Inf (98) 12], el 16º Informe General [CPT/Inf (2006) 35]⁵² y también el Informe CPT/Inf(2017) 6, de 21 de marzo de 2017, que llevó a cabo una revisión de las normas del CPT en relación al empleo de medios de contención en los establecimientos psiquiátricos para adultos.

Al establecer el CPT en sus *Standards* numerosas prescripciones en materia de coerción, merece la pena hacer una síntesis de las mismas. El CPT prestó atención a las “medidas de represión en establecimientos psiquiátricos para adultos”, por el potencial de abusos y malos tratos a que pueden dar lugar tales prácticas⁵³, y dado que “la ausencia de violencia y abusos por parte del personal a los pacientes o entre los pacientes constituye un requisito mínimo indispensable” [para el tratamiento y respeto a la dignidad de los pacientes]⁵⁴.

En esta materia, es precisa una política claramente definida sobre el uso de la contención⁵⁵ y del aislamiento⁵⁶, en la que estén involucrados tanto los directivos como el resto del personal de los establecimientos y que debería estar orientada a prevenir el empleo de la coerción y a indicar claramente los medios coercitivos que pueden utilizarse, las circunstancias en que pueden ser aplicados, los criterios prácticos de aplicación, la vigilancia requerida y las medidas a adoptar una vez que cese el empleo de la coerción. Se deberían abordar asimismo aspectos tales como la formación del personal, el establecimiento de registros, los dispositivos de seguimiento –interno y externo- y los mecanismos de queja. De esta política deberían tener conocimiento los propios pacientes⁵⁷. En definitiva, toda institución psiquiátrica debería contar con una regulación general, cuidadosamente

elaborada -con participación de los directivos y el personal-, sobre la coerción⁵⁸.

El CPT reconoce que el empleo de medios coercitivos puede ser necesario en ocasiones en los establecimientos psiquiátricos en pacientes “agitados y/o violentos”⁵⁹, en “pacientes nerviosos o violentos”⁶⁰, en “pacientes psiquiátricos violentos que representen un peligro para ellos mismos o para terceros”⁶¹. Estos medios tienen naturaleza de medidas de seguridad, sin tener una finalidad terapéutica⁶². La justificación de los mismos es conseguir que los hospitales sean “lugares seguros, tanto para los pacientes como para el personal”⁶³. Ahora bien, “sólo se debería controlar a un paciente como último recurso, como una medida extrema adoptada para impedir una lesión inminente o para reducir un gran nerviosismo y/o violencia”⁶⁴. Como *ultima ratio* para evitar que los pacientes se dañen o dañen a otro⁶⁵. En ningún caso deben aplicarse como forma de castigo, ni la contención⁶⁶ ni el aislamiento⁶⁷.

Como principio general, “los pacientes psiquiátricos deberían ser tratados con respeto y dignidad, de una manera positiva y humana, que respetara sus decisiones y su autodeterminación”⁶⁸. De ser empleados medios coercitivos deben ser aplicados conforme a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad⁶⁹. A este respecto, el CPT reitera que todos los tipos de contención y los criterios de utilización deben estar legalmente establecidos⁷⁰.

Ha de velarse porque el empleo de la coerción no agrave la salud física y mental de los pacientes⁷¹. Por ello, en la medida de lo posible, los tratamientos terapéuticos preexistentes no deben interrumpirse

52 La parte relativa al uso de la coerción en Psiquiatría (a la que dedica este Informe General los §§ 37-54) recoge que el uso de la fuerza en instituciones psiquiátricas para adultos venía suscitando polémica, habiendo diferentes tradiciones psiquiátricas defendido métodos alternativos para controlar a estos pacientes [CPT/Inf (2006) 35, § 36, pfo. 1º], a la vista de lo cual, el CPT se muestra alerta ante posibles abusos en el empleo de estos medios, por lo que creyó llegado “el momento de ampliar sus observaciones anteriores y estaría encantado de recibir comentarios procedentes de profesionales”, buscando un “diálogo constructivo” [CPT/Inf (2006) 35, § 36, pfo. 1º]. Este Informe, sin duda, ahondó sobre la problemática subyacente al tema en cuestión, e introdujo algunas novedades sustanciales, que luego se dirán.

53 CPT/Inf (98) 12, § 47, pfo. 1º; CPT/Inf (2006) 35, § pfo. 2º; CPT/Inf (2017) 6, (Introducción).

54 CPT/Inf (2006) 35, § 36, pfo. 2º

55 CPT/Inf (98) 12, § 47, pfo. 2º.

56 CPT/Inf (98) 12, § 49, pfo. 1º.

57 CPT/Inf (2017) 6, § 1.7.

58 CPT/Inf (2006) 35, § 51.

59 CPT/Inf (98) 12, § 47, pfo. 1º.

60 CPT/Inf (2006) 35, § 36, pfo. 2º.

61 CPT/Inf (2017) 6, § 1.1.

62 CPT/Inf (2017) 6, § 1.5.

63 CPT/Inf (2006) 35, § 37, pfo. 1º.

64 CPT/Inf (2006) 35, § 43, pfo. 1º

65 CPT/Inf (2017) 6, § 1.4.

66 CPT/Inf (98) 12, § 48, pfo. 1º; CPT/Inf (2017) 6, § 1.6.

67 CPT/Inf (98) 12, § 49, pfo. 3º.

68 CPT/Inf (2006) 35, § 37, pfo. 1º

69 CPT/Inf (2017) 6, § 1.2.

70 CPT/Inf (2017) 6, § 1.3.

71 CPT/Inf (2006) 35, § 47, pfo. 2º.

con motivo del empleo de medios coercitivos, y los pacientes dependientes de sustancias deben recibir el tratamiento oportuno frente al síndrome de abstinencia⁷².

Se impone la gradualidad en el empleo de los medios coercitivos. De tal modo que ha de ser preferente la contención oral, luego la manual y sólo en último término la mecánica⁷³. Es decir, “se debería evitar el recurso sistemático a métodos de represión mecánica o química cuando para calmar a la persona fuera suficiente un breve período de control manual en combinación con métodos psicológicos”; no obstante lo cual “el uso de la persuasión verbal, es decir, hablar con el paciente para calmarle, es la técnica preferida por el CPT, aunque en algunos casos tal vez resulte necesario recurrir a otros métodos que restrinjan directamente la libertad de movimientos del paciente”⁷⁴.

Debe optarse por el medio de contención menos restrictivo posible y menos peligroso, tomándose en consideración la opinión del paciente (sus preferencias) y la experiencia pasada⁷⁵.

Todos los medios de contención deben ser aplicados con la competencia y diligencia precisas para reducir al mínimo los riesgos por daños, y no causar sufrimientos al paciente⁷⁶ y preservar su dignidad, lo que requiere la debida formación del personal⁷⁷.

En lo referido a la contención manual, el personal debería recibir formación adecuada, para reducir el riesgo de heridas al paciente y al personal⁷⁸ y para proporcionar a dicho personal “las dotes de mando apropiadas para que puedan hacer frente de manera éticamente correcta al reto que plantea un paciente nervioso y/o violento”⁷⁹. Dicha formación, que ha incluir cursos de actualización, no debería centrarse únicamente en enseñar al personal sanitario cómo aplicar los métodos de control, sino que, lo que es igualmente importante, debería también asegurar que dicho personal comprende los efectos que el recurso

a la represión puede tener sobre los pacientes y que sabe cómo debe atenderse a un paciente bajo control⁸⁰.

El uso de la fuerza ha de ser proporcionado, ya se ha dicho. Sin embargo, “la línea que separa la fuerza física proporcionada que puede utilizarse para controlar a un paciente de un acto violento puede ser en ocasiones muy sutil. Cuando se cruza esta línea, esto suele obedecer más bien a una inadvertencia o a una falta de preparación que a una intención dolosa. En muchos casos, el personal simplemente no está equipado adecuadamente para intervenir cuando se enfrenta a pacientes nerviosos y/o violentos”⁸¹. En todo caso deben estar proscritas las técnicas susceptibles de obstruir las vías respiratorias o que causen dolor⁸², así como recurrir a otros pacientes para aplicar medidas de contención⁸³.

En cuanto a la contención mecánica (correas, camisas de fuerza, etc.), ésta solo se justificará en raras ocasiones⁸⁴, ya que el fin último debiera ser evitar el recurso a la contención, limitando al máximo su frecuencia y duración⁸⁵. Además, algunos medios de contención física debieran ser proscritos (por ej., esposas, cadenas metálicas y camas-jaula)⁸⁶.

La contención mecánica precisa autorización médica (previa o inmediatamente posterior)⁸⁷. En todo caso, el médico debe examinar al paciente lo antes posible⁸⁸. Las autorizaciones han de ser caso por caso –en función de la situación– y nunca generales⁸⁹ o incondicionadas⁹⁰.

Una aplicación apropiada de la contención requiere un personal considerable. Por ejemplo, el CPT considera que cuando se controla a un paciente con correas o cinturones, un miembro del personal debería estar continuamente presente para mantener la

72 CPT/Inf (2006) 35, § 47, pfo. 2°.

73 CPT/Inf (98) 12, § 47, pfo. 2°.

74 CPT/Inf (2006) 35, § 39.

75 CPT/Inf (2017) 6, § 5.

76 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 3°, inciso 1°; CPT/Inf (2017) 6, § 3.1.

77 CPT/Inf (2017) 6, § 3.1.

78 CPT/Inf (98) 12, § 47, pfo. 3°; CPT/Inf (2017) 6, § 3.2.

79 CPT/Inf (2006) 35, § 37, pfo. 2°.

80 CPT/Inf (2006) 35, § 49.

81 CPT/Inf (2006) 35, § 38, pfo. 1°.

82 CPT/Inf (2017) 6, § 3.2.

83 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 2°, inciso 3°; CPT/Inf (2017) 6, § 3.6.

84 CPT/Inf (98) 12, § 48, pfo. 1°.

85 CPT/Inf (2017) 6 (Introducción).

86 CPT/Inf (2006) 35, § 40; CPT/Inf (2017) 6, § 3.3 y 3.4.

87 CPT/Inf (98) 12, § 48, pfo. 1°.

88 CPT/Inf (2017) 6, § 2.

89 CPT/Inf (2006) 35, § 44, pfo. 2°.

90 CPT/Inf (2017) 6, § 2.

relación terapéutica y prestar al paciente la debida asistencia. Dicha asistencia puede incluir el acompañamiento del paciente a los aseos –ya que, en la medida de lo posible, debería permitirse que el paciente pueda acudir al aseo a hacer sus necesidades⁹¹.

En el caso excepcional de que no pueda ponerse fin a la medida en cuestión de minutos, debe ayudarse al paciente a consumir alimentos⁹², si bien, en la medida en que se pueda, debería facilitarse que los pacientes contenidos pudieran comer y beber de forma autónoma⁹³.

Nunca el empleo de la contención puede justificarse por razones de falta de personal⁹⁴, ya que “este razonamiento parece poco lógico. La utilización de medios de represión de una manera correcta y en un entorno apropiado requiere una mayor –y no menor– dotación de personal sanitario”⁹⁵.

Debería estar siempre garantizado que ningún paciente pudiera causar ningún daño a los pacientes sometidos a medidas de contención⁹⁶. Tampoco debiera estar expuesto a la vista de otros pacientes salvo que lo solicitara expresamente o se tuviera la certeza de que el paciente prefiere compañía⁹⁷. Es decir, las visitas de otros pacientes al paciente contenido solo deben tener lugar con el consentimiento de éste⁹⁸. Indicar asimismo que todo paciente contenido debería vestir de manera adecuada⁹⁹.

La contención mecánica ha de ser limitada en el tiempo¹⁰⁰; debería durar minutos y no horas¹⁰¹, ya que “una vez superada la situación de urgencia que ha obligado al uso de medidas de represión el paciente debería ser inmediatamente liberado”¹⁰². Una contención prolongada equivale, según el CPT, a malos tratos.

Precisamente por ello sería conveniente que los establecimientos implantaran un plazo máximo, que no pudiera ampliarse a menos que otro médico también lo ratificara expresamente. Además, la existencia de dicha norma sería un buen incentivo para que los médicos visitaran personalmente a los pacientes controlados y verificaran su estado psicológico y bienestar físico”¹⁰³. Llegado el caso de pacientes a los que se aplica de forma reiterada la contención mecánica, debería preverse la posibilidad de traslado a un establecimiento más especializado¹⁰⁴.

Las funciones vitales del paciente, tales como la respiración, y la capacidad para comunicar, comer y beber, no deberían verse obstaculizadas. Si un paciente tuviera la tendencia a morder, chupar o escupir, el posible daño que pudiera causar debería evitarse de un modo distinto al de taponarle la boca¹⁰⁵.

Tras ser retirada la contención, lo procedente es que el médico tenga una entrevista con el paciente, a fin de explicarle las razones por las que se adoptó la medida, reduciendo el trauma psicológico producido por esta experiencia¹⁰⁶.

El CPT también contempla dos supuestos especiales. El primero sería el caso de que el paciente demande la contención, lo cual puede ser indicio de que no se le ha prestado la debida asistencia y por tanto deberían estudiarse otras alternativas terapéuticas. De implantarse la contención bajo demanda, ésta debe cesar también a demanda del paciente¹⁰⁷. El otro supuesto especial es el de que se aplique la contención a un paciente ingresado voluntariamente, en cuyo caso convendría modificar el estatuto jurídico de dicho paciente (de voluntario a involuntario)¹⁰⁸.

Por lo demás, la frecuencia y la duración de la contención deberían someterse al control de una autoridad u órgano exterior, lo cual permitiría además tener una visión global a escala nacional o regional del uso de la contención y facilitar la adopción de una estrategia para la reducción de su uso¹⁰⁹ y ahorrar esfuerzos en la comprensión y gestión de su aplicación¹¹⁰.

91 CPT/Inf (2017) 6, § 3.3.

92 CPT/Inf (2006) 35, § 50, pfo. 1º.

93 CPT/Inf (2017) 6, § 3.3.

94 CPT/Inf (2017) 6, § 1.6.

95 CPT/Inf (2006) 35, § 43, pfo. 4º.

96 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 2º, inciso 2º.

97 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 2º, inciso 1º; CPT/Inf (2017) 6, § 3.3 y 3.5.

98 CPT/Inf (2017) 6, § 3.5.

99 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 2º, inciso 1º; CPT/Inf (2017) 6, § 3.3 y 3.5.

100 CPT/Inf (98) 12, § 48, pfo. 1º.

101 CPT/Inf (2017) 6, § 4.1.

102 CPT/Inf (2006) 35, § 45; CPT/Inf (2017) 6, § 1.4 y 4.1.

103 CPT/Inf (2006) 35, § 45; CPT/Inf (2017) 6, § 4.2.

104 CPT/Inf (2017) 6, § 4.2.

105 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 3º, inciso 2º.

106 CPT/Inf (2006) 35, § 46; CPT/Inf (2017) 6, § 8.

107 CPT/Inf (2017) 6, § 9.

108 CPT/Inf (2017) 6, § 10.

109 CPT/Inf (2017) 6, § 11.2.

110 CPT/Inf (2006) 35, § 53.

En lo relativo a la medida de aislamiento, el CPT considera que “no constituye necesariamente una alternativa apropiada a la utilización de métodos mecánicos, químicos o de cualquier otro tipo. Aislar a un paciente puede tener un efecto calmante a corto plazo, pero también es bien sabido que puede causar desorientación y ansiedad, por lo menos en algunos pacientes. En otras palabras, recluir a un paciente en una sala de aislamiento sin garantías apropiadas puede tener efectos negativos”¹¹¹. Mientras persista como medida de coerción, deben definirse “los tipos de casos en los que debe ser utilizada; los objetivos buscados; su duración y la necesidad de revisiones periódicas; la existencia de contacto humano adecuado; la necesidad de personal especialmente atento”¹¹².

En general, los lugares destinados al aislamiento de pacientes deberían estar específicamente concebidos para ese propósito: ser seguros (por ejemplo, sin cristales, ni baldosas rotas) y estar adecuadamente iluminados y calefactados, promoviendo un ambiente de tranquilidad para el paciente¹¹³. Debe estar concebida dicha habitación a tal fin, asegurando la seguridad del paciente y proporcionando a este un entorno agradable¹¹⁴.

En la medida de aislamiento, la vigilancia del paciente ha de llevarse a cabo por un miembro del personal cercano a la habitación y con una ventanilla que permita el contacto visual¹¹⁵. El paciente debería poder ver claramente al miembro del personal y este último debería poder observar y escuchar continuamente al paciente, siendo evidente que la vídeo-vigilancia no puede sustituir la presencia continua de personal¹¹⁶.

En la contención química solo deben emplearse medicamentos aprobados, debidamente evaluados y con efectos de corta duración, vigilando los efectos secundarios, especialmente cuando la contención química acompaña a la mecánica¹¹⁷. De emplearse combinadamente el aislamiento, la contención

mecánica o la física con la contención química, la finalidad de esta última ha de ser reducir la duración de la contención¹¹⁸.

La contención y el aislamiento deben documentarse. El CPT se muestra partidario de la creación de un registro específico destinado a este propósito, con independencia de que también se documente esta actuación en el historial clínico del paciente. Y ello porque “la experiencia ha demostrado que un registro detallado y exacto de las medidas de represión adoptadas puede proporcionar al personal directivo del hospital una visión de conjunto de su grado de incidencia y permitir la adopción de decisiones, si se considerara oportuno, para reducir ésta”¹¹⁹.

Este registro debería incluir la fecha y hora del inicio y cese de la medida, el nombre del médico que la ordenó o aprobó y una relación de las lesiones que hubiera sufrido el paciente y/o el personal¹²⁰. Con ello se facilitará en gran medida tanto la gestión de dichos incidentes como la supervisión del alcance de dicha medida¹²¹. Recientemente el CPT ha añadido que los pacientes deberían tener derecho a incluir observaciones en el registro, a ser informados de su contenido si así lo solicitaran y a recibir una copia completa de la anotación realizada en el registro en relación con la medida adoptada sobre ellos¹²².

En otro orden de cosas, debieran establecerse procedimientos de quejas efectivos y con garantías, para que pudieran plantear las mismas los pacientes y sus familiares, tanto ante el propio establecimiento, como ante una autoridad externa e independiente (de forma confidencial, en este último caso), debiendo garantizarse el pertinente asesoramiento jurídico¹²³.

Además de todo lo dicho, el CPT ha concluido que en esta materia es necesario un “cambio de cultura” en muchas instituciones psiquiátricas, en el que juega un papel preponderante el personal directivo, ya que “las delegaciones del CPT han observado que el recurso a medidas de represión disminuye de manera importante si la dirección de la institución desempeña un papel activo con respecto a las medidas

111 CPT/Inf (2006) 35, § 42.

112 CPT/Inf (98) 12, § 49, pfo. 2°.

113 CPT/Inf (2006) 35, § 48, pfo. 1°.

114 CPT/Inf (2017) 6, § 3.8.

115 CPT/Inf (2017) 6, § 7.

116 CPT/Inf (2006) 35, § 50, pfo. 2°; CPT/Inf (2017) 6, § 7.

117 CPT/Inf (2017) 6, § 3.7.

118 CPT/Inf (2017) 6, § 6.

119 CPT/Inf (2006) 35, § 52; CPT/Inf (2017) 6, § 11.1.

120 CPT/Inf (98) 12, § 50; CPT/Inf (2006) 35, § 52; CPT/Inf (2017) 6, § 11.1.

121 CPT/Inf (98) 12, § 50.

122 CPT/Inf (2006) 35, § 52; CPT/Inf (2017) 6, § 11.1.

123 CPT/Inf (2017) 6, § 12.

de represión utilizadas y permanece vigilante”¹²⁴. También reconoce el CPT que el recurso a medidas coercitivas viene condicionado considerablemente por factores no clínicos como, por ejemplo, la percepción que el personal tiene de la función que está llamado a desempeñar y la concienciación de los pacientes sobre sus derechos. Es más, algunos estudios comparativos han demostrado que la frecuencia con la que se recurre a medidas de represión, incluido el aislamiento, está en función no sólo de los niveles de plantilla, el diagnóstico de los pacientes o las condiciones materiales del hospital, sino también de la “cultura y las actitudes” del personal hospitalario¹²⁵.

El TEDH, por su parte, ha resaltado la indelegabilidad del art 3 CEDH (interdicción de malos tratos)¹²⁶, el amplio repertorio de conductas que se incluyen en la noción de “malos tratos”¹²⁷, el conjunto de circunstancias que es preciso tener en cuenta para apreciar un mínimo de gravedad para catalogar una conducta de maltrato¹²⁸, el deber de los Estados de investigar denuncias de maltrato¹²⁹, la legitimidad del empleo de medios coercitivos en determinadas circunstancias¹³⁰, la admisibilidad de la medicación involuntaria si está prevista por la ley, tiene un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática¹³¹, la necesidad de justificación psiquiátrica para dicho empleo¹³², la vigencia al efecto de los estándares médicos¹³³, ...

En fin, indicar que está en curso un Proyecto de Protocolo Adicional al CDHB relativo a la protección de los derechos hombre y de la dignidad de las personas aquejadas de trastornos mentales en relación a los internamientos y tratamientos involuntarios, si bien es incierta su aprobación por la oposición de diversos colectivos y asociaciones¹³⁴.

124 CPT/Inf (2006) 35, § 38, pfo. 2º.

125 CPT/Inf (2006) 35, § 54.

126 STEDH, 7.7.1989, *Soering c. Reino Unido*, § 88.

127 STEDH, 4.12.1995, *Ribitsch c. Austria*, § 35.

128 SSTDH, 7.7.1989, *Soering c. Reino Unido*, § 100; 20.3.1991, *Cruz Varas c. Suecia*, § 83; 12.3.2003, *Ócalan c. Turquía*, § 219, 19.2.2015, *M.S. c. Croacia*, § 86-112, entre otras muchas.

129 STEDH, 18.12.1996, *Aksoy c. Turquía*, § 98.

130 SSTDH, 24.9.1992, *Herczegfalvy c. Austria*, §§ 79-84; 18.10.2012, *Bures c. República Checa*, § 99.

131 STEDH, 31.3.2005, *Schneiter c. Suiza*.

132 STEDH, 6.9.2007, *Koutcherouk c. Ucrania*, § 145.

133 STEDH, 18.10.2012, *Bures c. República Checa*, § 93.

134 DH-BIO/INF (2018)7, 4 de junio de 2018. También

3.3 Propuesta de principios reguladores

En su día elaboré una enumeración de principios rectores de la contención y el aislamiento¹³⁵. Muy concisamente, remitiéndome por lo demás a las obras acabadas de citar, dichos principios serían: 1) Respeto a la dignidad de la persona. 2) Respeto a los procedimientos legalmente establecidos. 3) Necesidad (“indicación terapéutica”). 4) Proporcionalidad y restricción mínima. 5) Temporalidad. 6) Idoneidad de medios. 7) Cuidado (atención debida). 8) Documentación de actuaciones. 9) Fiscalización. 10) Confidencialidad de datos e intimidad.

Como puede comprobarse, el objetivo de la enumeración de estos principios no fue otro que sistematizar el conjunto de reglas y recomendaciones contenidas en los instrumentos internacionales de referencias antes descritos.

En buena medida estos principios aparecen recogidos en el art. 26 de la Ley 20.584, de 13 de abril de 2012 de Chile, en cuya redacción participé¹³⁶, respondiendo a la invitación del Ministerio de Salud de Chile –por intermediación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de Salud (OPS)-¹³⁷.

existe un Proyecto de Informe Explicativo del mismo [DH-BIO/INF (2018)8], 15 de junio de 2018. En el Proyecto se abordan cuestiones tales como los criterios y procedimientos para el internamiento y tratamiento involuntarios, el empleo de medios coercitivos (aislamiento y contención) y los derechos de información y comunicación del paciente.

135 Por vez primera en esta misma revista: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría:...”, *op. cit.*; posteriormente en: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Coerción en psiquiatría”, en OTERO, Francisco José (Coord.): *Psiquiatría y Ley. Guía para la práctica clínica*, EDIMSA, Madrid, 2008, pp. 71-123 y en BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Medios coercitivos en psiquiatría: contención y aislamiento” (Cap. 275), en *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Tomo V. Psiquiatría Legal y Forense* (DELGADO BUENO, Santiago y MAZA MARTÍN, José Manuel, Coords.), Edit. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 567-585.

136 La principal modificación respecto a mi propuesta de redacción, fue que la autoridad encargada de la supervisión fuera la administrativa (Autoridad Sanitaria Regional), en lugar de la autoridad judicial que fue la propuesta que elevé. La tradición chilena en esta materia primó sobre un criterio que estimé y estimo es más razonable: que sea una autoridad independiente (ajena al dispositivo asistencial) quien controle la legalidad y adecuación del empleo del aislamiento y la contención.

137 Este artículo está contenido en el Párrafo [Capítulo] 8º de la Ley, que lleva por título: “De los derechos de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”. Dice así:

“Artículo 26.- El empleo extraordinario de las medidas de aislamiento o contención física y farmacológica deberá llevarse a cabo con pleno respeto a la dignidad de la persona objeto de tales medidas, las cuales sólo podrán aplicarse en los

3.4 El desarrollo reglamentario y la relevancia de los Protocolos

A la inexistente legislación específica sobre esta materia, se une el vacío en sede reglamentaria. Aún con eso son loables las iniciativas emprendidas en alguna Comunidad Autónoma. Por ejemplo, el caso de la Comunidad Foral de Navarra, en la que se han aprobado disposiciones relativas a Centros residenciales¹³⁸. Ha habido, incluso normas infrarreglamentarias aprobadas por órganos dependientes de los Gobiernos Autonómicos¹³⁹. Es patente no obstante la carencia de un sustrato normativo homogéneo en nuestro país.

En otro orden de cosas, en la práctica clínica (y otro tanto cabe decir, en el ámbito residencial) es de uso común el empleo de Protocolos. Estos son de dos tipos, los protocolos de funcionamiento interno y los

casos en que concurra indicación terapéutica acreditada por un médico, que no exista otra alternativa menos restrictiva y que la necesidad de su aplicación fuere proporcional en relación a la conducta gravemente perturbadora o agresiva.

Estas excepcionales medidas se aplicarán exclusivamente por el tiempo estrictamente necesario para conseguir el objetivo terapéutico, debiendo utilizarse los medios humanos suficientes y los medios materiales [homologados] que eviten cualquier tipo de daño. Durante el empleo de las mismas, la persona con discapacidad psíquica o intelectual tendrá garantizada la supervisión médica permanente.

Todo lo actuado con motivo del empleo del aislamiento o la sujeción deberá constar por escrito en la ficha clínica. Además de lo anterior, se comunicará el empleo de estos medios a la Autoridad Sanitaria Regional, a cuya disposición estará toda la documentación respectiva.

Se podrá reclamar a la Comisión Regional que corresponda la revisión de las medidas de aislamiento y contención o aquellas que restrinjan temporalmente la comunicación o contacto con las visitas.

Mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Salud se establecerán las normas adecuadas para el manejo de las conductas perturbadoras o agresivas que las personas con discapacidad psíquica o intelectual pudieran tener en establecimientos de salud y el respeto por sus derechos en la atención de salud”.

138 Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los Servicios Sociales Residenciales de la Comunidad Foral de Navarra (BON, de 14 de octubre), que tiempo después vino acompañado de la Orden Foral 186/2014, de 2 de abril, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueba el Protocolo para el Uso de Sujeciones en los Centros Residenciales de Tercera Edad y Discapacidad (BON, de 16 de mayo). El Decreto Foral fue comentado por GARCÍA GARCÍA, Pilar y BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “El uso de las sujeciones en el ámbito de los servicios sociales de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núms. 53-54, 2012, pp. 71-112.

139 A título de ejemplo, en el País Vasco, la Circular 3A, de 14 de enero de 2013, de la Jefa del Servicio de Centros, relativa a los criterios de aplicación de la normativa en materia de uso de la sujeción física en Residencias y Centros de día para personas mayores.

protocolos de normas asistenciales¹⁴⁰. A los primeros se refiere el art. 4.7.c) LOPS, al señalar que “La eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos, o unidades asistenciales equivalentes sea cual sea su denominación, requerirá la existencia escrita de normas de funcionamiento interno”. A los segundos el art. 4.7.b) LOPS al indicar:

“Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”.

Refiriéndonos más específicamente a los segundos, éstos se encuentran basados en un consenso (de organizaciones, instituciones, colectivos en general), aunque nada impide que los protocolos o guías de actuación médica se incorporen por vía de reglamentación interna de los servicios sanitarios¹⁴¹. Los Protocolos y Guías de actuación -afirma Cueto- “deberán establecer los criterios y las normas básicas que caracterizan como conforme a la *lex artis* una práctica médica, ante condiciones habituales y normales, se trata de una positivación de la *lex artis*”¹⁴². También puede asumirse -según Gracia- que, en realidad, los protocolos son expresión de la *lex scientiae*¹⁴³.

140 ASÍN CARDIEL, Enrique: “Responsabilidad en el trabajo en equipo”, en *Responsabilidad del personal sanitario*, Actas del Seminario conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14-16 noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995, p. 355.

141 FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de Enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995, p. 48.

142 CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 394. En algún pronunciamiento judicial, como la SAP Valencia (Civil), 14.10.1994 se alude a tal positivación.

143 Así lo considera Gracia: GRACIA GUILLÉN, Diego: “Jurisprudencia y *lex artis*”, en JORGE BARREIRO, Agustín y GRACIA GUILLÉN, Diego: *Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 57-58 y así lo asume ALONSO PÉREZ, Mariano: “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “*lex artis*”)”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 45.

Pues bien, la responsabilidad profesional del personal sanitario, derivada de sus actuaciones profesionales, es aquilatada frecuentemente de conformidad a su adecuación con la *lex artis*¹⁴⁴. Bien entendido que los Protocolos son pautas profesionales de conducta, reglas o normas técnicas –no jurídicas–, aunque no hay duda de que son relevantes tanto en el orden profesional como en el jurídico¹⁴⁵. Al no ser normas jurídicas carecen de obligatoriedad *strictu sensu* pero, y esto es lo que en particular aquí interesa, sus reglas bien pueden ser acogidas por el juez para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto¹⁴⁶.

En efecto, nuestra jurisprudencia ha reconocido en ocasiones el valor de los protocolos a efectos de determinar si la actuación sanitaria ha sido o no correcta¹⁴⁷. Todo ello sin olvidar que el protocolo “es un elemento orientativo para el Juez, pero en ningún

caso vinculante”¹⁴⁸, por lo que no es infrecuente que los jueces primen los dictámenes periciales sobre los protocolos¹⁴⁹.

En fin, cabe admitir que los protocolos aportan un cierto grado de seguridad jurídica en la práctica clínica, pero sólo “cierto grado”.

Ahora bien, en el caso del empleo de la contención o el aislamiento, los protocolos ya no solo establecen la pertinente actuación de un profesional en particular, sino que alcanza al equipo de trabajo (Médicos, Enfermeros, Auxiliares, Celadores,...), de ahí precisamente que la actuación de dicho equipo tenga en ocasiones que valorarse en su conjunto al darse una concatenación de situaciones (prescripción de la medida, vigilancia y cuidado, levantamiento de la medida,...).

Pese a lo expuesto, lo cierto es que –lamentablemente– no existe homogeneidad en los protocolos sobre el empleo de medios coercitivos en los ámbitos sanitario y sociosanitarios. Se ha conseguido, eso sí, un avance notorio en los últimos años, al conseguirse que la mayoría de los establecimientos dispongan de “algún” protocolo¹⁵⁰.

Entiendo que la tarea que debiera acometerse es la formulación de un Protocolo modelo que homogeneizara los textos para todos los establecimientos sanitarios y sociosanitarios, labor que pudiera acometerse, bien por vía reglamentaria (en desarrollo de la LAP) o bien mediante la elaboración y publicación de una Guía estatal sobre la materia.

144 VILLAR ROJAS, Francisco José: *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 133-134. Aún no siendo frecuente en cuestiones coercitivas sí ha habido alusión a la misma en algunas resoluciones judiciales. Así, en la STSJ Castilla-León (Valladolid) (C-A), 17.1.2014, Pte. Zatarain Valdemoro (CENDOJ 47186330032014100030) y también en la STSJ Castilla y León (C-A) (Valladolid), (Sec. 3ª), 24.2.2009, Pte. Lallana Duplá (EDJ 2009/164535), descartándose en ambos casos que concurría incumplimiento de la misma.

145 GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, p. 274. Entiendo que no sería un despropósito reflexionar sobre la cualidad de estas reglas de conducta como incardinables en el ámbito del *soft-law*. A este respecto, Sarmiento considera que, en algunos casos el *soft law* cuenta con regulación en el *hard law*, cual sería el caso de las Circulares, los Protocolos y las Cartas de Servicios [SARMIENTO, Daniel: *El soft law administrativo. Un estudio jurídico de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 106]. Sin pretender llegar a tanto, considero que, en la práctica, la recepción de las mismas por los órganos jurisdiccionales, al objeto de dilucidar la concurrencia o no de responsabilidad, bien pudiera ubicar tal tipo de normas en el restringido espectro de los documentos de referencia auxiliares de la labor del juzgador.

146 JORGE BARREIRO, Alberto: “Jurisprudencia Penal y *Lex Artis* médica”, en *Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 76. El “deber objetivo de cuidado” en el ámbito penal tiene su paralelo –salvando las distancias– con el deber de diligencia en el ámbito civil o, incluso, con el normal funcionamiento de las administraciones sanitarias en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

147 STS 1ª, 31.3.2004, Pte. Alfonso Villagómez Rodil (CENDOJ 28079110012004100246). Más adelante se citará alguna resolución judicial de especial interés sobre el incumplimiento de protocolos en materia de empleo de medios/medidas coercitivas.

148 RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Edit. Práctica del Derecho, Valencia, 1997, p. 38.

149 CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración...*, *op. cit.*, p. 394.

150 En alguna medida dicho avance vino propiciado por la realización del Estudio EUNOMIA en España. Bajo el acrónimo de EUNOMIA llevamos a cabo un estudio con el título de “European Evaluation of Coercion in Psychiatry and Harmonisation of Best Clinical Practise” en el curso del *Fifth Frame work Programme of the European Commission*. A este autor se le encomendó la coordinación de los expertos jurídicos de los 12 países en los que se llevó a cabo el estudio (Alemania, Italia, Reino Unido, Grecia, España, Suecia, Bulgaria, República Checa, Lituania, Polonia, Eslovaquia e Israel) y la redacción del informe jurídico de España. A fin de recabar información sobre esto último, solicitamos los protocolos asistenciales sobre contención y aislamiento a las diferentes Comunidades Autónomas y recibimos menos de los esperados. Lo curioso del caso es que, según luego pudimos comprobar, numerosos establecimientos que no disponían de protocolo, acometieron con prontitud la tarea de redactar uno. Se produjo así un efecto paradójico, ciertamente positivo.

Aunque lo deseable –al menos para este autor– es que previamente se aprobara una Ley de tratamientos involuntarios autónoma o en su caso incluida en el texto de la LAP, y en la que se contemplaran los medios y medidas coercitivas aplicables en todos los casos (por razones de salud mental, de enfermedades infectocontagiosas y otros supuestos que pudieran establecerse).

Precisamente el no seguimiento de los protocolos puso de manifiesto el inadecuado proceder de la Administración sanitaria en un caso al que luego se hará referencia (paciente contenido que extrae de la cuenca los dos ojos de otro paciente también contenido en la misma habitación). Hubo varios incumplimientos del protocolo que estipulaba que la contención debía realizarse en habitaciones individuales –ceranas al control de enfermería y monitorizadas con cámara de vigilancia–, en ningún caso con otros pacientes contenidos, con la cama frenada y con controles periódicos cada 15 minutos¹⁵¹.

En la actualidad las Guías, e incluso a los Documentos de consenso de las Sociedades Científicas, son de un uso cada vez más frecuente¹⁵². Por ejemplo, Una Guía (la “Guía de Seguridad en la Atención a Personas con Trastornos Mentales”) se trajo a colación para poner de manifiesto que en el caso concreto de la reclamación presentada por una paciente ingresada en un Hospital, que sufrió graves lesiones no estando contenida, no hubo responsabilidad institucional ya que –conforme a dicha Guía– dicha paciente no estaba catalogada de “alto riesgo suicida”¹⁵³.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO EN EL EMPLEO/NO EMPLEO DE LA COERCIÓN

151 STS 2ª, 18.11.2015, Pte. Jorge Barreiro (CENDOJ 28079120012015100796). Otro caso en el que también se incurrió en responsabilidad por no seguir los protocolos fue la SAP Alicante (Penal), Sec. 10ª, 22.11.2011, Pte. Gómez-Angulo Rodríguez (CENDOJ 03014370102011100453): tuvieron lugar lesiones de una anciana en una Residencia de Mayores, no cumpliendo los empleados de la misma con el Protocolo existente.

152 Por ejemplo: SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA: *Documento de consenso sobre sujeciones mecánicas y farmacológicas*, Madrid, 2014.

153 STSJ Castilla-León (Valladolid) (C-A), 17.1.2014, Pte. Zatarain Valdemoro (CENDOJ 47186330032014100030).

4.1 Los derechos fundamentales en juego

Justificar el uso de la coerción (por acción) o la falta de actuación debida (por omisión) es una temática que, inevitablemente, nos conduce a una cuestión en clave iusfundamental: la de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por esa acción u omisión. Este tema no solo tiene trascendencia desde la perspectiva de la Teoría General del Derecho y del Derecho Constitucional, sino que tiene implicaciones relevantes en el plano de la responsabilidad civil, patrimonial e incluso penal.

Abordaremos este asunto desde un plano teórico y desde otro normativo. Este último, al tratarse de derechos fundamentales, requiere tener como referentes dos textos claves: la Constitución y el CEDH, que forma parte de nuestro derecho interno, como ya se ha visto y que, además, tiene un órgano jurisdiccional propio (TEDH), con repercusión directa en nuestro país.

En el plano normativo, en el empleo/no empleo de la coerción (cuando éste está indicado) están en juego los siguientes derechos fundamentales:

- a) El derecho a la vida (arts. 15.1 CE y 2.1 CEDH). Entre otros casos, piénsese en el fallecimiento de pacientes o residentes por falta de atención o vigilancia, bien por conductas propias (tentativa de fuga o suicidio) o incluso de terceros pacientes (por agresión) o de empleados sanitarios (por ej. por contención química inadecuada con resultado letal).
- b) El derecho a la integridad física y moral (arts. 15.1 CE y 3 CEDH). Cabría imaginar supuestos tales como las lesiones físicas y/o morales causadas por maltrato, por omisión de cuidados y/o vigilancia, ...
- c) El derecho a la libertad (deambulatoria) (arts. 17.1 CE y 5.1 CEDH). Resulta evidente que este derecho resultaría afectado al contener a un paciente o aislarle.
- d) El derecho a la intimidad (privacidad) personal (arts. 18.1 CE y 8 CEDH). El ejemplo más claro es, respecto al aislamiento la doctrina del TEDH, aunque bien pudiera haber otros (exposición del sujeto contenido a terceros ajenos al dispositivo asistencial o incluso -de modo innecesario- al personal asistencial -desnudo del paciente contenido-).

Los ejemplos se podrían multiplicar, pero con el pequeño repertorio acabado de citar pensamos que queda ilustrada la eventual afectación de derechos fundamentales.

Antes de proseguir, parece obligado decir algo que, si bien la obra mayoritaria de la doctrina sobre derechos fundamentales -en particular en lo referido a la restricción de dichos derechos- está enfocada en relación a los Poderes públicos, es bien cierto -y más en los temas que aquí se tratan- que la vulneración de los susodichos derechos puede tener lugar -y en realidad con harta frecuencia sucede- en el espacio de residencias de mayores o con deterioro cognitivo o bien en establecimientos psiquiátricos de gestión privada. Tanto los establecimientos públicos, como los privados, en los cuales se restringen derechos y libertades fundamentales, son “gestores de derechos y libertades fundamentales”; no se olvide que el art. 9.1 CE proclama que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”). Y, en consecuencia, deben -unos y otros- someterse al escrutinio acerca del respeto de los mismos. De ahí que a todos ellos sean de aplicación las consideraciones que siguen¹⁵⁴.

La cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha sido objeto de ardua discusión, entre quienes postulan su eficacia directa, mediata y quienes aprecian que constituye un deber de protección del Estado¹⁵⁵. No tiene dicha discusión mayor interés, ya que en la práctica sí hay un consenso general en que los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas constitucionalmente, además de constituir derechos públicos subjetivos frente al Estado, tienen una importante trascendencia en las relaciones entre particulares. Alexy al respecto ha escrito: “actualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre

terceros o un efecto horizontal”¹⁵⁶. Como afirman Ferrer y Salvador: “nadie niega hoy seriamente la relevancia de la Constitución en las normas del Derecho privado ni en su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial”¹⁵⁷. Alfaro plantea esta cuestión en los siguientes términos: los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como mandatos de respeto a la esfera de la libertad de los ciudadanos (prohibición de intervención) pero, a la vez, existen también mandatos para que dichos poderes públicos establezcan medios de protección eficaces frente a una eventual vulneración de dichos derechos por otros particulares (exigencias de protección). Es decir, citando la STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6 (Pte. Gómez-Ferrer Morant), de un lado existen derechos que solo se tienen ante los poderes públicos pero, además, “la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social”¹⁵⁸.

4.2 Principios y reglas en Derecho

En la actuación/no actuación sanitaria entran en confrontación con cierta frecuencia distintos derechos fundamentales. Esa confrontación ha de ser resuelta de algún modo. Y aquí nos adherimos a una corriente doctrinal que goza de amplia repercusión, la teoría de los principios que ha tenido gran aceptación a partir de la obra de Dworkin¹⁵⁹.

En la doctrina científica existe una posición mayoritaria que postula que toda norma jurídica es o bien una regla, o bien un principio¹⁶⁰.

156 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2ª edic., 2007, p. 468.

157 FERRER I RIBA, Joseph y SALVADOR CODERCH, Pablo: “Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*”, en: SALVADOR CODERCH, Pablo (Coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, p. 99.

158 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 1993, pp. 66-69.

159 DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, 1ª edic., Ariel, Barcelona, 1984.

160 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 68. Sobre el tema es oportuna la lectura de ATIENZA,

154 Vid. SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Tesis doctoral (Dtor. Javier Pérez Royo), Universidad de la Rioja, Logroño, 2008, p. 849. Concluye este autor: “hoy en día los derechos fundamentales, junto a su función de asegurar una esfera de no injerencia frente al poder público, tienen también una función de atribuir estatus, que actúa de forma multidireccional, también frente a los demás particulares”.

155 Vid. una exposición amplia sobre estas corrientes en Vid. SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, Derechos Fundamentales... op. cit.*, pp. 91-135. También en ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2ª edic., 2007, pp. 469-472.

Según Zagrebelsky, las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente “principios”, mientras que las normas legislativas son prevalentemente “reglas”¹⁶¹. Lo que no obsta a que puedan existir normas de derechos fundamentales de “doble carácter”¹⁶².

Pues bien, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, constituyendo pues un *mandato de optimización*, empleando aquí el término “mandato” en un sentido amplio, inclusivo también de las permisiones y prohibiciones¹⁶³.

La forma de resolver el conflicto entre principios (de derechos fundamentales, en nuestro caso) es la ponderación, la cual requiere hacer una labor de balance entre principios: “La imagen evoca una balanza en la que distintas normas son pesadas y la decisión final dependerá del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso a decidir: prevalecerá la solución establecida por aquel principio de mayor peso, ya que habrá inclinado la balanza a su favor”¹⁶⁴. Bien entendido que no existe

una jerarquía entre principios, sino que -para resolver el eventual conflicto- se recurre a una relación de precedencia condicionada, de tal modo que habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto¹⁶⁵.

4.3 El principio de proporcionalidad

Y precisamente tal precedencia condicionada, a la que acaba de aludirse, se establece en base al principio de proporcionalidad, según Alexy¹⁶⁶. Principio éste que ha tenido gran acogida en la jurisprudencia constitucional foránea¹⁶⁷ y española; en esta última en buena medida por influjo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶⁸.

Robert Alexy, Catedrático de la Universidad de Kiel, y jurista sobradamente reconocido en materia de derechos fundamentales¹⁶⁹, se ha planteado en más de una ocasión la relación existente entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Alexy aboga por defender una de las tesis contrapuestas sobre dicha relación, la que él denomina “tesis de necesidad” (que postula la existencia de dicha relación), frente a la “tesis de contingencia” contraria a la anterior (que defiende la inexistencia de tal relación, en tanto en cuanto la misma no haya sido reconocida a nivel legislativo, en desarrollo del texto constitucional). Nos adherimos a la tesis de

Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.

161 ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª edic., Trotta, Madrid, 1999, pp. 109-110. Ello no implica que la Constitución no pueda albergar reglas. El ejemplo de este autor es ilustrativo: es un principio el derecho a la libertad personal, es una regla la que establece que la detención debe ser confirmada por el Juez en el plazo de 48 horas. En otros casos, añadimos, el principio tiene su sede en la Constitución (derecho a la libertad y seguridad consagrado en el art. 17.1 CE), mientras que las Leyes contienen una reglas (art. 763 Ley de Enjuiciamiento Civil, imponiendo la necesidad de autorización o ratificación de la privación de libertad que se produce con motivo de un internamiento psiquiátrico por razón de trastorno psíquico; art. 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que permite la hospitalización forzosa por peligro para la salud pública, con autorización o ratificación de la autoridad judicial (art. 8.6 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

162 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 114-117. Sería el caso de que se formulara una norma de derecho fundamental que incluyera una cláusula restrictiva que se refiriera a principios y que, por lo tanto, implicara ponderación.

163 Vid. sobre el tema: LOPERA MESA, Gloria Patricia: “Los derechos fundamentales como mandato de optimización”, *DOXA*, núm. 27, 2004, pp. 211-243.

164 ELÓSEGUI ITXASO, María: “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros c. Reino Unido*”, en ELÓSEGUI ITXASO, María (Dtora): *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2016, p. 116.

165 Vid. BENGOTXEA, Joxerramon, MACCORMICK, Neil y MORAL SORIANO, Leonor: “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en DE BURCA, Grainne y WEILER, Joseph H.H. (Eds.): *The European Court of Justice*, The Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 43-85.

166 Vid. en general sobre el mismo: BARNÉS, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15-50.

167 BEATTY, David M.: *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004; STONE SWEET, Alec y MATHEWS, Jud: “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 47, 2008, pp. 72-164; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

168 Vid. MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 7-30; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

169 Se ha convertido ya en clásica su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., Volvió sobre el tema en ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-29.

Alexy, tanto por la coherencia y solidez de dicho autor, como por la elemental razón de que ha sido ésta la acogida por nuestro Tribunal Constitucional.

Como describe Alexy¹⁷⁰ el principio de proporcionalidad está integrado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Los subprincipios de idoneidad y necesidad tienen que ver con las posibilidades fácticas; el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto con las posibilidades jurídicas¹⁷¹.

El principio de idoneidad “excluye la adopción de medios inidóneos que obstruyan la realización de los principios o fines para los cuales ha sido adoptado”. El subprincipio de necesidad implica que entre dos medios igualmente idóneos para alcanzar un fin debe elegirse el menos lesivo de otro principio que pudiera estar involucrado o dicho en otros términos debe elegirse la alternativa menos gravosa de entre las idóneas. El problema se plantea en toda su crudeza si, superados los subprincipios anteriores (relativos a las posibilidades fácticas) dos principios entran en conflicto. En este caso es inevitable tener que acudir a la ponderación, una ponderación que se refiere a las posibilidades jurídicas. La “ley de la ponderación” puede expresarse en los siguientes términos: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁷².

Nuestro máximo intérprete constitucional ha venido estableciendo que una medida se considera idónea, “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto” (por ej. STC 207/1996, de 16 de diciembre, sobre intervenciones corporales, FJ 4.E,

Pte. Gimeno Sendra). Tres apreciaciones son aquí de interés. En primer lugar, que el juicio de idoneidad integra a la medida adoptada y a la finalidad perseguida, llevando a cabo un análisis de la relación causal y fáctica. Es decir, “de lo que se trata, en efecto, es determinar si el medio empleado es útil para alcanzar la finalidad pretendida”. En segundo lugar, el juicio de idoneidad es relativo, ya que la idoneidad de una medida no significa que esta sea el instrumento óptimo para conseguir la finalidad pretendida, basta con que exista una “relación de congruencia objetiva” entre el medio adoptado y la finalidad perseguida; basta pues que la medida sea “instrumentalmente apta” para conseguir dicha finalidad, aunque no sea la más eficaz de las posibles (STC 60/2010, de 7 de octubre, sobre prohibición de aproximación a la víctima, FJ 9, Pte. Delgado Barrio. En tercer lugar, la densidad del control ha de ser mayor en el caso de los actos administrativos y jurisdiccionales que en el caso de las medidas normativas, ya que las circunstancias fácticas de los primeros facilitan el control de la idoneidad¹⁷³.

Tras analizarse la idoneidad de la medida, se requiere indagar sobre la necesidad de la misma, lo que requiere comparar dos o más medidas alternativas en relación con la misma finalidad. Tratándose de actos judiciales o administrativos, nuestro Tribunal Constitucional suele analizar el requisito de la necesidad no de forma abstracta, sino atendiendo a las concretas circunstancias del caso. La comparación entre alternativas supone que, dando por hecho que ambas o varias, sean idóneas (juicio previo), la elegida ha de tener la misma eficacia que la descartada pero, además, ha de ser la menos perjudicial sobre el bien jurídico que se pretende proteger¹⁷⁴.

Una vez llevados a cabo los juicios de idoneidad y necesidad, procede abordar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal Constitucional ha establecido al respecto que la medida por la que se opte sea “proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (por ej. STC 207/1996, de 16 de diciembre, sobre intervenciones corporales, FJ 4.E, Pte. Gimeno Sendra). En relación a este subprincipio, González Beilfuss, ha destacado la falta de desarrollo dogmático por parte de nuestro Tribunal

170 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 91-95; ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, op. cit., pp. 13-19.

171 La STC 66/1995, de 8 de mayo (Pte. Viver Pi-Sunyer, FJ 5), aun refiriéndose al derecho de reunión, tiene el mérito de diferenciar los tres subprincipios que abarca el principio de proporcionalidad. Afirma esta Sentencia: “Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto -la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes-; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

172 Una descripción de la misma en: ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 138-146.

173 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad...*, o. cit., en especial pp. 101-103.

174 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad...* op. cit., pp. 103-108.

Constitucional, la falta también de una definición homogénea e igualmente la indeterminación, lo que lleva a una cierta confusión del subprincipio ahora analizado con el principio genérico de proporcionalidad e incluso con el subprincipio de necesidad¹⁷⁵.

4.4 La aplicación del principio de proporcionalidad en materia de coerción

La intervención coercitiva en los ámbitos sanitario y sociosanitario implica, casi necesariamente (dejemos aquí de lado las intervenciones coercitivas involuntarias en un momento dado, pero respaldadas por la voluntad anticipada del paciente –instrucciones previas-) una confrontación de principios. Por lo general el principio de libertad personal, de un lado y los principios relativos a la vida, integridad física y moral y la privacidad personal, de otro.

Será menester pues, llevar a cabo una ponderación o balance entre principios, siendo un dato imprescindible la valoración de las circunstancias del caso concreto. Cabe recordar nuevamente a Zagrebelsky: “los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para *tomar posición* ante situaciones concretas, pero que *a priori* aparecen indeterminadas” y “puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les pueda dar algún significado operativo, haciéndoles ‘reaccionar’ ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance”¹⁷⁶.

Se hace preciso pues valorar el diagnóstico y el pronóstico del paciente (a fin de evaluar la idoneidad de los medios/medidas terapéuticas aplicables a fin de alcanzar el fin pretendido –la salvaguardia de la vida o integridad del paciente y/o de terceros-), optar por el medio/medida pertinente, que sea el menos lesivo de entre los posibles (subprincipio de necesidad) y decidirse por la decisión más ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, ley de ponderación).

Además de lo anterior, en el ámbito sanitario y sociosanitario la acción/omisión que se decida, ha de

175 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad...*, op. cit., pp. 108-117.

176 ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil...* op. cit., p. 110.

ser “correctamente aplicada”, lo cual remite a las nociones de *lex artis* y *lex artis ad hoc*. Es decir, han de cumplirse los parámetros del principio de proporcionalidad en sentido amplio (al estar en juego derechos fundamentales) y, a la vez, aplicarse la asistencia pertinente de forma adecuada.

En una interesante Comunicación al XXII Congreso de la Asociación Juristas de la Salud, Montalvo y Asensi, dos prestigiosos juristas, abordaron un tema novedoso, la escasa invocación del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de casos de responsabilidad por el uso de las medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario¹⁷⁷. Probablemente la razón subyacente de ello es que nuestros tribunales fijan por lo general su atención en el plano legal (CP, CC, LRJSP), olvidando la perspectiva constitucional de los principios fundamentales en conflicto.

5. RESPONSABILIDAD POR EL EMPLEO INADECUADO O NO EMPLEO DE LA MEDIDA DE CONTENCIÓN O AISLAMIENTO CUANDO ESTA ES NECESARIA

En los últimos años han sido frecuentes los estudios sobre eventos adversos en la práctica médica. En especial, la publicación del informe *To Err is human* supuso un revulsivo en la conciencia de las organizaciones y profesionales sanitarios acerca de la incidencia de los daños ocasionados con motivo de la prestación sanitaria¹⁷⁸.

177 MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y ASENSI PALLARÉS, Eduardo: “El recurso a la proporcionalidad por parte de nuestros tribunales en el enjuiciamiento de la responsabilidad por medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, Extra XXII Congreso, 2013, pp. 212-221. Con toda razón estos autores manifiestan: “Ciertamente es que en muchas de dichas decisiones judiciales lo 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 antijuricidad o no del daño y, por tanto, la estimación o desestimación 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”.

178 KOHN, Linda T., CORRIGAN, Janet M. y DONALDSON, Molla M.: *To err is human. Building a Safer Health System*, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington D.C., 2000. Otros estudios posteriores, especialmente en Estados Unidos han puesto de manifiesto la alta tasa de mortalidad debida a eventos adversos producidos en el contexto hospitalario; así: JAMES, John T.: “A new, evidence-based estimate of patient harms associated with hospital care”, *Journal of Patient Safety*, Vol. 9, núm. 3, 2013, pp. 122-128.

En España la respuesta a esta toma de conciencia acerca de la existencia de eventos adversos en las prácticas profesionales que aquí se tratan, ha llevado a la aprobación, desde 2005, de la Estrategia Nacional en Seguridad del Paciente, dentro del Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud, implantado en desarrollo de las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En la actualidad está en marcha la Estrategia para el período 2015-2020¹⁷⁹. En esta materia se producido un importante avance mediante el establecimiento de un sistema nacional de registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario¹⁸⁰.

Esta política de seguridad del paciente, también ha tenido reflejo en la Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud¹⁸¹.

Pues bien, los eventos adversos también tienen lugar con motivo del empleo de medios coercitivos, si bien es llamativo el escaso número de sentencias que existen en el contexto sociosanitario, como han puesto de manifiesto algunos¹⁸², y habrá ocasión de comprobar a continuación.

179 MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *Estrategia de Seguridad del Paciente del Sistema Nacional de Salud. Período 2015-2020*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2016.

180 Vid. el Estudio de los Profesores Carlos María Romeo Casabona y Asier Urruela Mora: AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD-MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009.

181 MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2007; MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud, 2009-2013*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011; en la p. 56 de esta publicación se recomienda como referente de calidad en materia de contención involuntaria, el estudio encargado por el Ministerio a la Universidad de Granada, en el que este autor participó elaborando el Informe jurídico: TORRES GONZÁLEZ, Francisco (Coord.), BARRIÓ FLORES, Luis Fernando, HERNÁNDEZ CUETO, Claudio, MAYORAL CLERIES, Fermín y RUNTE GEIDEL, Ariadne (Grupo experto): *Elaboración de criterios para el uso de medidas coercitivas durante la hospitalización psiquiátrica y en el traslado hasta el hospital*, Universidad de Granada-Grupo Andaluz de Investigación en Salud Mental, Granada, 14 de diciembre de 2009.

182 Aún referido desde el ángulo de la aplicación o no del principio de proporcionalidad vid.: MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y ASENSI PALLARÉS, Eduardo: "El recurso a la proporcionalidad...", *op. cit.*, p. 220.

5.1 La responsabilidad en sede penal

5.1.1 Protección de la integridad moral y proscripción del maltrato

La protección de este bien jurídico plantea como primera cuestión la posibilidad de incurrir en un delito de torturas¹⁸³. Junto al típico espacio y actuación en que era de aplicación este tipo penal (práctica de interrogatorios para obtener una confesión), el actual art. 174.1 CP conceptúa también como tortura la actuación realizada como castigo a una persona por un hecho cometido o que se sospeche que ha cometido, con lo cual se ha ampliado el marco situacional anterior¹⁸⁴. También se incurre en torturas, señala el precepto antecitado, cuando "por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral"¹⁸⁵.

Por consiguiente, este tipo penal no es *prima facie* descartable en el ámbito de la contención o el aislamiento. No debe olvidarse que el Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002¹⁸⁶, es de apli-

183 Sobre la distinción entre delito de torturas y contra la integridad moral, vid. DÍAZ PITA, M^a del Mar: "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XX, núm. 104, Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, 1997, pp. 26-102 y FERNÁNDEZ TORRES, M^a José: *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados contra la Integridad Moral*, Tesis Doctoral (Dtora. M^a Dolores Fernández Rodríguez), Universidad de Murcia, Murcia, 2013.

184 Es decir, junto a la tortura indagatoria, la tortura vindicativa o de castigo [SSTS 2^a, 23.1.2001, Pte. Granados Pérez (CENDOJ 28079120012001103956) y 26.11.2004, Pte. Sánchez Melgar (CENDOJ 28079120012004101233)].

185 De ahí que en la doctrina se hable de un triple elemento subjetivo finalístico: indagatorio, punitivo y discriminatorio; FERNÁNDEZ TORRES, M^a José: *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados contra la Integridad Moral*, Tesis Doctoral (Dtora. M^a Dolores Fernández Rodríguez), Universidad de Murcia, Murcia, 2013, pp. 216-217.

186 Ratificado por España por Instrumento de 3 de marzo de 2006 (BOE, de 22 de junio). Vid. PINO GAMERO, Esther: *La prevención de la tortura y el Protocolo Facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, Tesis doctoral (Dtora. Silvina Ribotta), Universidad Carlos III-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Getafe, 2015.

cación a los “lugares en que se encuentren personas privadas de libertad” (art. 1), y por consiguiente incluye establecimientos psiquiátricos y residencias de mayores. Lo mismo cabe decir del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987¹⁸⁷, con la copiosa obra del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT), ya referida.

En sede judicial no se apreció el delito de torturas en el comportamiento de un funcionario penitenciario, aunque sí un delito contra la integridad moral, al maltratar a un recluso esquizofrénico contenido en la Enfermería del Centro Penitenciario de Oviedo, ya que “el sujeto activo no tenía la finalidad meditada de represalia, castigo o tomarse la justicia por su mano, sino que, como se desprende de la actividad probatoria, su desmedida reacción fue impulsiva y por un estado de inquietud y nerviosismo que respondía a la molesta actitud del interno que seguía ‘incordiando’ con sus gritos de forma persistente en todas y cada una de las ocasiones que hallaron respuesta agresiva y nada profesional por parte del acusado”¹⁸⁸.

En los supuestos que conocemos, los Tribunales se han inclinado por tipificar las actuaciones como “delito contra la integridad moral en forma menos grave” –precisamente en el supuesto anterior-¹⁸⁹ o falta de vejaciones –en el caso de un anciano de una Residencia para mayores que se encontraba atado con sábanas a una columna del comedor-¹⁹⁰.

En otros casos se han sobreesido las causas penales por malos tratos. En el caso de un anciano albergado en una Residencia de Mayores se estimó inexistente el delito (pretendía imputarse un delito de

abandono del art. 229.1 CP¹⁹¹) y se justificó el trato recibido por el anciano; concretamente en lo relativo al uso de la contención se asumió el informe Médico Forense en el que, a la vista del estado clínico del residente afirmó: “Dada la situación cerebral y cognoscitiva del explorado, con repercusión en términos de conducta, desestabilización postural con caídas y traumatismos de repetición, se considera que la contención mecánica en la cama y la silla de ruedas es la adecuada a su situación”¹⁹².

Tampoco se apreció delito con motivo de la denuncia presentada por un paciente que aseguró haber sido víctima de malos tratos por parte del personal de Seguridad Privada. La Audiencia Provincial confirmó el archivo de la denuncia, al no constatar la realidad de los hechos denunciados, destacando el Auto de archivo la condición mental del denunciante¹⁹³.

5.1.2 Protección de la vida, de la integridad personal y de la libertad

La conculcación de este deber de protección tiene lugar en situaciones muy variadas. Una especialmente grave tuvo lugar, por ejemplo, con el asesinato de un matrimonio de ancianos albergados en una Residencia Geriátrica, los cuales fallecieron por la asfixia provocada por otro residente. El marido se encontraba dormido, contenido para evitar una caída, y la mujer estaba también dormida, teniendo movilidad reducida. El delito fue calificado de asesinato, al concurrir alevosía (art. 139.1.1ª CP), siendo el autor absuelto, aunque fueron declarados responsables civiles directos el autor de los crímenes y la Compañía Aseguradora y responsable civil subsidiaria la Fundación titular de dicha Residencia, de carácter privado¹⁹⁴.

En cuanto a la calificación de homicidios, en nuestro repertorio jurisprudencial¹⁹⁵ debe descartarse

187 Ratificado por España mediante Instrumento de 28 de abril de 1989 (BOE, de 5 de julio).

188 SAP Oviedo (Penal), Sec. 2ª, 4.12.2014, Pte. Lobejón Martínez (CENDOJ 33044370022014100540). El funcionario primero abofeteó al recluso contenido, posteriormente le intentó poner una mordaza en la boca, finalmente le golpeó con una defensa de goma.

189 Sobre el concepto de trato degradante vid. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y PÉREZ MACHÍO, Ana I.: “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1”, *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pp. 8-45.

190 SAP Almería (Penal), Sec. 3ª, 30.4.2009, Pte. Jiménez de Cisneros Cid (CENDOJ 04013370032009100173). Obsérvese que este caso tuvo lugar cuando estaban incluidas las faltas en el CP. La Sentencia afirmó que “sin duda pudo y debió ser sujetado por mecanismos idóneos para tales personas enfermas de Alzheimer y menos traumáticos”.

191 Dicho precepto establece: “El abandono de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años”.

192 AAP Burgos (Penal), Sec. 1ª, 11.9.2009, Pte. Muñoz Quintana (CENDOJ 09059370012009200224).

193 AAP Madrid, (Penal), Sec. 2ª, 18.2.2009, Pte. Suárez Leoz (CENDOJ 28079370022009200099).

194 SAP Barcelona (Penal), Sec. 9ª, 16.6.2009, Pte. Torras Coll (CENDOJ 08019370092009100161).

195 Adviértase que, en lo sucesivo, al referirme a la “doctrina jurisprudencial” lo hago de modo heterodoxo, ya que, haciendo uso tal vez un uso indebido de dicho término –práctica ésta que no es infrecuente en estudios doctrinales–, me referiré no solo

tal tipo delictivo cuando la causa del fallecimiento es natural. Fue el caso de un paciente con retraso mental ligero y trastornos de impulsividad y personalidad, que falleció por insuficiencia respiratoria aguda mientras estaba contenido, pues –encontrándose durante el tiempo de la contención debidamente controlado y atendido– el fallecimiento se produjo en el momento en que el Auxiliar acusado –y luego absuelto– junto a otro compañero estuvieron preparando las cenas¹⁹⁶. Igual sucedió en el caso de una paciente que había sido ingresada por trastorno bipolar con episodio maniaco y que se encontraba contenida –a la que se le había hecho un seguimiento diario y por horas de dicha contención, según el protocolo establecido– que falleció por tromboembolismo pulmonar masivo, es decir, por muerte natural¹⁹⁷.

Tampoco se ha apreciado delito de homicidio en casos en los que ha sido la causante del fallecimiento la propia víctima. Así, cuando se produce el óbito por los movimientos de la víctima –al intentar liberarse de la contención–. La Audiencia Provincial confirmó el sobreseimiento provisional de la causa, sin perjuicio de que la hija de la finada pudiera realizar la reclamación pertinente fuera de la vía penal, de entender que concurrió negligencia de los profesionales¹⁹⁸.

En sede penal, el suicidio (por ahorcamiento con una sábana) de una paciente esquizofrénica paranoide no contenida, pero aislada a fin de que descansase, no se calificó de homicidio imprudente –imputable al Médico–, al no presentar la misma “signos de esa impulsividad suicida, que hubieran hecho aconsejable adoptar la medida de ponerle las correas que sujetaran sus brazos”. Aunque la paciente tenía antecedentes suicidas, en el día de los hechos el aislamiento fue para reducir estímulos sensoriales y no porque se le hubiera detectado impulsividad suicida¹⁹⁹.

Ha habido ocasiones en las que, también en sede penal, se ha acordado continuar la investigación a fin de determinar la causa del fallecimiento. Así para

determinar si, al margen de la pluripatología cardio-respiratoria del paciente fallecido, hubo algún tipo de desatención que hubiera permitido el atrapamiento de la cabeza en los barrotes de la cama²⁰⁰. O también, a fin de indagar sobre si la ausencia de una barandilla en la cama donde la fallecida estaba contenida permitió el desplazamiento de ésta con la consiguiente constricción vascular, posterior isquemia vascular y muerte²⁰¹.

En lo que atañe a delitos contra la libertad sexual, la Audiencia Provincial de Las Palmas apreció la existencia de un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP, en grado de tentativa. El hecho fue protagonizado por un paciente con “retraso mental moderado, epilepsia y trastorno esquizofrenicoide, con deterioro demencial importante” que vivía en un establecimiento para enfermos mentales y que se introdujo en la habitación de otra residente de 77 años, que estaba atada a un sillón, le dio un golpe en la cabeza, le mordió un labio y luego intentó penetrarla vaginalmente, lo que no consiguió por la aparición de otra residente. Al agresor se le apreció la eximente completa de anomalía psíquica (art. 20.1 CP), declarándole a él responsable civil directo y responsable civil subsidiario al establecimiento donde ocurrieron los hechos²⁰².

En lo relativo al delito de detención ilegal de personas discapacitadas el Tribunal Supremo ha afirmado que este delito, en general²⁰³: a) implica “una restricción del sujeto pasivo, un impedir el libre albedrío en su proyección física hacia el exterior de la persona”, b) requiere una “permanencia temporal”, si bien, aunque sea difícil es especificar el mayor o menor lapso de tiempo, este ha de ser de “una cierta duración o permanencia”, c) es “eminentemente doloso, por lo que requiere el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad deambulatoria”; d) tiene como elemento indispensable la voluntad de la víctima, ya que “la voluntad de la víctima [es] otro factor esencialmente determinante en el delito, en cuanto que sólo la retención, la detención o el encierro de la persona devendrá a la infracción si el

a la doctrina legal definida como tal por el art. 1.6 del Código Civil, sino también a la proveniente de resoluciones de órganos judiciales inferiores (es decir, a la comúnmente denominada “jurisprudencia menor”).

196 AAP Barcelona (Penal), Sec. 5ª, 19.4.2010, Pte. Roige Vila (CENDOJ 08019370052010200260).

197 AAP Almería (Penal), Sec. 2ª, 13.7.2007, Pte. Espinosa Labella (CENDOJ 04013370022007200121).

198 AAP Barcelona (Penal), Sec. 8ª, 19.3.2010, Pte. Barrientos Pacho (CENDOJ 08019370082010200092).

199 AAP Guipúzcoa (Penal), Sección 2ª, 29.7.2006, Pte. Domeño Nieto (CENDOJ 20069370022006200241).

200 AAP Barcelona, (Penal), Sec. 9ª, 13.10.2008, Pte. Navarro Morales (CENDOJ 08019370092008200021).

201 AAP Madrid (Penal), Sec. 1ª, 9.9.2010, Pte. Perdices López (CENDOJ 28079370012010200750).

202 SAP Las Palmas (Penal), Sec. 6ª, 7.3.2007, Pte. Goizueta Adame (CENDOJ 35016370062007100013).

203 Vid. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Tesis doctoral (Dtor. Lorenzo Morillas Cueva), Universidad de Granada, Granada, 1987.

hecho se produce y ocasiona contra la voluntad o sin la voluntad de la misma, bien porque se oponga terminantemente, con mayor o menor fuerza, que eso ya es algo dependiente de la idiosincrasia de cada uno, bien porque se actúe sin la voluntad, agotada tras la inicial oposición o inexistencia desde el primer momento por las razones que fueren”²⁰⁴.

El delito de detención ilegal se ha apreciado en un caso de indebido internamiento y aislamiento de una persona en una Residencia Geriátrica²⁰⁵ e igualmente en otro en el que el internamiento de una anciana en un Hospital Psiquiátrico se realizó en fraude de Ley, ya que la anciana en cuestión no presentaba signos de alteración neurológica ni psíquica que justificase esta medida²⁰⁶.

Por el contrario, se desestimó que existiera un delito de detención ilegal del art. 480 CP anterior (actual art. 163.1 CP), por parte de los responsables de una Residencia, ya que si bien es cierto que era práctica en la misma sujetar a algunos residentes sus muñecas mediante correaje y su cintura mediante sábanas (práctica autorizada por la Facultativo de la Residencia), un perito Especialista en Psiquiatría afirmó que en un estado confusional elevado, es adecuado que el paciente esté inmovilizado, al ser esta la solución “menos dañina y traumática”. La Sala en este caso, asumió la justificación de las sujeciones, si bien admitió que tal vez la conducta de dichos responsables

204 STS 2ª, 10.9.1992, Pte. De Vega Ruiz (CENDOJ 28079120011992106658).

205 STS 2ª, 2.10.1992, Pte. Moner Muñoz (CENDOJ 28079120011992106981). El Tribunal Supremo razonó: “la forma en que se produjo el internamiento, y el aislamiento en que se mantuvo a dicha señora, de abandonar el centro, e incluso el comunicarse con su Abogado, corroborado todo ello por una abundantísima prueba testifical practicada en el acto del juicio oral, claramente resulta que la intención del procesado era la de mantenerla recluida, sin que se le permitiera salir, teniendo, pues, por causa el encierro el ánimo ilícito de atacar la libertad personal de la agraviada”.

206 STS 2ª, 8.10.1982, Pte. Huerta y Álvarez de Lara (CENDOJ 28079120011982100753). La condena recayó en el hijo de la anciana -por delito de detención ilegal- y en el médico que, sin ver a la anciana, certificó la necesidad de su internamiento -por delito de imprudencia temeraria-; téngase en cuenta la aplicación del CP anterior al vigente. Sigue siendo pertinente la cita del trabajo que hace ya décadas llevó a cabo sobre este delito el Prof. Córdoba Roda, en el cual cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1950, en la que señala que “el ingreso forzoso en un establecimiento psiquiátrico, cuando conste al agente la normalidad mental del individuo recluido, significa, sin duda, la comisión del delito previsto en los artículos 408 y tres sucesivos del Código” [entonces vigente]. CORDOBA RODA, Juan: “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 17, Fasc. 3, 1964, p. 395.

fue equivocada al unir la acción de contener con la encerrar a veces a la paciente, no obstante lo cual esta última conducta sería “atípica”, penalmente hablando, ya que no cabe delito de detención ilegal por comisión culposa o imprudente²⁰⁷.

En el capítulo de lesiones sufridas por pacientes ha habido algún pronunciamiento en el que se ha apreciado la existencia de lesiones imprudentes, por realizar maniobras reiteradas de movilización de una anciana sin respetar los protocolos de actuación, originándole una fractura supra/intercondílea de fémur derecho²⁰⁸.

Un caso particularmente escabroso aconteció el 3 de febrero de 2013 en el Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga. En una misma habitación del citado establecimiento se encontraban dos pacientes mentales sometidos a contención mecánica de ambas extremidades. Uno de ellos que estaba en una cama anclada extrae una mano de la atadura y alcanza la cama de su compañero que no estaba anclada, sino con ruedas, consiguiendo desplazarla hacia sí. Le tapa la boca con la almohada y le extrajo, con una de sus manos, los dos ojos de sus cuencas y seguidamente le golpeó en la cara con la mesita de noche situada entre las camas de ambos, para lo cual extrajo previamente el cajón de la misma. A continuación, el procesado volvió a situar todo el mobiliario en su lugar original, siendo descubiertos los hechos por el personal sanitario, al realizar una de las rondas de vigilancia²⁰⁹. El paciente agresor fue declarado inimputable, condenándosele a él y a la Aseguradora como responsables civiles directos y al Servicio Andaluz de Salud como responsable civil subsidiario.

Por el contrario, no se apreció delito de lesiones imprudentes en el caso de una paciente ingresada en un hospital madrileño que había sostenido una discusión con dos enfermeras y que sufrió hematomas en miembros superiores e inferiores al ser reducida. La absolución se justificó por el grado de resistencia de la paciente que obligó a intervenir hasta a 7 empleados²¹⁰.

207 SAP Tarragona (Penal), Sec. 3ª, 11.12.2000, Pte. García Medina (CENDOJ 43148370032000100387).

208 SAP Alicante (Penal), Sec. 10ª, 22.12.2011, Pte. Gómez-Angulo Rodríguez (CENDOJ 03014370102011100453).

209 STS 2ª, 18.11.2015, Pte. Jorge Barreiro (CENDOJ 28079120012015100796).

210 SAP Madrid (Penal), Sec. 30ª, 19.1.2010, Pte. Oliván Lacasta (CENDOJ 28079370302010100002).

Tampoco se apreció lesiones imprudentes por una pretendida mala colocación de una contención abdominal, si bien la Audiencia dejó abierta la posibilidad de reclamar por vía civil por si las características técnicas de cinturón y/o la camilla de contención mecánica pudieran ser objeto de responsabilidad civil o denotar un anormal funcionamiento del servicio público²¹¹.

Y, en fin, tampoco se estimó la existencia de un delito de lesiones por imprudencia en el caso de las lesiones sufridas por un paciente, al caer tras bajar la barandilla de su cama. Se trataba de un paciente con desorientación y deterioro cognitivo severo, aunque sin tendencias autolíticas, respecto al cual recomendó el Médico que le atendía que se le colocara en cama baja con barandilla y pieler y vigilancia continua durante la noche. Lo que así se hizo. No se pautó contención mecánica, precisamente por carecer de ideación autolítica y la vigilancia consistió en comprobaciones cada 10 minutos de día y cada media hora de noche. La Sala estimó que era imposible asignar a una persona al cuidado constante de un paciente durante 24 horas y, además, ni la entidad y previsibilidad del resultado, ni el deber de cuidado omitido fueron de entidad suficiente, por lo que si es que hubo alguna negligencia jurídicamente relevante, sería en todo caso del ámbito civil²¹².

5.2 La responsabilidad en los órdenes civil y contencioso-administrativo

5.2.1 Aspectos generales

5.2.1.1 Indicación del empleo/no empleo de la coerción

Nuestros Tribunales admiten que el empleo de medios coercitivos es admisible en determinados escenarios. Por ejemplo, la contención mecánica en el caso de internamientos civiles²¹³, en supuestos de traumatismos craneo-encefálicos²¹⁴, en padecimien-

tos de Corea de Hungtinton²¹⁵, en intoxicación etílica con agitación y agresividad²¹⁶... Y, por supuesto, en estados de agitación en el contexto psiquiátrico²¹⁷.

Sin embargo, la aplicación de medios coercitivos no está indicada en circunstancias en las cuales una contención mecánica constante es improcedente por los perjuicios físicos y mentales que pudiera causar²¹⁸, por dañar la autoestima del paciente²¹⁹, si se aprecia una mejoría del paciente²²⁰, o bien cuando no es previsible que el paciente intente autolesionarse o huir²²¹.

5.2.1.2 La previsibilidad del resultado

Si la conducta del paciente no hace previsible la fuga o la actuación autolítica no surge responsabilidad, incluso cuando el paciente ha sido recientemente liberado de la contención²²². Es decir, no basta para pueda exigirse responsabilidad la existencia de un “riesgo genérico de suicidio”²²³. No siendo el suceso previsible, decae la responsabilidad²²⁴.

215 AAP Jaén (Civil), Sec. 3ª, 31.3.2006, Pte. Molina Romero (CENDOJ 23050370022007200174).

216 AAP Pontevedra (Penal), Sec. 5ª, 2.10.2018, Pte. Fariña Conde (CENDOJ 36057370052018200323).

217 SAP Asturias (Civil), Sec. 7ª, 21.5.2007, Pte. Ibáñez de Aldecoa Lorente (CENDOJ 33024370072007100190) y STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 22.9.2005, Pte. Basanta Rodríguez (CENDOJ 46250330022005101053).

218 AAP Madrid (Penal), Sec. 4ª, 17.1.2017, Pte. García-Galán San Miguel (CENDOJ 28079370042017200075).

219 STSJ Cataluña (C-A), Sec. 1ª, 24.5.2002, Pte. Gómez Ruiz (EDJ 2002/50915).

220 SAP Pontevedra (Civil), Sec. 3ª, 12.3.2008, Pte. Romero Costas (CENDOJ 36038370032008100121).

221 STSJ Andalucía (Sevilla) (C-A), 11.9.2014, Pte. Gonzaga Arenas Ibáñez (CENDOJ 41091330022014100296).

222 SAP Pontevedra (Civil), Sec. 3ª, 12.3.2008, Pte. Romero Costas (CENDOJ 36038370032008100121).

223 SAP Pontevedra (Civil), Sec. 3ª, 12.3.2008, Pte. Romero Costas (CENDOJ 36038370032008100121).

224 STS 3ª, Sec. 6ª, 18.12.2007, Pte. Herrero Pina (CENDOJ 28079130062007100482) (Caída de paciente por un síncope cardíaco); STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 29.1.2010, Pte. Manzana Laguarda (CENDOJ 46250330022010100015) (suicidio de paciente no contenido en el que en cuatro evaluaciones psiquiátricas no se apreciaron ideas autolíticas); SAN (C-A), Sec. 4ª, 24.4.2002, Pte. Sanz Calvo (CENDOJ 28079230042002100722) (“No existían antecedentes de ideas suicidas o de conductas que las exteriorizaran que debieran alertar a la Administración); STSJ Castilla-León (Valladolid) (C-A), 17.1.2014, Pte. Zatarain Valdemoro (CENDOJ 47186330032014100030) (la paciente que se suicidó tenía suficiente capacidad de autogobierno y no tenía alto riesgo suicida, según la Guía clínica); STS 3ª, Sec. 6ª, 12.9.2006, Pte. Margarita Robles Fernández (CENDOJ

211 AAP Madrid, (Penal), Sec. 3ª, 8.3.2007, Pte. García Llamas (CENDOJ 28079370032007200022).

212 AAP Murcia (Penal), Sec. 3ª, 14.11.2017, Pte. Martínez Noguera (CENDOJ 30030370032017200913).

213 AAP Jaén (Civil), Sec. 2ª, 23.5.2007, Pte. Morales Ortega (CENDOJ 23050370022007200174).

214 STSJ Castilla y León (Valladolid) (C-A), Sec. 1ª, 30.7.2010, Pte. Guerrero Zaplana (CENDOJ 47186330012010100559).

En esta materia pudiera ser útil la distinción entre “posibilidad” o “probabilidad” de un evento dañoso a la que alude Escrivá²²⁵ ya que, en Medicina “el pronóstico no puede gozar de certeza absoluta”²²⁶. Y, en particular en Psiquiatría, se juega con pronósticos menos certeros que en otras especialidades médicas.

5.2.1.3 El deber de vigilancia y cuidado

Se omite el deber de vigilancia cuando se producen actuaciones tales como: no verificar que el paciente contenido dispone de un objeto, como un mechero²²⁷, o cuando a un paciente en situación de riesgo, y aún no estando contenido, se le dejan en su habitación cinchas para sujeción –que luego utiliza para atentar contra su vida–²²⁸, o cuando se permite que una “enferma privada de la capacidad de juicio y discernimiento de una persona en condiciones o circunstancias normales” utilice ella sola la bañera (lo que provocó su asfixia)²²⁹, o que utilice una bañera sin controlar la temperatura del agua, quemándose, estando prescrita “observación prioritaria”²³⁰, o cuando no se hace el pertinente seguimiento del tratamiento prescrito y de sus efectos²³¹, o se deja al paciente “un espacio temporal, fuera de observación directa, notable”²³².

A este respecto, puede darse el caso en que un paciente esté perfectamente diagnosticado. Y que incluso se hayan dado las instrucciones correctas para

28079130062006100288) (el recluso “saltó de la cama de forma brusca e imprevista” y se precipita por la ventana de la UVI, mientras a corta distancia le vigilaban dos Policías que nada pudieron hacer, como tampoco la Enfermera presente).

225 ESCRIVÁ GREGORI, José María: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, p. 78.

226 GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXII, Fasc. 2, 1977, pp. 309-310.

227 SAN (C-A), Sec. 4ª, 17.7.2002, Pte. García Gonzalo (CENDOJ 28079230042002100320).

228 STSJ Aragón (C-A), Sec. 2ª, 30.1.2007, Pte. García Mata (EDJ 2007/323679).

229 STS 3ª, Sec. 6ª, 27.1.2001, Pte. Peces Morate (CENDOJ 28079130062001100399).

230 STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 10.9.2008, Pte. Millán Herrandiz (CENDOJ 46250330022008100570).

231 STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 2ª), 13.3.1998, Pte. Gallego Otero (EDJ 1998/8472).

232 STSJ Cataluña (C-A), Sec. 1ª, 24.5.2002, Pte. Gómez Ruiz (EDJ 2002/50915).

su control y vigilancia y, sin embargo, se falle en la aplicación de dicha vigilancia²³³.

5.2.1.4 Idoneidad de medios humanos y materiales

La falta de recursos suficientes –en concreto, humanos– fue precisamente la causa de que fuera condenado, por la Audiencia Provincial de Granada, el Servicio Andaluz de Salud, como consecuencia de las quemaduras sufridas por una paciente por un incendio por ella misma provocado²³⁴. A la paciente, deficiente mental e incapacitada judicialmente, se le administró un tranquilizante por prescripción facultativa, y luego se procedió a su sujeción a la cama con vendajes, por decisión de una Enfermera. A pesar de ello la paciente provocó un incendio con un mechero –que le había facilitado otro paciente–, mientras la antecitada Enfermera y sus Auxiliares estaban atendiendo a otro paciente. La Sala absolvió a los empleados –también demandados–: al Médico, porque se limitó a prescribir la medicación, a la Enfermera ya que aunque prescribió la contención no tuvo tiempo de comunicárselo al Médico al tener que atender a 50 pacientes y a las Auxiliares por haberse limitado a contener a la paciente por orden de la Enfermera. Por el contrario, la condena al Servicio Andaluz de Salud se basó en la falta de dotación de medios. Efectivamente, dice la Sentencia de apelación, se observaron todas las prescripciones reglamentarias, pese a lo cual se produjo el daño, lo que pone en evidencia que los medios humanos eran insuficientes “y es claro que ninguno de los codemandados antes referidos tenían facultades (al menos en autos no consta) para adoptar otras precauciones, ya fuera aumentar el personal sanitario en la grado adecuado o disminuir el numero de enfermos -si no se podía aumentar el personal- para visualizar monitorizadamente la vigilancia, etc., estas facultades solo podrán emanar del codemandado S.A.S., de ahí su responsabilidad”.

Se ha cuestionado en más de una ocasión la eventual actuación de los empleados de la Seguridad Privada en la contención de pacientes. El tema se planteó con carácter general ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con ocasión de una demanda laboral²³⁵. El Juzgado de lo Social primero y el Tribunal Superior de Justicia después dieron la razón a

233 STSJ Navarra (Civil), 15.5.1993, Pte. Ruiz de la Cuesta Cascajares (EDJ 1993/14522).

234 SAP Granada (Civil), sec. 4ª, 6.3.2000, Pte. Molina García (CENDOJ 18087370042000100769).

235 STSJ Andalucía (Sevilla) (Social), 13.1.2005, Pte. Sánchez Carrión (CENDOJ 41091340012005100167).

los demandantes –empleados de Seguridad Privada-, ya que se acreditó que desarrollaban funciones que no les eran propias. Incluso el protocolo de actuación del Hospital reconocía que la atención a los enfermos mentales debía ser prestada “exclusivamente” por el personal sanitario. No obstante lo anterior, respondiendo a una consulta sobre las actividades que pueden desarrollar los Vigilantes de Seguridad en Hospitales Psiquiátricos, la Unidad Central de Seguridad Privada del Cuerpo Nacional de Policía, señaló el 20.5.2010 que “puede considerarse que si el personal propio o técnico del centro hospitalario, en el ejercicio de sus funciones y ante una situación concreta de riesgo, así lo entendiese necesario, podrá requerir a los vigilantes de seguridad para que le presten el apoyo necesario en orden a evitar conductas que alteren el normal funcionamiento del centro hospitalario”.

El número idóneo de personas que deben intervenir en la contención de un paciente depende de los protocolos asistenciales, aunque el de cinco parece el más adecuado (para sujetar extremidades y cabeza)²³⁶.

La presencia de un Facultativo durante las maniobras de contención no es preceptiva, tal como se reconoció en un Auto de la Audiencia Provincial de Girona²³⁷ que afirmó taxativamente: “la facultativo que ordenó la inmovilización no tenía obligación de estar presente en el momento en que esta era llevada a cabo, tal y como se desprende del protocolo enviado por el Hospital Psiquiátrico de Salt”. Por tanto, “no puede acusarse por omisión a la médico por no estar presente en el concreto momento de la inmovilización y vigilar su realización”.

Son exigibles medios materiales y adecuación de las instalaciones en el caso de los Establecimientos dedicados a la atención de pacientes mentales, aunque nuestros Tribunales han establecido un criterio de racionalidad en los dispositivos de seguridad. Por ejemplo, en el caso de una paciente que se precipitó por una ventana, se consideró que no cabía reprochar una pretendida facilidad de apertura de la misma, ya que “la ventana no fue extraída sino desenchajada y sacada de sus raíles”²³⁸.

En lo referido a los específicos dispositivos para llevar a cabo la contención, nuestros Tribunales se

236 AAP Girona (Penal), Sec. 3ª, 10.11.2000, Pte. García Morales (CENDOJ 17079370032000200116).

237 AAP Girona (Penal), Sec. 3ª, 10.11.2000, Pte. García Morales (CENDOJ 17079370032000200116).

238 SAP Pontevedra (Civil), Sec. 3ª, 12.3.2008, Pte. Romero Costas (CENDOJ 36038370032008100121).

han manifestado –en más de una ocasión- contrarios al empleo de sistemas inadecuados, en particular el uso de sábanas²³⁹ o vendas²⁴⁰.

Una cuestión que también ha sido objeto de nuestros órganos jurisdiccionales en los últimos años es la referida al intervalo mínimo en que deben realizarse las rondas de vigilancia de los pacientes mentales en situación de riesgo. En más de una ocasión se ha considerado que dicho control debiera hacerse, al menos, cada 15 minutos. Fue el caso del suicidio de una paciente, con antecedentes autolíticos, que se encontraba aislada, en el que no se respetó el intervalo de un cuarto de hora o veinte minutos para casos de aislamiento; lo cual fue debido a no haber recibido el personal auxiliar instrucciones del Psiquiatra al respecto. Se valoró especialmente un informe pericial emitido por una Psiquiatra, especialista en Psiquiatría Legal, que manifestó que en casos de aislamiento o contención lo procedente es contacto visual del personal de Enfermería cada 15 minutos, evolución directa (mediante contacto verbal y físico) cada hora y control facultativo, también cada hora²⁴¹. Dicho intervalo de 15 minutos también se tuvo en cuenta en el caso de un paciente fallecido por un vómito (había estado 5 horas y 45 minutos sin ser vigilado), en el que el perito que depuso afirmó que este es el intervalo más común en otros protocolos²⁴². Al control cada 15 minutos también alude el calificado de “minucioso” protocolo del Hospital Universitario Virgen de la Victoria de Málaga²⁴³. En sentido contrario, no se apreció responsabilidad en el fallecimiento de un

239 SAP Almería (Penal), Sec. 3ª, 30.4.2009, Pte. Jiménez de Cisneros Cid (CENDOJ 04013370032009100173).

240 STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), sec. 1ª (C-A), 11.10.2001, Pte. Acevedo Campos (CENDOJ 38038330012001101105). En sentido contrario la STSJ Murcia (C-A), 10.12.2018, Pte. Sánchez de la Vega (CENDOJ 30030330012018100533) no valoró el hecho –denunciado por los familiares del paciente fallecido- de que la sujeción era inidónea por emplear simples vendas, estimando el Tribunal que el hecho de que el paciente se liberara de la contención, cortando con unas tijeras el vendaje, era irrelevante y que el paciente “tomó su decisión de forma libre y meditada, y sin manifestar nada en su entorno. El hecho de que el suicidio se produjera en el hospital no deja de ser algo circunstancial, por lo que no basta por sí solo, teniendo en cuenta todo lo que venimos exponiendo, para imputar a la Administración sanitaria una responsabilidad en dicho suicidio”.

241 SAP Guipúzcoa (Civil), Sec. 3ª, 9.12.2008, Pte. Suárez Odriozola (CENDOJ 20069370032008100330).

242 STSJ Madrid (C-A), Sec. 8ª, 30.9.2010, Pte. Del Portillo García (CENDOJ 28079330082010100791).

243 STS 2ª, 18.11.2015, Pte. Jorge Barreiro (CENDOJ 28079120012015100796). Es el caso, que se cita en estas páginas del paciente contenido que arranca los ojos a otro paciente también contenido, ambos en la misma habitación.

paciente que falleció por aspiración de alimentos mal masticados, ya que estaba sometido a “vigilancia reforzada” (visitas cada 15 minutos), además de estar controlado con un monitor situado en el control de enfermería²⁴⁴.

5.2.1.5 La relación causal

Para que exista responsabilidad patrimonial (y también civil) es preciso establecer el nexo causal entre el daño producido y la asistencia sanitaria prestada. Por esa razón no cabe imputar responsabilidad a la Administración sanitaria cuando el daño se produce, no por la contención, sino por una dolencia o déficit previo. Así cuando una paciente estuvo idóneamente contenida ante el estado de agitación que protagonizó; mas, tras el empleo de la contención se le diagnosticó fractura vertebral. Sin embargo, no se imputó responsabilidad a la Administración, debido a la lumbalgia de larga evolución que ya padecía, acompañada de una disminución importante de masa ósea. De ahí que no se estimara la concurrencia de relación causal entre la contención y el daño²⁴⁵.

Ha habido casos en los que se ha apreciado la existencia de nexo causal cuando se ha desconocido con certeza la causa de las lesiones (por estado de agitación o por caerse de la cama al ir al aseo), debido a que la carga de la prueba sobre cuáles fueran las circunstancias de la caída corresponde al establecimiento donde ésta acontece, en virtud del principio de facilidad probatoria²⁴⁶.

En igual sentido, se ha reconocido la existencia de responsabilidad al constatarse la relación causal cuando, sin estar probado que una paciente con reiterados intentos de suicidio estuviera o no contenida, se precipita por la ventana falleciendo, al estimar la Sala que “el desenlace evidencia que bien por ausencia de la medida de contención, bien por inidoneidad de la misma, se produjo el resultado conocido”; es decir, “la dinámica de los hechos enjuiciados evidencia un defectuoso y anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del hospital, sin que sea posible concretar el elemento personal a título de culpa de dichas lesiones”²⁴⁷.

244 STSJ Castilla-La Mancha (C-A), Sec. 1ª, 3.7.2006, Pte. Borrego López (CENDOJ 02003330012006100507).

245 STSJ Cataluña (C-A), Sec. 4ª, 7.7.2006, Pte. Pérez Borrat (CENDOJ 08019330042006100525).

246 SAP Asturias (Civil), Sec. 7ª, 21.5.2007, Pte. Ibáñez de Aldecoa Lorente (CENDOJ 33024370072007100190).

247 SAP Asturias (Civil), 24.2.1994, Pte. Pueyo Mateo

5.2.1.6 El deslinde de responsabilidades en el trabajo en equipo

La asistencia sanitaria y sociosanitaria se encomienda a un equipo (Médicos, Enfermeros, Auxiliares de Clínica, Celadores, ...). De ahí precisamente que el deslinde de responsabilidades no siempre sea fácil. Este tema ha sido especialmente estudiado en el ámbito penal (precisamente por el predominio en dicho ámbito de la responsabilidad personal), si bien no hay dificultad en extrapolar las características y consecuencias del trabajo en equipo al contexto de la responsabilidad civil y patrimonial, por las consecuencias que una inadecuada actuación de un profesional puede comportar para la exigencia de responsabilidad institucional. Baste de ejemplo el caso de una paciente que tuvo un episodio de agitación y que intentó salir por la ventana del Establecimiento donde estaba ingresada, lo que justificó su contención. Al día siguiente, retirada la contención, no se informa a los médicos que la visitan y a la enfermera encargada de su asistencia la alteración sufrida el día anterior. La paciente acabaría arrojándose por la ventana resultando con lesiones, debiendo de practicarse un aborto, ya que se le aplicaron varias sesiones de Rayos X, desconociendo que estaba embarazada. En este caso se reconoció responsabilidad patrimonial, ya que el “servicio sanitario” sí conocía que la paciente no estaba en condiciones de normalidad, si bien se omitió el deber de cuidado (al desconocer el turno entrante lo acontecido el día anterior)²⁴⁸. Fue por tanto lo acontecido una anomalía del servicio en su conjunto, aunque no cabe reprochar la conducta de aquellos profesionales encargados de la paciente el día del hecho autolítico, ya que desconocían sus antecedentes, confiaron en sus predecesores y actuaron en consecuencia.

En la actualidad es incuestionable la necesidad de la división del trabajo en sanidad²⁴⁹. Pero ello demanda delimitar, diferenciar y coordinar los deberes

(AC\1994\228).

248 STS 3ª, Sec. 6ª, 5.2.2007, Pte. Robles Fernández (CENDOJ 28079130062007100040). Esta Sentencia no obstante no aporta datos sobre si los sanitarios salientes de turno dejaron o no constancia escrita en la historia clínica del comportamiento de la paciente el día antes al suceso (lo que era su deber), o bien los sanitarios entrantes no verificaron el contenido de dicha historia clínica (lo también constituía una exigencia profesional).

249 HUMET, Carlos: *El ejercicio de la medicina. Un punto de vista desde la bioética y la calidad asistencial. La responsabilidad de las instituciones*, en CASADO, María (Comp.): *Estudios de Bioética y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 159-160.

y competencias de cada miembro del equipo de trabajo²⁵⁰. En el caso de los establecimientos psiquiátricos y sociosanitarios el equipo no lo forman por lo general pares, sino profesionales de diferentes categorías profesionales²⁵¹. Aunque también pueden concurrir profesionales de igual titulación (el caso citado anteriormente del médico que no recibió información sobre el estado de la paciente por parte del médico precedente). Por tanto, en medicina, cabe diferenciar un reparto de trabajo *vertical* (médico, enfermero, auxiliar, ...), y otro *horizontal* (entre médicos de igual o diferente especialidad)²⁵². Y ello tendrá su lógica consecuencia a la hora de delimitar las diferentes responsabilidades.

Pero tanto se efectúe un trabajo *vertical* u otro en sentido *horizontal*, es fundamental la vigencia del llamado “principio de confianza”, elaborado en la órbita penal. Como refiere Maraver²⁵³, los penalistas, especialmente a partir de Exner, desde principios del siglo XX se percataron de que –primero en el tráfico viario y pronto en el ámbito médico- se producían resultados lesivos por la actuación conjunta de varias personas. De ahí precisamente surge la concepción del “principio de confianza”, en virtud del cual un sujeto que actúa correctamente debe presuponer que los demás hagan también lo propio. Tras Exner, Engisch concibió que la responsabilidad del médico debía tener en cuenta el principio de “división del trabajo”, de tal modo que el médico (el sanitario en general) que actúa correctamente debe presumir que el resto del equipo sanitario también lo haga.

Se comprende así que la actuación de los médicos y enfermera a cargo de la paciente que se arrojó por la ventana fue correcta, dado que confiaron en la información (en este caso falta de información) del riesgo de la paciente proporcionada (no proporcionada) por sus compañeros.

250 JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 114.

251 GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 345.

252 ALARCÓN FIDALGO, Joaquín: “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *La Responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Sanidad Pública y Privada*, Doce Calles, Aranjuez, 1994, p. 170.

253 MARAVER GÓMEZ, Mario: *El principio de confianza en derecho penal un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Tesis doctoral (Dir. Agustín Jorge Barreiro), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007, pp. 97-105.

5.2.2 Los escenarios de imputación de la responsabilidad

5.2.2.1 Muertes naturales

En los fallecimientos por causas naturales en el contexto de la contención, no es achacable el hecho en sí del fallecimiento, pero sí lo es el de una inadecuada vigilancia del paciente. Así fue en el caso de un paciente anciano contenido que falleció por edema pulmonar, concurriendo responsabilidad patrimonial al no cumplirse las normas internas de actuación (protocolo) que establecían rondas de vigilancia cada hora²⁵⁴. Igualmente, en el de un paciente fallecido por infarto de miocardio, al cual encuentran dos Auxiliares en cuclillas en el borde de la cama, encontrándose retirada la barandilla protectora, aun permaneciendo atado con la sujeción mecánica (cinturón), imputándose la responsabilidad por falta de adecuada vigilancia, ya que no constó visita alguna ni control durante una hora y diez minutos²⁵⁵.

5.2.2.2 Fugas

No se apreció responsabilidad en el caso de un paciente anciano, enfermo de Alzheimer leve/moderado, que ingresó por padecer un síndrome confusional agudo y al que se le retiró la contención dos meses antes de su fallecimiento, el cual tuvo lugar por precipitación al intentar fugarse, no apreciándose que concurriera responsabilidad al estimarse que lo sucedido fue un “hecho imprevisible e inevitable”²⁵⁶. Tampoco en el caso de otra paciente, también fallecida por precipitación, y que había experimentado una notable mejoría –lo que motivó la retirada de la sujeción- ya que “una vigilancia constante e intensiva de 24 horas... [hubiera sido] mas propio de medidas represivas de privación de libertad que de una adecuada atención médica y sanitaria”²⁵⁷. Igual suerte desestimatoria tuvo la reclamación presentada por las lesiones padecidas por un paciente al intentar fugarse de un hospital, pues si bien tuvo algunos episodios de agitación que justificaron la contención total y el suministro de medicación, al mostrarse

254 STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 31.10.2008, Pte. Oliveros Rossello (CENDOJ 46250330022008100757).

255 STSJ Madrid (C-A), Sec. 9ª, 20.12.2007, Pte. Huet de Sande (CENDOJ 28079330092007101766).

256 STSJ Madrid (C-A), Sec. 8ª, 8.2.2010, Pte. Rodríguez Rodrigo (CENDOJ 28079330082010100133).

257 SAP Pontevedra (Civil), Sec. 3ª, 12.3.2008, Pte. Romero Costas (CENDOJ 36038370032008100121).

tranquilo, se le retiró aquella y el paciente pretendió huir descolgándose por una ventana —que contaba con los mecanismos de seguridad habituales en unidades de hospitalización psiquiátrica (cristales de seguridad contra golpes, ausencia de manillas de apertura y compás de limitación del arco de apertura)—, por lo que se estimó que se cumplió la *lex artis* al serle retirada la contención, los mecanismos de seguridad eran idóneos y no concurrió falta de cuidado y vigilancia²⁵⁸. En fin, tampoco se apreció responsabilidad en el caso de un paciente, con antecedentes autolíticos, que intentó huir y falleció por precipitación; la Sala tuvo en cuenta que en los tres ingresos previos no había intentado la fuga, las medidas de vigilancia eran las habituales en este tipo de Unidades, el paciente se mostró tranquilo y sin alteración psicomotora, ni agitación ni clínica depresiva y fue correcta la asistencia prestada, poniendo además de relieve que la huida no era previsible y que, a la vista de la sintomatología del paciente, el aislamiento y la sujeción mecánica son medidas extremas y puntuales, por lo que su aplicación no constituiría una *praxis* adecuada²⁵⁹.

Por el contrario, sí se apreció responsabilidad en el caso del fallecimiento de un paciente contenido, por precipitación con ocasión de un intento de fuga, al romperse las sábanas con las que pretendía materializar su huida. Se recalcó en este caso que debieron haberse extremado las medidas de vigilancia ante la conducta previa del paciente (otro intento de fuga) y, además, no era un instrumento idóneo para la contención el empleo de “simples vendas y algo de algodón”²⁶⁰.

5.2.2.3 Broncoaspiración

Un peligro que se cierne sobre los pacientes contenidos, más en concreto cuando están colocados en posición de cúbito supino es una eventual broncoaspiración. Las respuestas judiciales son de contenido dispar, dependiendo de que hubiera existido o no cuidado y vigilancia del paciente. Ya se visto que se apreció responsabilidad en el caso de un paciente

que falleció por broncoaspiración, estando contenido y sin control del estado del paciente durante 5 horas y 45 minutos, produciéndose una “pérdida de oportunidad”²⁶¹. En sentido contrario, como también se vio, no existió responsabilidad por el fallecimiento por asfixia de un paciente por aspiración de alimentos mal masticados, ya que la vigilancia y cuidado fueron correctos²⁶².

Caso peculiar fue el caso de un paciente recluso en un Centro penitenciario que falleció por broncoaspiración, estando contenido. Se sobreseyó la causa penal, pero se estimó responsabilidad en sede contencioso-administrativa, no directamente por anomalía en el servicio de asistencia sanitaria, sino por estimar que no se le proporcionó “una mejor y más humanitaria atención”, ya que un Centro penitenciario en obras (Picassent) no era el lugar adecuado para la estancia del fallecido²⁶³.

5.2.2.4 Incendios ocasionados por los pacientes

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial, disponemos de varios casos en los que se apreció dicha responsabilidad. Se estimó que hubo omisiones injustificables por el fallecimiento de un paciente contenido a causa de quemaduras ocasionadas por el mismo al utilizar un mechero que portaba en su ropa de calle (que se le permitió seguir vistiendo en vista de su estado de fuerte agitación), ya que se le retiró uno que tenía en el pijama, pero no se verificó que portara un segundo mechero. Para declarar la responsabilidad se valoró el hecho de que el paciente se encontrara en la “Sala de yesos” y no en la planta de Psiquiatría a pesar de tener alterada la conciencia y manifestar agitación (posiblemente por *delirium tremens*) (quedando en manos de personal poco avezado en procesos agudos psiquiátricos) y por supuesto por el hecho de no revisar sus ropas²⁶⁴. Se estimó responsabilidad en el caso de una paciente ingresada en la Unidad de Agudos y a la que se contuvo debido a su estado de agitación, que apareció envuelta en llamas (perdió cuatro dedos de una mano), pues se consideró que hubo una “manifiesta asistencia defectuosa”, al no registrarla por si portaba algún instrumento

258 STSJ Castilla y León (C-A) (Valladolid), (Sec. 3ª), 24.2.2009, Pte. Lallana Duplá (EDJ 2009/164535). Cabe reseñar que con posterioridad a este acontecimiento se instalaron refuerzos en todas las ventanas y que el paciente falleció año y medio después, probablemente por suicidio.

259 STSJ Andalucía (Sevilla) (C-A), Sec. 2ª, 11.9.2014, Pte. Gonzaga Arenas Ibáñez (CENDOJ 41091330022014100296).

260 STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sec. 1ª (C-A), 11.10.2001, Pte. Acevedo Campos (CENDOJ 38038330012001101105).

261 STSJ Madrid (C-A), Sec. 8ª, 30.9.2010, Pte. Del Portillo García (CENDOJ 28079330082010100791).

262 STSJ Castilla-La Mancha (C-A), Sec. 1ª, 3.7.2006, Pte. Borrego López (CENDOJ 02003330012006100507).

263 SAN (C-A), Sec. 1ª, 2.11.2000, Pte. García Gonzalo (CENDOJ 28079230012000100591).

264 SAN (C-A), Sec. 4ª, 17.7.2002, Pte. García Gonzalo (CENDOJ 28079230042002100320).

peligroso (encendedor) y al permitir que, pese a la contención, pudiera maniobrar sus manos²⁶⁵. Ha habido ocasiones en las que el ánimo suicida aparece claro en incendios provocados. Así el que lo fue por una paciente –no contenida, y que había ingresado por conducta autodestructiva- que se roció de colonia prendiéndose fuego con un encendedor, acabando falleciendo. La existencia de un frasco de un litro de colonia en el aseo de esta paciente fue un dato resaltado por la Sentencia que declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al calificar tal hecho como un elemento de anormalidad en el servicio público prestado, junto al hecho de que no se cumplieran las Normas Básicas del establecimiento, entre las que se incluía la obligación del personal de planta de revisar las pertenencias que los familiares trajeran a los enfermos²⁶⁶. También se reconoció responsabilidad por las quemaduras sufridas por una paciente por un incendio por ella misma provocado en una Sentencia a la que luego se hará referencia²⁶⁷.

En el ámbito de la responsabilidad civil, puede citarse el caso de una paciente, ingresada en un Sanatorio, proveniente de un Centro psiquiátrico y que, aún encontrándose inmovilizada con vendas de algodón y gasas consiguió provocar un incendio, no pudiendo concluirse si la causa del mismo fue su provocación intencionada o si lo fue por descuido de la paciente, que era fumadora. La responsabilidad en este caso se apreció ya “que la paciente pudiera autolesionarse, o provocar un incendio, podía inferirse o sospecharse racionalmente por su propia conducta y es por ello que exigía de especiales medidas de precaución y que, desde luego, no pueden entenderse agotadas con la inmovilización que se acordó máxime cuando le permitía la movilidad de manos y no se le efectuó registro alguno para comprobar si estaba en posesión de un mechero, ni se le dispensó mayor control aumentando el número de visitas por parte del personal de enfermería”²⁶⁸.

5.2.2.5 Daños provocados por el agua en el aseo de los pacientes

Ha habido situaciones en los que se han producido

265 STS 1ª, 21.6.2001, Pte. Martínez-Pereda Rodríguez (CENDOJ 28079110012001102066).

266 STSJ Madrid (C-A), Sec. 10ª, 10.4.2014, Pte. Álvarez Theurer (CENDOJ 28079330102014100278).

267 SAP Granada (Civil), sec. 4ª, 6.3.2000, Pte. Molina García (CENDOJ 18087370042000100769).

268 SAP León (Civil), Sec. 2ª, 1.6.2017, Pte. Muñoz Díez (CENDOJ 24089370022017100152).

lesiones –e incluso fallecimientos de pacientes- por daños ocasionados en la bañera de su habitación. Así, el caso de una paciente de una Unidad de Psiquiatría, fallecida por parada cardio-respiratoria secundaria a asfixia por sumersión en la bañera, concurriendo la responsabilidad administrativa al no ser lo sucedido un hecho imprevisible, habida cuenta de la enfermedad de dicha paciente, por lo que faltó la adecuada vigilancia sobre sus movimientos, pudiendo estar provocado el desvanecimiento bien por la ingesta de alimentos, bien por los efectos secundarios de su medicación²⁶⁹. En el mismo sentido, se estimó la responsabilidad en el caso del fallecimiento de una paciente, que pidió que se le retira la sujeción para ir al servicio y que aparece en la bañera inconsciente y con quemaduras, de las que fallece dos meses después, apreciando el Tribunal un mal funcionamiento del servicio de vigilancia y atención que la Unidad de Psiquiatría de cualquier centro público debe prestar para con los pacientes allí ingresados, máxime cuando dicha paciente había estado con sujeción mecánica durante toda la mañana del día del suceso. Es decir, no es aceptable que se le permitiera ir al baño sin vigilancia²⁷⁰.

5.2.2.6 Lesiones en el contexto de la contención

En el contexto de la contención tampoco son del todo infrecuentes las lesiones. Ya se citó el caso –en sede penal- de la empleada que provocó lesiones a una anciana por realizar maniobras inadecuadas de movilización²⁷¹. Aunque en otras ocasiones no se ha apreciado responsabilidad cuando, por ejemplo, estaba indicada terapéuticamente la inmovilización y no hubo motivos para pensar que la técnica empleada fuera inadecuada, a pesar de que se produjera como consecuencia de las maniobras un edema doloroso en la muñeca y posteriores problemas de movilidad en el antebrazo²⁷².

También pueden provocarse lesiones por una inmovilización prolongada sin prestar los cuidados necesarios. Ilustrativo es el caso de la aparición de

269 STS 3ª, Sec. 6ª, 27.1.2001, Pte. Peces Morate (CENDOJ 28079130062001100399).

270 STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 10.9.2008, Pte. Millán Herrandiz (CENDOJ 46250330022008100570).

271 SAP Alicante (Penal), Sec. 10ª, 22.12.2011, Pte. Gómez-Angulo Rodríguez (CENDOJ 03014370102011100453).

272 STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 22.9.2005, Pte. Basanta Rodríguez (CENDOJ 46250330022005101053). Se trató del caso de un paciente con cuadro psicótico por ingesta alcohólica.

escaras, máxime cuando estas alcanzan un grado de notable gravedad, bien debido a la insuficiencia de la higiene o a la no realización periódica de cambios posturales, pudiendo hablarse entonces de daño desproporcionado y conducta negligente de los empleados, que puede originar responsabilidad patrimonial²⁷³.

Capítulo aparte merecen las lesiones originadas por caídas de los pacientes. En sede civil se reconoció responsabilidad por las lesiones sufridas (fractura de huesos de la nariz) de un paciente. La Audiencia Provincial argumentó que en el caso de pacientes psiquiátricos de reacciones imprevisibles, el centro debe adoptar medidas especiales de vigilancia y cuidado, ya que el hecho de que en momentos anteriores no las hubieran tenido, no quiere decir que no las puedan tener en cualquier momento posterior, de modo tal que, en virtud del principio de facilidad probatoria, corresponde al establecimiento probar las circunstancias en que se produjeron las lesiones y la existencia de medidas de cuidado y vigilancia pertinentes²⁷⁴.

En sentido opuesto, no se ha reconocido responsabilidad en casos tales como: a) Caída de paciente sin alteración de nivel de conciencia ni cuadro de ideas delirantes al que se le colocan barandillas para evitar una caída involuntaria, pero que al intentarse levantarse, por propia iniciativa y sin pedir ayuda al personal sanitario, cae²⁷⁵; b) Caída de paciente al que se le retiran las barandillas de la cama al tiempo de desayunar y sufre una caída, probablemente secundaria a un síncope cardíaco (acabaría falleciendo días después)²⁷⁶; c) Caída de paciente que, a causa de un traumatismo craneoencefálico muestra agitación y agresividad y que a pesar de administrársele tranquilizantes –que no le hacen efecto- y de contar con barandillas en la cama se arroja de la misma, ya que no era adecuada la sujeción, debido al tipo de lesiones que padecía y al tener catéteres instalados²⁷⁷; d) Caída de paciente consciente y orientada, sin signos de agitación que se baja por el hueco de las barandillas, fracturándose el fémur, ya que no estaba indicada la

inmovilización mecánica²⁷⁸; e) Caída del paciente, cuyas barandillas de la cama estaban subidas antes de caer, no existiendo constancia en la historia clínica de que estuviera indicada la inmovilización²⁷⁹; f) Caída de paciente de Alzheimer, que tenía buena movilidad y no precisaba contención²⁸⁰.

Y, por supuesto, no se apreció responsabilidad por la reclamación efectuada por un paciente que, sin esperar el documento de alta, aunque ya se le había anunciado ésta, se viste con ropa de calle y sufre una caída en el exterior del establecimiento hospitalario²⁸¹.

5.2.2.7 Conductas autolíticas

En el ámbito contencioso-administrativo las conductas autolíticas se han producido en diferentes escenarios y utilizando distintos medios o métodos.

Las conductas suicidas mediante precipitación –con fallecimientos o lesiones derivados de las mismas-, han dado origen a pronunciamientos de distinto signo. Se ha reconocido responsabilidad en casos de precipitación en los siguientes casos: a) Paciente que se ocasiona graves lesiones al arrojar al vacío desde la ventana que dejó abierta un celador, sin cerciorarse previamente de que todos los pacientes habían abandonado la dependencia²⁸²; b) Paciente que ingresó por autólisis mediante ingesta medicamentosa y que presenta un episodio de gran agitación, ya que se le retiró la contención al día siguiente sin que el personal sanitario que se hizo cargo de su atención fuera informado de lo acontecido el día anterior, no adoptando por consiguiente las medidas de previsión y cuidado necesarios²⁸³; c) Paciente que se suicida por precipitación no estando contenido, siendo su conducta previsible, al concurrir factores externos e internos propiciatorios (estados depresivos, actitudes agresivas hacia el personal y frente a terceros, alteraciones asociadas al consumo de drogas, fases de

273 SAN (C-A), Sec. 4ª, 3.11.2004, Pte. Guerrero Zaplana (CENDOJ 28079230042004100911).

274 SAP Asturias (Civil), Sec. 7ª, 21.5.2007, Pte. Ibáñez de Aldecoa Lorente (CENDOJ 33024370072007100190).

275 STSJ Asturias (C-A), Sec. 1ª, 28.9.2007, Pte. Pérez Conesa (CENDOJ 33044330012007100862).

276 STS 3ª, Sec. 6ª, 18.12.2007, Pte. Herrero Pina (CENDOJ 28079130062007100482).

277 STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 3ª), 25.1.2002, Pte. Orue Bascones (CENDOJ 48020330032002100600).

278 STSJ Cataluña (C-A), Sec. 2ª, 26.9.2005, Pte. Saavedra Maldonado (CENDOJ 08019330022005100999).

279 STSJ País Vasco (C-A), Sec. 3ª, 25.2.2008, Pte. Ibarra Robles (CENDOJ 48020330032008100010).

280 SAN (C-A), sec. 4ª, 13.3.2002, Sanz Calvo (CENDOJ 28079230042002100791).

281 STSJ Asturias (C-A), Sec. 2ª, 1.2.2008, Pte. García López (CENDOJ 50297330012006100459).

282 SAN (C-A), Sec. 4ª, 7.5.2002, Pte. Mangas González (CENDOJ 28079230042002100759).

283 STS 3ª, Sec. 6ª, 5.2.2007, Pte. Robles Fernández (CENDOJ 28079130062007100040).

agitación psicomotriz, sospecha de SIDA, ...) y, ante estado de cosas, “no hubo, control ni seguimiento alguno de los efectos del tratamiento prescrito, para en el supuesto negativo aplicar las medidas alternativas con las que contaba el Centro para garantizar la seguridad de esta clase de pacientes”²⁸⁴; d) Paciente que sufre graves lesiones por precipitación, porque “el desenlace evidencia que bien por ausencia de la medida de contención, bien por inidoneidad de la misma, se produjo el resultado conocido” (la paciente había estado sometida esporádicamente a la contención, sin que pudiera acreditarse que el día del suceso estuviera contenida)²⁸⁵.

Por el contrario, en casos de precipitación no se ha estimado que hubiera responsabilidad en los siguientes casos y por las razones que se indican: a) Paciente que fallece por precipitación, del que no constaba que albergara ideación autodestructiva estructurada y en el que habían desaparecido los indicios de riesgo, ya 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”²⁸⁶; b) Paciente fallecido por precipitación que había ingresado por politraumatismo derivado de atropello, ya que aunque éste pudiera haber sido debido a un intento autolítico, fue evaluado hasta en cuatro ocasiones por los servicios de Psiquiatría, que consideraron que no se evidenciaban ideas autolíticas estructuradas²⁸⁷; c) Paciente fallecido por precipitación, ya que aunque semanas antes estuvo sometido a contención, en el día de autos se mostraba tranquilo y consciente y “no existían antecedentes de ideas suicidas o de conductas que las exteriorizaran que debieran alertar a la Administración” y en “el mismo día de autos por la tarde nada hacía presagiar el fatal desenlace”²⁸⁸; d) Paciente esquizofrénica que fallece por precipitación, ya que “en la producción del letal evento dañoso

intervino exclusivamente la voluntad suicida de la enferma... sin que pueda imputarse o atribuirse a la Administración sanitaria, a efectos de una previsible compensación de culpas, una falta *in vigilando*, pues la habitación en la que fue hospitalizada, a pesar de que no disponía de rejas en la ventana, estaba dotada del sistema adecuado según las Normas de Actuación de la Unidad de Salud Mental del Centro en que se produjo el suicidio, sin que se haya acreditado parcialmente que el sistema de seguridad tuviese defecto de conservación o deterioro o que fuese insuficiente”²⁸⁹; e) Suicidio por precipitación de paciente que se liberó de la contención (cortando con unas tijeras las vendas que le contenían), ya que el paciente “no tenía el juicio racional alterado, sino que tomó su decisión de forma libre y meditada, y sin manifestar nada en su entorno”²⁹⁰; f) Paciente que se precipita por una ventana sufriendo graves lesiones, ya que “no existían tendencias suicidas ni conductas que las exteriorizaran y que debieran alertar a la Administración sobre los tristes hechos acontecidos; es más ese día nada hacía presagiar ese desenlace, ni se había exteriorizado con anterioridad su descompensación”, además aunque las ventanas no disponían de cristales blindados, su protección radicaba en topes que impedían su apertura²⁹¹; g) Paciente que sufre lesiones por precipitación, ya que solo reunía dos criterios de “alto riesgo suicida”, estuvo controlada y realizó la conducta autolítica en los escasos segundos en que quedó sola, se le administraron tranquilizantes, las ventanas disponían de mecanismos de cierre aunque precisaban abrirse diariamente para ventilación (no pudiendo atravesarlas la mayoría de las personas) y la contención solo debe aplicarse cuando es necesaria, añadiendo el Tribunal Superior de Justicia: “En este caso la administración si bien no ha desplegado una absoluta exhaustividad de las medidas de control, es lo cierto que las mismas deben ponerse en relación con la evolución clínica de cada paciente, sin que sea tampoco médicamente recomendable la inmovilización permanente, total y absoluta de todo paciente durante toda la estancia en un servicio de psiquiatría. Es necesario armonizar las medidas de contención con el riesgo, dignidad e inicio del tratamiento de todo paciente”²⁹²; h) Recluso que se precipita desde la ventana del Hospital, donde se

284 STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sec. 2ª), 13.3.1998, Pte. Gallego Otero (EDJ 1998/8472).

285 SAP Asturias (Civil), 24.2.1994, Pte. Pueyo Mateo (AC\1994\228). Esta Sentencia fue confirmada, salvo en lo relativo al pago de intereses indemnizatorios, por la STS 1ª, Sec. 1ª, 13.5.1998, Pte. García Varela (CENDOJ 28079110011998102271).

286 STSJ Galicia (C-A), Sec. 3ª, 13.6.2012, Pte. Cibeira Yebra-Pimentel (CENDOJ 15030330032012100712).

287 STSJ Comunidad Valenciana (C-A), Sec. 2ª, 29.1.2010, Pte. Manzana Laguarda (CENDOJ 46250330022010100015).

288 SAN (C-A), Sec. 4ª, 24.4.2002, Pte. Sanz Calvo (CENDOJ 28079230042002100722).

289 STS 3ª, Sec. 6ª, 21.12.2005, Pte. Lecumberri Martí (CENDOJ 28079130062005100578).

290 STSJ Murcia (C-A), 10.12.2018, Pte. Sánchez de la Vega (CENDOJ 30030330012018100533).

291 SAN (C-A), Sec. 4ª, 27.11.2002, Pte. Sanz Calvo (CENDOJ 28079230042002100236).

292 STSJ Castilla-León (Valladolid) (C-A), 17.1.2014, Pte. Zatarain Valdemoro (CENDOJ 47186330032014100030).

le trataba de una conducta autolítica en prisión, encontrándose los Policías de escolta a cuatro metros de distancia, desestimando la Sentencia de instancia la reclamación, al apreciar que la conducta suicida se produjo “de forma brusca e imprevista”, sin que ni la Enfermera ni los Policías pudieran hacer nada para evitar el suceso, por lo que se consideró que la conducta del fallecido fue “determinante exclusivo del resultado producido”²⁹³, fallo que fue confirmado por el Tribunal Supremo, que concluyó que en este caso la Unidad Médica (UVI) era la adecuada, los policías se encontraban “a la mayor proximidad permitida para evitar cualquier fuga, tal y como era su función” y el suceso era imprevisible²⁹⁴.

En otras ocasiones, el mecanismo utilizado para llevar a cabo la conducta autolítica es el ahorcamiento. También aquí disponemos de pronunciamientos judiciales de sentido opuesto.

Se ha reconocido responsabilidad, entre otros, en los casos siguientes: a) Suicidio de paciente por ahorcamiento con su pijama anudado a los barrotes de la ventana, ya que hubo una “orientación diagnóstica poco certera”, sin examen exhaustivo del paciente, que conllevó la “ausencia de instrucciones esenciales de vigilancia”, tampoco se acreditó el tiempo en que el paciente estuvo fuera de la observación directa de las Auxiliares y, además, la configuración de los barrotes de la ventana era inadecuada²⁹⁵; b) Suicidio de paciente por ahorcamiento con su sábana, encontrándose aislada en habitación individual, por falta de vigilancia visual periódica cada 15 minutos, ya que “una persona cuya patología clínica combinada con sus numerosos precedentes de internamientos, intentos autolíticos y estancias en celdas de aislamiento, incluso con un enfrentamiento con otra paciente la misma mañana del óbito, permitía prever como razonable la ejecución de una decisión como la que acabó con su vida”²⁹⁶; c) Suicidio de paciente con dos cinchas de seguridad que el personal olvidó en la habitación, radicando en dicho olvido el nexo causal que permitió establecer la responsabilidad²⁹⁷.

293 SAN (C-A), Sec. 1ª, 9.3.2005, Pte. Buisán García (CENDOJ 28079230012005100224).

294 STS 3ª, Sec. 6ª, 12.9.2006, Pte. Margarita Robles Fernández (CENDOJ 28079130062006100288).

295 STSJ Cataluña (C-A), Sec. 1ª, 24.5.2002, Pte. Gómez Ruiz (EDJ 2002/50915).

296 SAP Guipúzcoa (Civil), Sec. 3ª, 9.12.2008, Pte. Suárez Ordiozola (CENDOJ 20069370032008100330).

297 STSJ Aragón (C-A), Sec. 2ª, 30.1.2007, Pte. García Mata (EDJ 2007/323679).

Por el contrario, no se ha reconocido responsabilidad en los casos siguientes: a) Suicidio de paciente por ahorcamiento, que tras acabar con la vida de su padre intenta suicidarse, intentándolo nuevamente en dos ocasiones ya en el Hospital y autolesionándose con sus gafas, ya que “la vigilancia fue constante y adecuada” y el psiquiatra aunque sí tuvo presente un nuevo episodio autolítico, siempre aquilató el grado de sujeción mecánica a sus valoraciones clínicas”. Valoraciones no exentas de riesgo “pero el riesgo debía asumirse a lo largo del tratamiento, que se prolongaba durante más de quince días [una perito que depuso señaló que la duración máxima de la contención no debe superar las 72 horas]”, no siendo admisible mantenerlo “totalmente inmovilizado y desnudo aislado”²⁹⁸; b) Paciente que se suicida ahorcándose con una sábana, ya que el paciente estaba tranquilo y la Enfermera lo visitó cada 20 minutos y además el instrumento utilizado, es un “elemento, adecuado para el descanso de cualquier persona, aparentemente inofensivo y en principio, no especialmente idóneo para una acción como la llevada a cabo”²⁹⁹. Como podrá apreciarse la diferencia entre el citado caso anterior de suicidio con una sábana y éste último es el inexistente control periódico en el primer caso, y el razonable control que se llevó a cabo en el segundo.

Los episodios suicidas tras la fuga del paciente no implican necesariamente la ausencia de responsabilidad institucional. Así sucedió en los casos siguientes: a) Suicidio por precipitación de una paciente, que había estado contenida horas antes, se fugó de una Clínica privada y vistiendo ropa de calle se arrojó desde un edificio en construcción, ya que aunque se descartó la negligencia profesional médica (el diagnóstico y tratamiento fueron considerados correctos) se entendió que la responsabilidad se había desplazado al ámbito de la vigilancia, quedando probado que, aun existiendo en la Clínica medidas de seguridad (control de entradas y salidas a través de un monitor), éstas no se aplicaron correctamente³⁰⁰; b) Paciente que aparece ahogado días después de haberse fugado del Hospital, estableciéndose acreditada la relación de causalidad directa y eficaz entre el suicidio y la alteración mental y que en el Hospital no se pautó medida alguna de control sobre el paciente³⁰¹.

298 STSJ Madrid (C-A), Sec. 8ª, 30.6.2010, Pte. Del Portillo García (CENDOJ 28079330082010100681).

299 SAN (C-A), Sec. 4ª, 31.7.2002, Pte. Sanz Calvo (CENDOJ 28079230042002100340).

300 STSJ Navarra (Civil), 15.5.1993, Pte. Ruiz de la Cuesta Cascajares (EDJ 1993/14522).

301 STSJ Canarias (Las Palmas) (C-A), 29.10.2012, Pte.

5.2.2.8 Daños a terceros

Hubo un suceso paradigmático en el que, directamente no se alude al empleo de la contención de pacientes, aunque bien cabe imaginar que, de haberse empleado ésta -todo apunta a que estaba indicada-, el luctuoso suceso no hubiera acontecido. Un paciente mental inicialmente ingresado en el Psiquiátrico de la Virgen, fue trasladado al Hospital de San Juan de Dios, ambos propiedad de la Diputación Provincial de Granada. Encontrándose en este último Hospital se arroja por una ventana y cae sobre una pareja de novios (de ahí que el hecho sea conocido como “Caso de los novios de Granada”). Fallece el novio y sufre heridas de consideración la novia. El paciente la mañana en que tuvo lugar el hecho relatado ya había mostrado síntomas de enajenación y, además, se había intentado arrojar por la ventana. El Tribunal Supremo estimó que el “resultado (era) patrimonialmente atribuible a la Corporación que no puede exonerarse del mismo invocando como ha hecho su imputación a la acción de tercero puesto que el perturbado al hallarse internado en el hospital (aunque no fuese en calidad de enfermo mental, sino para tratamiento médico) no constituía un agente extraño al funcionamiento del centro sino un usuario interno que como tal se integraba en su organización y disciplina”. Llamativamente el Tribunal Supremo invocó también la aplicación del art. 1910 del Código Civil que establece que el ocupante de un edificio responde por los daños causados por lo que se arroje o caiga del inmueble. Es decir, aunque este precepto parece pensado para caídas de objetos, el Tribunal lo consideró también aplicable a la caída de sujetos. En definitiva, la integración del paciente mental en la institución hospitalaria fue el fundamento clave para atribuir responsabilidad a la Administración³⁰². No obstante, Beladiez considera que, en el “Caso de los novios de Granada” la Administración debía responder no por el motivo en que se basó la sentencia (estar integrado el paciente que se arrojó por la ventana en la organización administrativa del hospital), sino porque la

Administración tenía asumida la posición de garante respecto a ese sujeto que carecía de capacidad para comprender el alcance de sus actos, por lo que debía asumir como riesgo propio de ese servicio los daños causados por una persona a su cargo³⁰³.

A diferencia del caso anterior, también puede haber ocasiones en las que los daños se producen a terceros que no son ajenos al Establecimiento, sino que forman parte de su dotación de personal. Hay resoluciones judiciales de signo contrario al respecto.

No se estimó que concurriera responsabilidad patrimonial en los casos siguientes: a) Agresión de un paciente esquizofrénico a una Auxiliar de Clínica cuando ésta le liberó de un punto de sujeción para realizarle una radiografía de tórax, rechazándose que hubiera responsabilidad ya que al estar el paciente ya sujeto no se requería el concurso de más personal (ningún protocolo así lo indicaba en el caso de realización de pruebas diagnósticas), por lo que no hubo un funcionamiento anormal del servicio³⁰⁴; b) Residente de un establecimiento sociosanitario que, mientras una trabajadora daba la cena la golpea en el vientre ocasionándole lesiones. No hubo responsabilidad –en sede social en este caso- ya que sería inhumano que el residente también estuviera sujeto de piernas, tratándose “de un ámbito (imprevisibilidad de las reacciones de esta persona con autismo) en el que resulta prácticamente imposible llegar a un riesgo ‘cero’, y la efectividad del evento dañoso, del accidente, depende en muchas ocasiones de la propia ‘pericia’ de la trabajadora, al mostrarse especialmente cautelosa respecto a un paciente que conoce y que tiene determinadas singularidades patológicas”. Además, dijo la Sentencia, “no se trata entonces de un deber absoluto de garantizar la indemnidad de los trabajadores, que sería equiparable a una responsabilidad objetiva, sino que el resultado objeto de la obligación (...) se concreta en un determinado nivel de riesgo residual que pueda estimarse tolerable en función del nivel de la técnica y de la profesión en cada momento”³⁰⁵.

García Otero (CENDOJ 35016330012012100857).

302 STS 4ª (C-A), 12.3.1975, Pte. Gabaldón López (CENDOJ 28079130011975100511). Precisamente una muy posterior Sentencia, la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), sec. 1ª (C-A), 11.10.2001, Pte. Acevedo Campos (CENDOJ 38038330012001101105), apreció la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria canaria en el caso de fallecimiento por precipitación de un paciente que, encontrándose contenido, frecuentemente era desatado por su familia o incluso él mismo se deshacía de la contención a menudo. Esta última Sentencia, invocando la STS 4ª (C-A), 12.3.1975, recuerda que el paciente, en cuanto “usuario interno” “se integraba en su organización y disciplina” del Establecimiento.

Por el contrario sí se estimó la concurrencia de responsabilidad en los siguientes casos: a) Paciente esquizofrénico paranoide que se abalanza sobre una

303 BELADIEZ ROJO, Margarita: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 159.

304 STSJ Castilla-La Mancha (C-A), 16.2.2015 (CENDOJ 02003330012015100129).

305 STSJ Cantabria (Social), 11.6.2018, Pte. López-Tames Iglesias (CENDOJ 39075340012018100126).

Auxiliar golpeándola contra la pared, sufriendo esta lesiones, apreciándose responsabilidad civil subsidiaria de la Administración sanitaria, ya que concurrió la responsabilidad de los demás empleados al no adoptarse con dicho paciente las medidas químicas o mecánicas que precisaba³⁰⁶; b) Paciente ingresado en una Unidad Psiquiátrica que agrede a un Enfermero ocasionándole el estallido del globo ocular, declarándose la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración sanitaria, ya que dicho Enfermero, al padecer previamente problemas de visión, no era la persona más adecuada para desempeñar su trabajo en dicha Planta, además de lo cual se resalta que el Enfermero agredido “había pedido el cambio de destino porque tenía problemas de visión y por seguridad, cambio que no le fue concedido”³⁰⁷.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA DE CALIDAD DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD-MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: *El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Política Social, Madrid, 2009. Disponible en la URL: https://www.msbs.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/Establecimiento_Sistema_Nacional_Notificacion.pdf [Con acceso el 10.6.2019].
- ALARCÓN FIDALGO, Joaquín: “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *La Responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Sanidad Pública y Privada*, Doce Calles, Aranjuez, 1994.
- ALEMANY, Macario: “El concepto y la justificación del paternalismo”, *DOXA*, núm. 28, 2005, pp. 265-303.
- ALEMANY, Macario: *El paternalismo jurídico*, Ariel, Barcelona, 2006.
- ALEXI, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales (Trad. Carlos Bernal Pulido)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2ª edic., 2007.

- ALEXI, Robert: “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, pp. 11-29. Disponible en la URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621584> [Con acceso el 8.3.2019].

- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, núm. 1993, pp. 57-122.

- ALONSO PÉREZ, Mariano: “La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la “lex artis”)”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.): *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 13-53.

- ANDRÉS PUEYO, Antonio: “Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico”, en DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dtor.) y MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.): *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 555-580.

- ANDRÉS PUEYO, Antonio y ECHEBURÚA, Enrique: “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”, *Psicothema*, Vol. 22, núm. 3, 2010, pp. 403-409.

- ANDRÉS PUEYO, Antonio y REDONDO ILLESCAS, Santiago: “La predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28, núm. 3, 2007, pp. 157-173.

- ARBACH, Karin y ANDRÉS PUEYO, Antonio: “Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 28, núm. 3, 2007, pp. 174-186.

- ASÍN CARDIEL, Enrique: “Responsabilidad en el trabajo en equipo”, en *Responsabilidad del personal sanitario*, Actas del Seminario conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14-16 noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995, pp. 351-360.

- ATIENZA, Manuel: “Discutamos sobre paternalismo”, *DOXA*, núm. 5, 1988, pp. 203-214.

306 SAP Santa Cruz de Tenerife (Penal), Sec. 6ª, 31.3.2016, Pte. Toro Alcaide (CENDOJ 38038370062016100133).

307 SAP Pontevedra (Penal), Sec. 5ª, 1.7.2002, Pte. Fariña Conde (CENDOJ 36038370052002100180).

- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: “Sobre principios y reglas”, *DOXA*, núm. 10, 1991, pp. 101-120.
- BARNÉS, Javier: “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 15-50.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Coerción en psiquiatría”, en OTERO, Francisco José (Coord.): *Psiquiatría y Ley. Guía para la práctica clínica*, EDIMSA, Madrid, 2008, pp. 71-123.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Medios coercitivos en psiquiatría: contención y aislamiento” (Cap. 275), en *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Tomo V. Psiquiatría Legal y Forense* (DELGADO BUENO, Santiago y MAZA MARTÍN, José Manuel, Coords.), Edit. Bosch, Barcelona, 2013, pp. 567-585.
- BARRIOS FLORES, Luis Fernando y TORRES GONZÁLEZ, Francisco: “Derechos Humanos y enfermedad mental. Aspectos ético-jurídicos de la violencia institucional en el ámbito de la salud mental”, en MARKEZ ALONSO, Iñaki, FERNÁNDEZ LIRIA, Alberto y PÉREZ-SALES, Pau (Coords.): *Violencia y salud mental. Salud mental y violencias institucional, estructural, social y colectiva*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Estudios, núm. 42, Madrid, 2009, pp. 171-186.
- BEATTY, David M.: *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BELADIEZ ROJO, Margarita: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “Uso de psicofármacos en personas ancianas institucionalizadas: razones y legalidad aplicable”, *Derecho y Salud*, Vol. 26, núm. 1, 2016, pp. 39-62.
- BENEZECH, M., FORZAN-JORISSEN, S. y GROUSSIN, A.: “Le concept d'état dangereux en psychiatrie médico-légale”, *Journal de Médecine Légale et Droit Médical*, Vol. 40, núm. 5, 1997, pp. 323-333.
- BENGOETXEA, Joxerramon, MACCORMICK, Neil y MORAL SORIANO, Leonor: “Integration and Integrity in the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, en DE BURCA, Grainne y WEILER, Joseph H.H. (Eds.): *The European Court of Justice*, The Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 43-85.
- BURGUEÑO, Antonio Andrés: “Falacias sobre sujeciones (contenciones) físicas”, *Dilemata*, núm. 19, 2015, pp. 135-147.
- CARRASCO ORTIZ, Miguel Ángel: “Evaluación de la conducta agresiva”, *Acción psicológica*, Vol. 4, núm. 2, 2006, pp. 67-81.
- COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: “Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario”, 7 de junio de 2016. Disponible en la URL: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Contenciones-CBE.pdf> [Con acceso el 28.2.2019].
- COOPER, Gary G.: “Civil commitment of mentally ill-right to treatment-parens patriae power-right to liberty”, *Akron Law Review*, Vol. 9, núm. 2, 1975, pp. 374-382.
- CÓRDOBA RODA, Juan: “El delito de detenciones ilegales en el Código penal español”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 17, Fasc. 3, 1964, pp. 383-404 y Tomo 18, Fasc. 1, 1965, pp. 5-32.
- CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informe anual 2005*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 192-197.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. y PÉREZ MACHÍO, Ana I.: “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1”, *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pp. 8-45.

- DÍAZ PITA, M^a del Mar: “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XX, núm. 104, Servicio de Publicaciones da Universidade de Santiago de Compostela, 1997, pp. 26-102. Disponible en la URL: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4111> [Con acceso el 3.3.2019].
- DICKSON, B.C. y POLLANEN, M.S.: “Fatal thromboembolic disease: a risk in physically restrained psychiatric patients”, *Journal of Forensic Legal Medicine*, Vol. 16, núm. 5, 2009, pp. 284-286.
- DWORKIN, Gerald: “Paternalism”, en SARTORIUS, Rolf (Ed.): *Paternalism*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1983, pp. 19-34.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, 1^a edic., Ariel, Barcelona, 1984.
- ELÓSEGUI ITXASO, María: “El principio de proporcionalidad de Alexy y los acomodamientos razonables en el caso del TEDH *Eweida y otros c. Reino Unido*”, en ELÓSEGUI ITXASO, María (Dtora): *Los principios y la interpretación judicial de los derechos fundamentales: Homenaje a Robert Alexy en su 70 aniversario*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, 2016, pp. 115-142.
- ENGELHARDT, H. Tristram: *The Foundations of Bioethics*, Oxford University Press, New York, 1986.
- ESCRIVÁ GREGORI, José María: *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976.
- ESTÉVEZ GUERRA, Gabriel J.: *Restricción física: cultura de seguridad en Centros de personas mayores*, Tesis doctoral (Dtores. Manuel Gandoy Crego y Fernando Calvo Francés), Universidad de Santiago de Compostela, 2017. Disponible en la URL: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15452> [Con acceso el 6.5.2019].
- FARIÑA-LÓPEZ, Emilio: “Problemas de seguridad relacionados con la aplicación de dispositivos de restricción física en personas mayores”, *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, Vol. 46, núm. 1, 2011, pp. 36-42.
- FASSBENDER, Bardo: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pp. 51-73. Disponible en la URL: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=510&path%5B%5D=565> [Con acceso el 10.3.2019].
- FEINBERG, Joel: “Legal Paternalism”, *Canadian Journal of Philosophy*, núm. 1, 1971, pp. 105-124.
- FEINBERG, Joel: *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. III: Harm to Self*, Oxford University Press, New York, 1986.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de Enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ TORRES, M^a José: *El Delito de Tortura y su relación con Otros Atentados contra la Integridad Moral*, Tesis Doctoral (Dtora. M^a Dolores Fernández Rodríguez), Universidad de Murcia, Murcia, 2013. Disponible en la URL: <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/37809/1/TESIS%20-%20Correcci%C3%B3n%20Final.pdf> [Con acceso el 3.3.2019].
- FERRER I RIBA, Joseph y SALVADOR CODERCH, Pablo: “Asociaciones, Democracia y Drittwirkung”, en SALVADOR CODERCH, Pablo (Coord.): *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 55-166.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1985.
- GARCÍA GARCÍA, Pilar y BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: “El uso de las sujeciones en el ámbito de los servicios sociales de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núms. 53-54, 2012, pp. 71-112.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA*, núm. 5, 1988, pp. 155-173.
- GASKIN, Cadeyrn, J., ELSOM, Stephen J., y HAPPELL, Brenda: “Interventions for reducing

the use of seclusion in psychiatric facilities: review of the literature”, *The British Journal of Psychiatry*, Vol. 191, núm. 4, 2007, pp. 298-303.

- GIMÉNEZ CABEZÓN, José Ramón: “La aplicación de protocolos: sus consecuencias legales”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 50, mayo 1999, pp. 273-276.

- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: “En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXII, Fasc. 2, 1977, pp. 273-335.

- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997.

- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- GRACIA GUILLÉN, Diego: “Jurisprudencia y *lex artis*”, en JORGE BARREIRO, Agustín y GRACIA GUILLÉN, Diego: *Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 53-58.

- HEGGLIN, María Florencia: *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 71-160.

- HUMET, Carlos: “El ejercicio de la medicina. Un punto de vista desde la bioética y la calidad asistencial. La responsabilidad de las instituciones”, en: CASADO, María (Comp.): *Estudios de Bioética y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- JAMES, John T.: “A new, evidence-based estimate of patient harms associated with hospital care”, *Journal of Patient Safety*, Vol. 9, núm. 3, 2013, pp. 122-128. Disponible en la URL: https://journals.lww.com/journalpatientsafety/Fulltext/2013/09000/A_New_Evidence_based_Estimate_of_Patient_Harms.2.aspx [Con acceso el 4.3.2019]

- JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

- JORGE BARREIRO, Alberto: “Jurisprudencia Penal y *Lex Artis* médica”, en *Responsabilidad del personal sanitario, Actas del Seminario Conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, pp. 71-99.

- KALLERT, Thomas W. y TORRES GONZÁLEZ, Francisco (Eds): *Legislation on Coercive Mental Health Care in Europe. Legal Documents and Comparative Assessment of Twelve European Countries*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2006.

- KOHN, Linda T., CORRIGAN, Janet M. y DONALDSON, Molla M.: *To err is human. Building a Safer Health System*, Institute of Medicine, National Academy Press, Washington D.C., 2000.

- LEAL RUBIO, José, SANTOS URBANEJA, Fernando, ROIG, Alicia, MORENO, Ana, HERNÁNDEZ, Mariano y DíEZ, M^a Eugenia: “Aspectos éticos y legislativos”, en BEVIA FEBRER, Begoña y BONO DEL TRIGO, Águila (Coords.): *Coerción y salud mental*, Asociación Española de Neuropsiquiatría, Cuadernos Técnicos, núm. 20, Madrid, 2017, pp. 91-108.

- LIBERMAN, Robert Paul: “Commentary: Interventions Based on Learning Principles Can Supplant Seclusion and Restraint”, *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 39, núm. 4, 2011, pp. 480-495.

- LOPERA MESA, Gloria Patricia: “Los derechos fundamentales como mandato de optimización”, *DOXA*, núm. 27, 2004, pp. 211-243.

- MARAVER GÓMEZ, Mario: *El principio de confianza en derecho penal un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Tesis doctoral (Dir. Agustín Jorge Barreiro), Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007. Disponible en la URL: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4398> [Con acceso el 3.6.2019].

- MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo: “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 7-30. Disponible en la URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=135&IDA=23995> [Con acceso el 3.6.2019].
- MAYER, Otto: *Derecho Administrativo Alemán II*, Depalma, Buenos Aires, 1982.
- MILL, John Stuart: *On Liberty*, John W. Parker and Son West Strand, London, 1859.
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO: *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2007. Disponible en la URL: https://www.mscls.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/salud_mental/ESTRATEGIA_SALUD_MENTAL_SNS_PAG_WEB.pdf [Con acceso el 3.6.2019].
- MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL: *Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud*. Disponible en la URL: <http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/home.htm> [Con acceso el 3.6.2019].
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD: *Estrategia de Seguridad del Paciente del Sistema Nacional de Salud. Período 2015-2020*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid, 2016. Disponible en la URL: <https://www.seguridaddelpaciente.es/resources/documentos/2015/Estrategia%20Seguridad%20del%20Paciente%202015-2020.pdf?cdnv=2> [Con acceso el 3.6.2019].
- MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD: *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud, 2009-2013*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011. Disponible en la URL: <http://www.mscls.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/docs/saludmental/SaludMental2009-2013.pdf> [Con acceso el 3.6.2019].
- MOHR, Wanda K. PETTI, Theodore A. y MOHR, Brian D.: “Adverse Effects Associated With Physical Restraint”, *Canadian Journal of Psychiatry*, Vol. 48, 2003, pp. 330-337.
- MONAHAN, John: *Predicting violent behavior. An assesment of clinical technique*, Sage, London, 1981.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y ASENSI PALLARÉS, Eduardo: “El recurso a la proporcionalidad por parte de nuestros tribunales en el enjuiciamiento de la responsabilidad por medidas de contención en el ámbito sanitario y sociosanitario”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, Extra XXII Congreso, 2013, pp. 212-221. Disponible en la URL: <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud/volumen-23-extra-2013> [Con acceso el 8.3.2019].
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Tesis doctoral (Dtor. Lorenzo Morillas Cueva), Universidad de Granada, Granada, 1987. Disponible en la URL: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/6008> [Con acceso el 3.3.2019].
- QUINTERO-URIBE, Luis Carlos, BLANCO ARRIOLA, Lucía y ZARRABEITIA, María Teresa: “Muertes provocadas por cinturones de contención en ancianos encamados”, *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 38, núm. 1, 2012, pp. 28-31.
- RECUPERO, Patricia R., PRICE, Marilyn, GARVEY, Keelin A., DALY, Brian y XAVIER, Sarah L.: “Restraint and Seclusion in Psychiatric Treatment Settings: Regulation, Case Law, and Risk Management”, *The Journal of de American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 39, núm. 4, 2011, pp. 465-476.
- RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Edit. Práctica del Derecho, Valencia, 1997.
- SANTOS URBANEJA, Fernando en: *Memoria elevada al Gobierno de S.M. por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Jesús Cardenal Fernández*, Madrid, 1999; SANTOS URBANEJA, Fernando: “Derecho y Salud Mental. Criterios para la formulación de un sistema eficiente”, *Cuadernos de Psiquiatría Comunitaria*, Vol. 6, núm. 1, 2006, pp. 7-17.

- SARAZÁ JIMENA, Rafael: *Jueces, Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares*, Tesis doctoral (Dtor. Javier Pérez Royo), Universidad de la Rioja, Logroño, 2008. Disponible en la URL: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1407> [Con acceso el 6.5.2019].
- SARMIENTO, Daniel: *El soft law administrativo. Un estudio jurídico de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- SHAH, Saleem A.: “Dangerousness: some definitional, conceptual and public policy issues”, en: SALES, Bruce Dennis (Edit.): *Perspectives in law and psychology, Vol. 1. The Criminal Justice System*, Plenum Press, New York, 1977, pp. 91-121.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GERIATRÍA Y GERONTOLOGÍA: *Documento de consenso sobre sujeciones mecánicas y farmacológicas*, Madrid, 2014.
- STONE SWEET, Alec y MATHE WS, Jud: “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, num. 47, 2008, pp. 72-164.
- SZASZ, Thomas: “The Case against Psychiatric Coercion”, *The Independent Review*, Vol. 1, núm. 4, 1997, pp. 485-498.
- TORRES GONZÁLEZ, Francisco (Coord.), BARRIOS FLORES, Luis Fernando, HERNÁNDEZ CUETO, Claudio, MAYORAL CLERÍES, Fermín y RUNTE GEIDEL, Ariadne (Grupo experto): *Elaboración de criterios para el uso de medidas coercitivas durante la hospitalización psiquiátrica y en el traslado hasta el hospital*, Universidad de Granada-Grupo Andaluz de Investigación en Salud Mental, Granada, 14 de diciembre de 2009.
- TORTOSA, M. Ángeles, GRANELL, Rafael, FUENMAYOR, Amadeo y MARTÍNEZ, Mary: “Efectos de un programa de eliminación de sujeciones físicas sobre personas mayores con demencia en residencias”, *Revista Española de Geriatria y Gerontología*, Vol. 51, núm. 1, 2016, pp. 5-10.
- URRUTIA BEASCOA, Ana M^a: *Modelo de cuidado centrado en la persona con reducción del uso de sujeciones físicas y químicas: conceptualización e implantación*, Tesis doctoral (Dtores. José Manuel Ribera Casado y Javier Aranceta Bartrina), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2015. Disponible en la URL: <http://eprints.ucm.es/44615/1/T39274.pdf> [Con acceso el 6.5.2019].
- VALENTI, Emanuele, BANKS, Ciara, CALCEDO-BARBA, Alfredo, BENSIMON, Cecile M., HOFFMANN, Karin-Maria, PELTO-PIRI, Veikko, JURIN, Tanja, MÁRQUEZ MENDOZA, Octavio, MUNDT, Adrian P., RUGKASA, Jorun, TUBINI, Jacopo y PRIEBE, Stefan: “Informal coercion in psychiatry: a focus group study of attitudes and experiences of mental health professionals in ten countries”, *Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology*, Vol. 50, núm. 8, 2015, pp. 1297-1308.
- VARELA RAMÍREZ, Francisco Enrique: *La tortura como presupuesto para la violación de derechos humanos*, Tesis Doctoral (Dtoras. María del Rosario Diego Díaz Santos y María Luz Gutiérrez Francés), Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009. Disponible en la URL: https://gedos.usal.es/jspui/bitstream/10366/76589/1/DDPG_Valera_Ramirez_F_Latorturacomopresupuesto.pdf [Con acceso el 3.3.2019].
- VILLAR ROJAS, Francisco José: *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996.
- WESSON, Marianne: “Substituted judgment: the *parens patriae* justification for involuntary treatment of the mentally ill”, *Journal Psychiatry Law*, Vol. 8, núm. 2, 1980, pp. 147-165.
- ZAGREBELSKY, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3^a edic., Trotta, Madrid, 1999.

7. ABREVIATURAS

AAP: Auto de la Audiencia Provincial.

AC: Actualidad Civil.

AEN: Asociación Española de Neuropsiquiatría.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

C-A: Contencioso-Administrativo.

CC: Código Civil.

CDHB: 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, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.

CoE: Consejo de Europa.

CP: Código Penal de 1995.

CPT: Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes.

EDJ: Base de datos de Jurisprudencia “El Derecho”.

LAP: Ley 41/2002, 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LOPS: Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

PONU: Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de la ONU en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

Rec (2004) 10: Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas aquejadas de trastornos mentales, de 22 de septiembre de 2004.

SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo (se indica la Sala de procedencia).

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.