

■ BOSCH

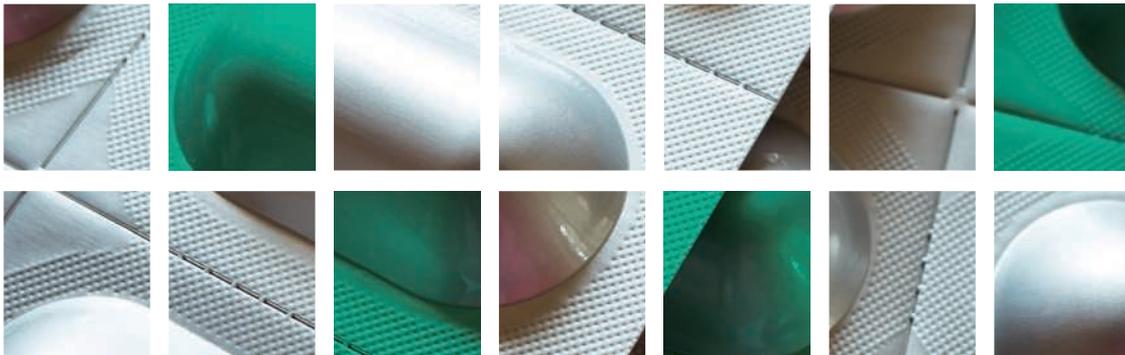
La protección del consumidor por mala praxis médica, en centros de salud, psiquiátricos y geriátricos

Aspectos civiles, penales, administrativos y procesales

Directores

Pablo Izquierdo Blanco / Joan Picó i Junoy

Federico Adán Doménech, Jose Antonio Gil Heredia, Ramona Guitart i Guixer, Sonia Hernández Porcar, Pablo Izquierdo Blanco, Paula Izquierdo González, Lluís Pérez Losa y Joan Pico i Junoy



La protección del consumidor por mala práxis médica, en centros de salud, psiquiátricos y geriátricos

Aspectos civiles, penales, administrativos y procesales

Directores

Pablo Izquierdo Blanco / Joan Picó i Junoy

Federico Adán Doménech, Jose Antonio Gil Heredia, Ramona Guitart i Guixer, Sonia Hernández Porcar, Pablo Izquierdo Blanco, Paula Izquierdo González, Lluís Pérez Losa y Joan Pico i Junoy

© De los autores, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: mayo 2018

Depósito Legal: M-16272-2018
ISBN versión impresa: 978-84-9090-308-7
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-309-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

tenga la situación de guarda de hecho» (artículos 303.1 CC, 52 LJV y 216 CC).

3.3.2. Control judicial del ingreso de la persona mayor

Partiendo de que, con carácter general, no puede hablarse de derechos fundamentales de la persona mayor diferentes a los derechos de cualquier otra persona, sí cabe destacar que la Constitución española de 1978, como principio rector de la política social y económica, establece en su artículo 50 que «*Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicas actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverá su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*». De aquí que pueda hablarse de un principio general de protección del interés de la tercera edad que debe estar especialmente presente cuando la persona mayor, en muchos casos por su dependencia, es internada en un centro residencial, donde pueden verse vulnerados sus derechos fundamentales.

En particular, el derecho a la libertad no se ve ilegítimamente restringido cuando es la propia persona mayor la que decide, de forma consciente y voluntaria, su ingreso en un centro residencial. En el supuesto en que la persona mayor esté sujeta a tutela, es su tutor quien puede decidir el ingreso previa autorización judicial (artículo 271.1 CC). El problema surge cuando no existe consentimiento de la persona mayor o de su tutor previa autorización judicial.

El artículo 4 de la Ley 39/2006, al definir los derechos de las personas en situación de dependencia, en su n.º 2 afirma los de decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial (apartado g) y ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio (apartado h).

Gran parte de los ingresos de personas mayores en centros residenciales o geriátricos lo son por razones asistenciales, no por razones psiquiátricas, lo que impide la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 763 LEC para los supuestos de internamiento por trastorno psíquico que impide a la persona decidirlo por sí. Como se ha expuesto más arriba, la inexistencia de criterio médico de internamiento por razón de trastorno psíquico hace inaplicable el artículo 763 LEC (SSTC 13, 34 y 132/2016). Ello es así en base a los siguientes argumentos:

1. El contexto asistencial de la protección de los ancianos (artículos 4.2 g) y h) y 25 de la Ley 39/2006, y artículo 51.9 del Real Decreto Legislativo 1/2013), hace que la permanencia residencial sea un derecho que surge sobre la base de un internamiento originariamente voluntario.

2. Los principios de flexibilidad y mínima intervención en esta materia, según la Recomendación n. R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios referidos a la protección de las personas mayores incapaces, la Disposición Adicional Séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, y las SSTS 553/2015, de 14 de octubre de 2015, 181/2016, de 17 de marzo de 2016, y 298/2017, de 16 de mayo de 2017.
3. Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la variedad de regulaciones de los Estados en lo que se refiere al ingreso de personas mayores en residencias geriátricas (STEDH de 17 de enero de 2012, caso *Stanev c. Bulgaria*), sólo exigen que las lagunas de cierto procedimiento, en cuanto a garantías, pueden ser cubiertas mediante las garantías que ofrecen otros procedimientos, en una visión global del sistema (STEDH de 5 de noviembre de 1981, caso *X c. Reino Unido*), y rechaza, para supuestos semejantes, que se haya producido una privación de libertad (STEDH de 28 de noviembre de 1988, caso *Nielsen c. Dinamarca* y STEDH de 26 de febrero de 2002, caso *H.M. c. Suiza*).
4. La doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 13/2016, 34/2016 y 132/2016) defiende la protección de la persona anciana ingresada en residencia geriátrica por otros medios que los de la persona afectada de trastorno psiquiátrico e indica preferentemente la adopción de medidas cautelares del artículo 762 LEC.

La problemática surge ante eventuales deterioros cognitivos de la persona mayor ingresada que pueden incidir en su voluntad y, por ello, producir una restricción ilegítima de su libertad. Podemos estar ante los siguientes escenarios (AAP Barcelona 552/2017, de 20 de diciembre de 2017):

1. Si la permanencia residencial es voluntaria, no estará sometida a comunicación ni a control judicial alguno. El hecho de ingresar o de permanecer ingresado en un centro o residencia no requiere ni comunicación, ni la autorización judicial, en tanto en cuanto el interno es consciente y dueño de sus actos. No existirá siquiera una guarda de hecho, aunque el anciano esté acompañado de familiares en ese proceso.
En términos generales, tampoco se ha de plantear problema alguno cuando se trate de personas con capacidades intelectivas, cognitivas y volitivas que, aunque disminuidas, estén suficientemente conservadas como para decidir, aceptar o tolerar tal ingreso o permanencia residencial. Hay que recordar que la manifestación de voluntad no está necesariamente sometida a requisitos ineludibles de tipo formal. En tales casos, adquiere preferente relevancia

el derecho a las prestaciones asistenciales del propio afectado, su delegación decisional en los familiares y su voluntad en origen de ser cuidado y protegido de forma digna y personalizada. Pequeñas limitaciones o condicionantes derivados del régimen residencial (horarios, asignación de espacios o habitaciones, etc.) inciden en la periferia del derecho a la libertad, en relación directa con el derecho del afectado a la asistencia y con la obligación del guardador familiar o del cuidador de velar por la persona afectada.

2. Si la permanencia residencial es de persona mayor en la que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar y no hay sentencia en tal sentido, ni nombramiento de tutor o curador, pero sí familiar o guardador de hecho que ejerce correctamente sus funciones. Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad (artículo 304 CC); por otro lado, en el ámbito del derecho civil catalán, el guardador de hecho está autorizado para actuar en interés del afectado, lo que evita tener que poner en marcha mecanismos de control judicial y exime de la comunicación a que se refiere el artículo 225-2.2 de la Ley 25/2010 (la persona titular del establecimiento residencial debe comunicarlo a la autoridad judicial o al ministerio fiscal en el plazo de 72 horas).

Materializada la permanencia, quedan salvas las acciones que puedan competir a los interesados para instar el control judicial, ya sea de la libertad, ya sea para instar medidas cautelares de cualquier tipo. El ordenamiento jurídico permite la instancia del afectado, sus familiares, sus guardadores o cualquier otra persona con interés legítimo.

3. Si la permanencia residencial es de persona mayor en la que se da una posible causa de modificación judicial de la capacidad de obrar y no hay sentencia en tal sentido, ni nombramiento de tutor o curador, ni tampoco familiar o guardador de hecho que ejerza correctamente sus funciones. La autoridad judicial podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (artículo 303 CC); por otro lado, en el ámbito del derecho civil catalán, este es el supuesto que desencadena la comunicación prevista en el artículo 225-2.2 de la Ley 25/2010.

El juez puede recabar más información (de los guardadores, mediato e inmediato, familiar y director del centro o de personal a su servicio, de Servicios Sociales o de la Administración), o adoptar otras prevenciones de carácter general al amparo del artículo 52.1 LJV y sin audiencia de parte alguna, ni práctica de pruebas. El expediente, informativo, tendrá por fin conocer en detalle la situación de la persona y los bienes y la actuación del guardador en relación con los mismos. Con o sin este trámite informativo previo, si el juez aprecia que pueden ser precisas medidas de control, seguimiento, vigilancia

o adoptar medidas cautelares y, especialmente, si entre las medidas a adoptar está alguna que pueda comportar la limitación de la libertad del afectado deberá hacerlo con citación de los interesados y tras la práctica de las diligencias que considere adecuadas (artículos 52.2 LJV y 762 LEC), que no son necesariamente las de los artículos 759 y 763.3 LEC, pero parece razonable que, para formarse juicio, el juez necesite explorar al presunto incapaz y recabar el dictamen de un facultativo.

Cualquier duda sobre el sentido y alcance de la voluntad debe llevar a considerar que no hay consentimiento y actuar en consecuencia.

Autorizado el ingreso o autorizada cualquier otra medida afectante a la libertad (encerramiento, deambulación limitada, aplicación de mecanismos de contención física o farmacológica, pulseras localizadoras o aislamiento, etc.), los sucesivos informes del centro, dada la previsión de permanencia, no serán exigibles necesariamente a los seis meses (no es aplicable el artículo 763.4 LEC), pero el juez deberá concretar el seguimiento y control de las mismas con criterios razonables.

4. Si la permanencia residencial es de persona mayor que padece trastorno psíquico que le impide decidirlo por sí, si el juez valora que se puede estar incidiendo en el ámbito del derecho fundamental a la libertad (artículo 17 CE), en el núcleo duro del derecho, en un contexto psiquiátrico y temporal, el procedimiento será el previsto en el artículo 763 LEC.
5. Si el afectado tiene modificada judicialmente la capacidad y existe un cargo tutelar, habitualmente se habrá dispuesto el ingreso en el centro en la propia sentencia de modificación de la capacidad de obrar (artículo 760 LEC).

En suma, el ingreso o la permanencia en una residencia de una persona con disminución de facultades intelectivas, cognitivas o volitivas no pretende la curación de un episodio psiquiátrico sino atender a su necesaria protección y cuidado ante las dificultades de la vejez. Tal ingreso o permanencia no requiere intervención judicial cuando existe un guardador de hecho en correcto ejercicio, aunque concurra una causa de modificación judicial de la capacidad de obrar, y no debe ser controlado necesariamente por el juez, ni supone fatalmente una privación de libertad, ni exige en todo caso la adopción de medidas cautelares de protección (AAP Barcelona 12/2018, de 11 de enero de 2018).

En este sentido, la Recomendación del Defensor del Pueblo de 17 de noviembre de 2017 establece que no hay que exigir autorización judicial para ingresar en un centro residencial a las personas con plena capacidad de obrar en el ámbito de la persona y de la salud, que consienten en ello, aunque padezcan un deterioro psíquico o cognitivo que las inhabilite para otras acciones y tengan por ello limitada judicialmente su capacidad de obrar en otros ámbitos. Si con posterioridad al ingreso



La presente obra trata los diferentes supuestos de mala praxis médica, así como un detallado análisis de las cuestiones jurídico-sanitarias a las que —desde la perspectiva del derecho civil, penal y administrativo (o contencioso administrativo)— puede enfrentarse cualquier operador jurídico, especialmente, en momentos de urgencia o en situaciones de guardia.

Desde la perspectiva civil se analizan los problemas que generan los internamientos psiquiátricos urgentes y no urgentes; por trastorno de conducta alimentaria; por trastorno de conducta o comportamiento; y los internamientos de las personas mayores en residencias de tercera edad cuando están privadas de razón o sentido.

Desde la perspectiva penal se examinan los problemas que de ordinario afectan al Juez de instrucción en funciones de Guardia y, en especial, los que se suscitan ante el mismo y que no suelen ser de su competencia sino de los jueces de lo contencioso administrativo.

Y desde la perspectiva administrativa o contencioso administrativa se examinan todas las medidas de control sanitario que pueden adoptarse en relación al individuo, como las inmovilizaciones de personas por riesgo de contagio y la afectación al derecho de reunión, el síndrome de Diógenes, la cesión de cadáveres para la ciencia, las transfusiones de sangre necesarias cuando entran en conflicto con el derecho a la libertad religiosa, las diligencias de intervención corporal, el tratamiento médico forzoso, el sacrificio de animales infecciosos, etc.

Por último, a destacar la minuciosa recopilación jurisprudencial sistematizada que se incluye en la obra, así como el vocabulario médico que incorpora, imprescindible para comprender la terminología médica empleada.

