

Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas



CONTENIDOS

1.- Poderes preventivos

- A. Concepto de poder preventivo
- B. Normativa
- C. Contenido de los poderes preventivos
- D. Documento público o notarial: formas de otorgar el poder

2.- Autotutela

- A. Concepto de poder preventivo

3.- Testamento vital

- A. Contenido y capacidad
- B. Delimitación del concepto respecto de figuras afines
- C. Legitimación
- D. Registro

Resumen de los principales puntos del tema

1. Poderes preventivos:

se utiliza para otorgar un poder, por el cual una persona quiera prever su futura y posible falta de capacidad, otorgando a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produjera su incapacidad, para realizar aquellas actuaciones que implicaran la necesaria acción con la capacidad y facultades para concluir negocios jurídicos válidamente durante el tiempo que durase la incapacidad.

2. Autotutela:

es la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones, en documento público notarial, que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacidad. Podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

3. Autoincapacitación:

esta institución supone que cualquier persona podrá instar su propia declaración de incapacidad, sin que sea necesaria que otra persona ajena, tenga que realizarlo. Con ello se permite que cualquier ciudadano inste a la justicia en casos en los que pueda encontrarse en una situación de incapacidad.

4. Testamento Vital (o Declaración de Voluntades Anticipadas):

es el documento en el cual una persona con plena capacidad de obrar expresa su voluntad para que la misma sea cumplida, llegado el momento en que no fuera capaz de hacerlo personalmente. Diversas CCAA han adoptado medidas para materializar la efectividad de la regulación estatal.

1.- Poderes preventivos

En España, con una pirámide poblacional donde la tercera edad cuenta con elevados niveles de presencia que se prevé se vean incrementados de forma notable en los años venideros (en 2020 la población española será la más envejecida del mundo), cobran gran relevancia las enfermedades propias de edades avanzadas. Tales enfermedades llevan aparejados procesos neurodegenerativos o de irreversible disminución de las capacidades cognitivas y volitivas, de ahí que, por extensión, sean también de gran trascendencia todas las medidas que se adopten para hacer frente a las mismas institucional, económica, sostenible y humanamente.

La cuestión adquiere aún mayor relevancia cuando una enfermedad afecta a la capacidad para decidir del enfermo y hace necesaria la activación de los diferentes recursos jurídicos existentes para permitir conferir válidamente a otras personas, ya sean los juristas o familiares, capacidad para interpretar las intenciones de la persona.

Por lo tanto, tienen una especial importancia los mecanismos de anticipación a procesos de pérdida de la capacidad jurídica de obrar, más aún cuando permiten al individuo usar los mismos sin necesidad de recabar la tutela judicial, como en el caso de los llamados *poderes preventivos*.

Estos mecanismos son la materialización jurídica del derecho del interesado a administrar su persona y patrimonio libremente o en caso de no poder hacerlo en un futuro, para lo cual se realiza una indicación expresa de su voluntad sobre la forma en que le gustaría que se hiciera.

Concepto de poder preventivo

El apoderamiento constituye el negocio jurídico por el cual una persona que otorga el poder (llamada *poderdante*) legitima a otra, que recibe el poder (denominada *apoderado*) para que actúe en el tráfico jurídico en nombre de aquel.



El contenido del poder puede ser tan amplio como el propio interesado hubiera querido configurarlo: puede llegar a la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Únicamente se excluye la realización de actos de carácter personalísimo (contraer matrimonio, otorgar testamento, etc.).

El término poder preventivo se utiliza para describir un tipo de poder, por el cual, una persona, generalmente aquejada de una enfermedad degenerativa o que, aun estando sana, quiere prever su futura y posible falta de capacidad sobrevinida como consecuencia, por ejemplo de una enfermedad o un accidente (piénsese en casos de enfermedades genéticas donde existe alto porcentaje de transmisión por parte de los progenitores a sus hijos, manifestándose la misma a determinadas edades), otorga a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produzca su incapacitación, para realizar aquellas actuaciones que impliquen la necesaria acción con la capacidad y facultades para concluir negocios jurídicos válidamente durante el tiempo que dure la incapacitación.

El objetivo que busca la persona que otorga un poder preventivo es revestir su decisión de una protección tal, que su voluntad subsista aun cuando ella misma hubiera perdido su capacidad para revocarlo. Se pretende, por lo tanto, blindar la eficacia de los mismos una vez haya perdido su capacidad.

Este poder preventivo no deja de ser un tipo reforzado del clásico "contrato de mandato", por el cual una persona confiere a otra la potestad de realizar un acto o varios en su nombre o por cuenta propia, pero actuando por encargo del mandante, durante un periodo determinado o de forma indefinida.

El problema puede surgir en el momento en que se produce uno de los supuestos (contemplados en el art. 1732 del CC) que determinan la extinción del mandato en su día conferido. Así, dicho artículo dispone la terminación del mandato por las siguientes causas:

1.º Por su revocación.

2.º Por su renuncia o incapacidad del mandante.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario".

La modificación del artículo 1732 del Código Civil realizada por la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, configuró la regulación de este tipo de poderes, mediante la adición del siguiente párrafo:

"El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor".

En consecuencia, la nueva redacción del artículo 1732 del Código Civil contempla la posibilidad

de que la persona enferma otorgue a otra válidamente la capacidad para actuar en su nombre en dos tipos de supuestos:

a) Que hubiera una sentencia judicial de incapacidad, después de la cual el poder preventivo puede seguir surtiendo sus efectos cuando concurren dos presupuestos:

- Que la persona que otorgue el poder y así lo hubiera previsto expresamente en el propio poder (de forma que si el poderdante no hubiera hecho previsión expresa, el poder se extingue una vez recaída resolución judicial).
- Que la sentencia judicial de incapacidad no hubiera previsto su extinción.

Cuando ambos requisitos se cumplan, aun habiendo sentencia de incapacidad, el poder otorgado por el mandante (la persona enferma) seguirá produciendo sus efectos.



b) Que, sin existir una sentencia judicial de incapacidad, el mandante hubiera previsto en su poder un momento a partir del cual el poder se activará y comenzará a producir efectos (una vez hubiera comenzado la pérdida de capacidades). Este momento a partir del cual se produce la falta de capacidad del poderdante deberá ser siempre apreciada por el medio que hubiera establecido el propio interesado en el propio poder.

Estos medios pueden consistir en la decisión de un profesional médico cualificado, (mediante informe pericial, por ejemplo) o dejarse en manos de un órgano colegiado. No obstante, debe quedar claro o de que dicha decisión es

siempre revisable por un juez, quien, tras emitir su sentencia de incapacitación, podrá decretar la extinción del poder preventivo.

Los supuestos en los que este mecanismo puede aplicarse son varios:

- En el caso de enfermedades degenerativas, como el Alzheimer, donde la pérdida de capacidades es progresiva hasta que se produzca –en su caso– la incapacitación judicial (donde, por lo tanto, puede que no exista una protección judicial adecuada hasta que la misma sea instada, si bien sí existe una incapacidad de hecho del individuo para regir sus propios asuntos).
- Otro supuesto es el de pérdida transitoria de capacidad, donde posteriormente se vuelve a recobrar la misma, siendo ineficiente la solicitud de declaración de incapacitación (lo que se pretende entonces es poder operar en nombre de la persona transitoriamente incapaz de hecho hasta que recobre su capacidad en un futuro inmediato).

La activación de los poderes, puede depender de que se produzca un hecho cierto, esto es, la condición que estableció el poderdante o tener lugar nada más nacer el poder. En este último caso, será considerado poder preventivo cuando contenga la previsión de no extinguirse si se produce la incapacitación del poderdante.

Poder sometido a condición



La realización de actuaciones preparatorias mientras se conserva la claridad de ideas, en orden a cerrar cuestiones trascendentales que registrarán su futuro antes de producirse la definitiva

pérdida de su razón por causa del irrefrenable avance de la enfermedad, constituye un ejercicio de sana responsabilidad, facilita la labor de los futuros intérpretes de la voluntad del incapaz y simplifica, en general, la existencia de los familiares y el resto de actores unidos por lazos emocionales.

Se trata, a fin de cuentas, de respetar la autonomía de la voluntad y evitar la suplantación de la voluntad de la persona que un día tuvo capacidad para decidir libremente; aspecto que se ve reforzado con la posterior intervención judicial (luego examinaremos en qué términos) mediante la cual se pretende evitar potenciales abusos susceptibles de generarse como consecuencia de la falta de capacidad sobrevenida.

Se puede entender que cuando de la verdadera efectividad de la protección del *poder preventivo* se trata, debemos ceñirnos al ámbito de aplicación representado por aquellos espacios temporales donde se produce una pérdida de capacidad del poderdante que ve nublado su criterio, sin que hasta el momento haya recaído sentencia judicial de incapacitación pronunciándose sobre las medidas concretas de protección personal y patrimonial del individuo o mecanismo de protección.

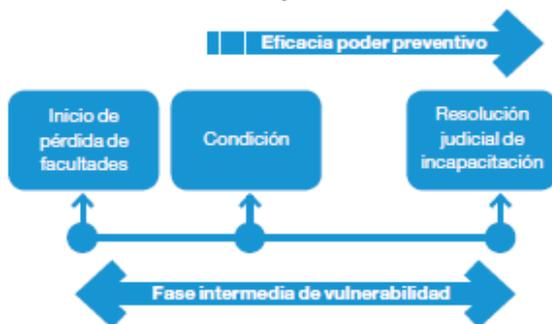
Una vez recaída sentencia judicial de incapacitación, también nos encontraremos ante un poder preventivo, en la medida en que la persona que lo otorgó pretendió manifestar anticipadamente su voluntad aun a pesar del pronunciamiento judicial, pero cuya efectividad y potencial de protección se ven mermados por la existencia de una sentencia judicial que ya ha establecido pautas concretas de protección personal o patrimonial.

En este sentido, parece coherente pensar que la misma sentencia deberá pronunciarse sobre la extinción o continuidad del poder preventivo, tratando siempre de que la decisión adoptada no constituya un perjuicio para el interés del incapacitado de forma que se salvaguarde la voluntad del mismo hecha cuando aún gozaba de buen juicio.

La utilización del poder preventivo adquiere sentido en dos situaciones muy concretas y es conceptualmente también un poder preventivo, aunque mermada su virtualidad, en un tercero:

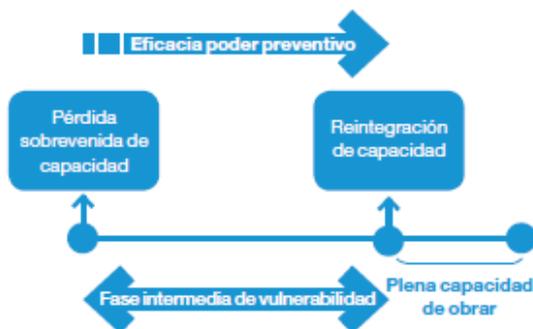
a) La fases que comprende desde el inicio de pérdida de capacidades cognitivas y mentales hasta que se dicte la sentencia judicial de incapacitación.

Fase intermedia hasta la pérdida total de capacidad



b) Periodos de pérdida transitoria de capacidad. Supuestos donde se pierden facultades durante un periodo relativo que no se va a ver dilatado en el tiempo. Una vez recuperadas sus facultades, el interesado podrá libremente decidir sobre la posibilidad de conservar la validez del poder o instar su extinción.

Pérdida transitoria de capacidad



c) Un tercer momento, una vez emitida la sentencia judicial de incapacitación, cuando en los poderes se contemplara la posibilidad, siempre que dicha decisión sea compatible con el pronunciamiento judicial, de mantener la eficacia del poder aun declarada la incapacidad del mandante.

Normativa

En este ámbito, cabe destacar diferentes disposiciones:

- La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, supuso un hito en el reconocimiento cohesionado del derecho del paciente a ver respetada su autonomía decisoria en el ámbito de los tratamientos e intervenciones médicas para regular el reconocimiento del "consentimiento informado" y el instrumento de las "instrucciones previas".

No nos detendremos en este aspecto dado que la misma es objeto de estudio más profundo más adelante. Simplemente apuntar que contiene en su artículo 11 la obligación de crear un Registro nacional de instrucciones previas.

- Por su parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, llevó a cabo una modificación importante de la normativa tributaria, así como del Código Civil, con el objetivo de establecer las medidas necesarias que garantizaran a las personas en situación de discapacidad las condiciones reales para el disfrute efectivo de sus derechos constitucionales en las mismas condiciones de igualdad que el resto de ciudadanos, tal y como exhorta el artículo 9.2 de la Constitución.

La crisis del Estado de Bienestar hace necesaria la realización de examen de conciencia y redefinición de los mecanismos de protección social, en especial, cuando se encaminan a la protección de las personas con algún tipo de enfermedad que las incapacite para el normal desarrollo de su vida cotidiana o, peor aún, la obtención de ingresos por sus propios medios.

Con el fin de racionalizar los recursos empleados por el Estado para la protección de un cada vez mayor número de este tipo de personas, se establecieron en esta Ley mecanismos de protección que habilitaron al propio afectado para hacerse cargo de parte del gasto público que estas atenciones suponen para el Estado.

De este modo, con el fin de descargar a las arcas públicas del coste que ello supone, ¿no sería más efectivo configurar un sistema moderno con figuras útiles que permitan garantizar la asunción por el individuo de parte de los costes derivados de los servicios de atención requeridos siempre y cuando disponga de recursos para hacer frente a los mismos, con el fin de posibilitar la viabilidad de la protección social pública y su concentración en aquellas personas que realmente pudieran necesitarlo?

Con este pensamiento nace la Ley que permite orientar el patrimonio de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad a la satisfacción de sus necesidades vitales.

- Más recientemente, la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, surge con medidas más concretas y mecanismos específicos para asegurar el sostenimiento de personas afectadas con distinto grado de dependencia para el desarrollo de sus funciones vitales, con el fin de garantizar su dignidad y derecho a la igualdad efectiva.

En el texto legal se nos da una definición de **autonomía**, entendida como *“la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*.

Por otro lado, con motivo de garantizar la protección de la autonomía del individuo, se reconocen los siguientes derechos:

- A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.

- A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
- Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.
- Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.

Ello da una idea del compromiso asumido por el legislador para preservar el derecho del individuo, en especial cuando se encuentra aquejado de alguna enfermedad, a decidir libremente.

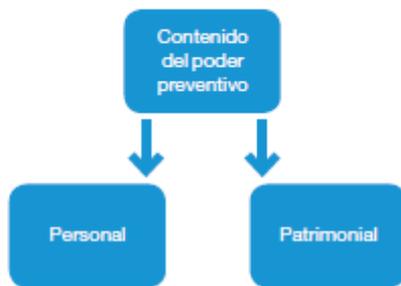
- Los últimos avances han venido de la mano de normas como el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, el cual constituye la respuesta del ordenamiento a la necesidad de dotar un instrumento clave que permita el respeto de la voluntad manifestada anticipadamente.

En esta norma se pretende crear un Registro nacional, en cumplimiento de la premisa establecida en el artículo 11 de la Ley de Autonomía del Paciente, que permita tener un conocimiento centralizado de las Instrucciones Previas que hayan sido inscritas en los Registros autonómicos, imponiendo la obligación de comunicarlas al registro central. Por su parte, las distintas Comunidades Autónomas cuentan con sus propias Leyes reguladoras del Registro de instrucciones previas, que regulan los aspectos formales sobre la manera en que deben reunir este tipo de instrumentos y los pasos a seguir para posibilitar su inscripción en el Registro autonómico (ejemplos son la Ley 3/2005, de

23 mayo, de la Comunidad de Madrid, o la Ley 9/2005, de 30 septiembre, en La Rioja).

Contenido de los poderes preventivos

El alcance del poder preventivo puede ser tan amplio como así lo hubiera querido configurar la persona que lo otorgó. Pudiendo ser de contenido general o para la realización de actos concretos. Asimismo, puede referirse a aspectos tanto **personales** (decisiones sobre la vida cotidiana, cuidadores, alimentación, intervenciones médicas, sometimiento o no a determinados tratamientos, donación de órganos) como **patrimoniales** (administración de bienes, derechos de contenido económico, sociedades de las cuales el incapaz fuera titular).



El poder otorgado en términos generales abarca únicamente los actos de administración, mientras que si se le quisiera conferir un mayor contenido, el poderdante debería especificar aquellas facultades concretas, que sobrepasen la esfera del ámbito de la mera administración, que desee otorgar a favor del apoderado. En este último supuesto, al tratarse del conocido como “mandato expreso”, se deberá realizar de acuerdo con las formalidades establecidas para dicha figura²².

Por otro lado, debe hacerse referencia a la **persona del apoderado**, quien puede ostentar dichas funciones y las condiciones de su ejercicio. El poder puede señalarse como apoderado a una única persona o delegar la capacidad de decisión

en varias o, incluso, en un órgano o comité institucionalizado.

Se consigue en este último caso dotar de una mayor seguridad al proceso de toma de decisiones sobre el futuro del poderdante incapaz. Visto desde perspectiva, podría dar lugar a una situación en la que se entorpezca el proceso en perjuicio del afectado, incluso llegando al bloqueo del órgano decisor, si no se hubieran previsto mecanismos de resolución de conflictos internos.

Este último aspecto muestra la gran importancia de establecer previamente medidas que permitan el desbloqueo de situaciones de estancamiento, mediante el otorgamiento, por ejemplo, de un voto de calidad a uno de los miembros, o la disolución del órgano y nombramiento de nuevos miembros (contemplando por supuesto el régimen transitorio, por medio de medidas provisionales que eviten la desatención del afectado).

En relación a los supuestos de conflicto, mientras el poderdante conserve su capacidad, las situaciones de abuso por parte del apoderado son fácilmente controlables, puesto que el poder siempre es libremente revocable en cualquier momento por su titular.

Sin embargo, cuando se produce la pérdida de capacidad, ya sea de hecho o de derecho, dicha potestad se pierde y son necesarios mecanismos adicionales de control que permitan corroborar el leal ejercicio del cargo de apoderado.

La sentencia judicial que se pronuncie sobre la incapacitación puede revocar dicho poder si se observa que ha sido utilizado de forma perversa para los intereses del afectado. Pero, hasta el momento, en previsión de que los intereses del incapaz puedan verse perjudicados, conviene introducir cautelas en el poder preventivo que permitan la fiscalización de las decisiones tomadas por el apoderado o el reparto de facultades entre distintos apoderados que evite la concentración de poder en una única persona.

Si finalmente se opta por alguna de las vías anteriormente apuntadas, la siguiente pregunta a responder será la forma en que, en caso de ser varias personas los apoderados, pueden adoptar sus decisiones. Las mismas se tomarán de forma mancomunada o bien solidaria, dependiendo de lo que el poderdante hubiera establecido. Si nada se dice, debe acudirse al criterio más restrictivo.

Incluso podrían incluirse previsiones de sustitución del apoderado por otro diferente, para los casos donde la pérdida de capacidad se produjera en la persona del apoderado, o cualquier otro hecho expresamente contemplado.

Por último, si bien el mandato se presume gratuito (salvo en los casos establecidos legalmente), el propio poder podrá contener la posibilidad de remunerar el cargo del mandatario.

En conclusión, la imaginación y expectativas del poderdante establecen los límites de los poderes preventivos y dibujan los trazos del futuro esbozado por el sujeto que quiera anticiparse a las contingencias que pudieran producirse en un mañana incierto, siempre y cuando respeten los preceptos legales que no tengan carácter dispositivo.

Documento público o notarial: formas de otorgar el poder

Nada dice la norma sobre la forma que deben presentar los *poderes preventivos*. Por lo tanto, al no establecerse una disposición específica contraria, debemos entender que rige el principio de libertad de forma.

El artículo 1710.2 del Código Civil parece confirmar esta premisa al disponer que el mandato puede ser expreso o tácito, pudiendo otorgarse mediante documento público, privado o incluso de palabra.

No obstante, si bien esta es la regla general y rige para el mandato de contenido ordinario, cuando nos refiramos a actos que supongan transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, la norma requiere mandato expreso.

Estos poderes pueden ser otorgados tanto en escritura pública como en documento privado, si bien parece recomendable revestir del mayor grado de certeza al documento que exprese la voluntad de la persona que un día no podrá volver a manifestarla válidamente. Por lo tanto, será recomendable que el documento notarial acredite lo decidido.

Como luego veremos, el artículo 223 del Código Civil permite a cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente (en previsión de ser incapacitada judicialmente), adoptar mediante documento público notarial cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes. Por ello, no han faltado las voces que han reclamado la posible aplicación analógica de este artículo a la regulación de los poderes preventivos dado que la referencia del precepto es genérica. Si dicha interpretación fuera aceptada, podría verse reforzado el argumento que obliga a plasmar los poderes preventivos en documento público notarial.

2.- Autotutela

Nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de supuestos en los cuales frente a la imposibilidad de determinados individuos de gobernarse o administrar su patrimonio, se dispone la representación de su voluntad por medio de la figura del tutor.

No nos detendremos en este concepto puesto que ya se encuentra desarrollado en este trabajo. Únicamente recordar que estarán sujetos a tutela: i) los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; ii) los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; iii) los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela; y iv) los menores que se hallen en situación de desamparo.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 nos da una primera aproximación del concepto de autotutela, entendiendo como tal *"la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas"*.

Este concepto es concretado en el artículo 223 del Código Civil, donde se establece que “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

La norma contempla, por lo tanto, que el sujeto pueda prever el nombramiento de su tutor, para el supuesto de que se produjera en el futuro su incapacitación. Si se prefiere y como reconocen algunos autores, se trata más bien de anticipar la denominada “capacitación” del individuo, en la medida en que lo que se quiere es que alguien que no tendría posibilidad de actuar en el tráfico jurídico, pueda hacerlo, si bien a través de otra persona.

Para llevar a cabo la formalización de esta declaración de voluntad se exige que la misma sea elevada a público mediante la intervención de un notario. Ello responde a la necesidad de revestir dicha declaración de voluntad del mayor rigor para garantizar su fehaciencia, ya que el documento que la contenga, deberá ser utilizado para interpretar y dar cumplimiento a la voluntad del incapacitado (prestada en su día cuando conservaba sus facultades mentales intactas).

En principio, con el término “autotutela” reconocemos aquellos casos en los que el interesado plasmó su voluntad en este documento notarial donde designa a la persona que debiera actuar como su tutor ante una eventual situación de incapacidad. Ello no es óbice para que dentro del mismo documento, se puedan contener otro tipo de disposiciones que contengan estipulaciones sobre otros aspectos, tanto respecto del ámbito personal, como del patrimonial, que deban regir el futuro de su vida.

Es decir, existe la posibilidad de introducir en un mismo documento los ya examinados *poderes preventivos*, junto con la designación del tutor por el propio incapaz. En este último caso, no debe perderse de vista la cautela de otorgar el documento mediante documento público puesto que, como hemos apuntado, si bien los poderes

preventivos no requieren dicha formalidad (aunque se postula como muy recomendable), no podría admitirse la validez de la autotutela que no hubiera cumplido con dicha formalidad.

El esquema básico de funcionamiento de la designación tutelar sería el siguiente:



El concepto se define así en contraposición con la “tutela por disposición legal” o bien establecida por “decisión judicial” (un tercero, en definitiva) donde la designación del tutor no corresponde ya al propio aspirante a tutelado, sino que la decisión escapa del ámbito de acción de su voluntad.

Al respecto debe matizarse que, en los casos de autotutela, más que nombrar un tutor, se legitima al sujeto a proponer un nombre que será tenido en cuenta por el juez para la designación del tutor. Por ello, quien finalmente decide es el juez, si bien, debe hacer lo posible por respetar la voluntad del interesado, de forma que una resolución contraria a la voluntad libremente expresada por el afectado, debe siempre estar motivada y razonada desde la perspectiva del mayor interés del incapaz.

Ello puede hacer pensar que la decisión preferente es la del futuro tutelado, sin embargo, el Juez está habilitado para alterar dicho orden de preferencia. Al respecto, cabe precisar que la configuración del orden de preferencia situando al tutelado en primera instancia no es caprichosa, sino que

se quiere resaltar el valor que el ordenamiento confiere a la voluntad libremente manifestada por el mismo sin perder de vista que la decisión final corresponde al Órgano jurisdiccional. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia número 407/2007, de 14 de noviembre, de la AP de La Coruña cuando reconoce que:

“Podría darse eficacia a la voluntad demostrada por el incapaz cuando aún no lo era, como pauta interpretativa de que él mismo consideraba como solución más beneficiosa para él en caso de incapacidad, la existencia de un tutor ajeno a los conflictos personales, sentimentales y económicos de las personas más vinculadas a él por lazos afectivos o familiares”.

Por otro lado, para que el juez contradiga el deseo del tutelado, deberán concurrir los requisitos de **excepcionalidad** y el de **respeto al mayor interés del incapaz**. En este caso, la resolución expondrá de forma razonada la causa que motivó la decisión judicial como mecanismo que permita evitar la transgresión injustificada de la voluntad inicial por parte de la decisión judicial.

Para que el instrumento de la autotutela se perfeccione una vez declarada la incapacidad del futuro tutelado, deberían cumplirse necesariamente, según lo apuntado, dos requisitos fundamentales:

- Aceptación de la institución tutelar por la persona designada para el cargo. Al contrario que los poderes preventivos, donde se trataba de un negocio, como declamos, recepticio.
- Ratificación de la designación vía judicial.

Al contrario de lo que pudiera pensarse, el principal conflicto que nos muestra la casuística de esta institución no viene motivado por la problemática jurídico-teórica que la aceptación pudiera ocasionar, sino por el problema real y humano que genera la falta de disposición de las personas potencialmente designables como tutores, dado que supone enfrentarlos a una institución que conlleva no sólo una sobrecarga excepcional de trabajo, sino la asunción de un enorme ámbito de responsabilidad.

Autoincapacitación

Mención especial debe hacerse en relación con lo que se ha querido conocer comúnmente como la autoincapacitación en la medida en que esta novedad introducida por la Ley 41/2003, constituye un nuevo avance en la evolución por salvaguardar el derecho a decidir de todo ciudadano.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad, legitima al propio futuro incapaz para iniciar la propia acción de incapacitación, versando del siguiente tenor literal:

“La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”.

Supone ciertamente un notable avance en el proceso de maduración del respeto al ejercicio del individuo a decidir por sí mismo en aquellas cuestiones que tienen incidencia en su futuro personal y patrimonial.

Ejemplo

Pliéñese en supuestos en los cuales el sujeto comienza a experimentar los primeros síntomas de una enfermedad que le hace prever la falta de fiabilidad de los actos que vaya a llevar a cabo en el futuro. Para evitar el posible autoperjuicio que el oscurecimiento de su razón pudiera provocarle, en especial cuando de aspectos patrimoniales se refiere, el individuo en un ejercicio de responsabilidad, insta la iniciación del procedimiento.

El temor a quedar incapacitado sin la posibilidad recobrar su capacidad de decisión no debe retraer el interés del afectado por ejercitar esta posibilidad que le brinda el ordenamiento: al igual que en su momento se le permite recabar la tutela judicial con el fin de que esta determine si concurren o no las causas legales de incapacitación, la misma norma confiere la opción al ya incapacitado de

iniciar el procedimiento para ser reintegrado en su estatus y que recupere todos sus derechos y sus capacidades.

“La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”²⁹.

Una vez iniciado, el procedimiento transcurrirá como cualquier otro ordinario de incapacitación, dándose audiencia al presunto incapaz y a sus familiares más próximos, recabando los dictámenes periciales que procedan.

En todo caso, no cabe la declaración de incapacitación sin la existencia de un dictamen pericial médico que se pronuncie sobre las aptitudes físico-psíquicas del perjudicado. Ninguna decisión judicial será tomada sin previamente haber valorado la opinión del profesional médico, junto con las circunstancias del supuesto concreto. Se trata, en definitiva, de configurar un procedimiento con las notas de rigor y respeto a la libre determinación del individuo.

El procedimiento reflejado en la LEC para el ejercicio de la autoincapacitación es el mismo que el de la incapacitación (con la salvedad de la persona que lo inicia). Por lo tanto, nos remitimos al capítulo referido al procedimiento de incapacitación normal (Tema 1). En todo caso, simplemente apuntar que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, pronunciándose, en su caso, sobre la necesidad de internamiento.

Por lo expuesto, al método tradicional de designación tutelar, como era el nombramiento testamentario o por documento notarial de un tercero (el código habla de los padres), se añade uno más, el de la designación mediante documento notarial que se comunica de oficio al Registro Civil para su constancia. De tal suerte y manera, que el juez podrá recabar al mismo certificación para tener conocimiento de su existencia.

3.- Testamento vital

El tercero de los instrumentos de protección del ámbito personal y patrimonial en favor de la persona incapaz o incapacitada, para que pueda prestar su voluntad, viene representado por el conocido como testamento vital.

No es sino otro de los mecanismos que el ordenamiento brinda al sujeto previsor en beneficio de la simplificación de procesos (que exigen poder ofrecer una rápida respuesta para garantizar la salvaguarda de los derechos y libertades constitucionales reconocidas al individuo).

El testamento vital, o la declaración de voluntades anticipadas, constituye la manifestación más elevada del respeto a la voluntad del enfermo a determinar el trato a su juicio más digno, conforme a sus creencias e ideología, durante su tránsito final.

La cristalización de este instrumento jurídico se produce en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, cuando en su artículo 11, bajo la denominación de “*Instrucciones previas*” entiende por testamento vital aquel documento en el cual una persona con plena capacidad de obrar, expresa libre y anticipadamente su voluntad para que la misma sea cumplida, llegado el momento en el cual no fuera capaz de hacerlo personalmente.

Contenido y capacidad

Cuando de “Instrucciones previas” (“Voluntades anticipadas” o “Testamento vital”) hablamos, entendemos que la manifestación de voluntad expresada debe versar sobre la aplicación o no de determinados cuidados o tratamientos de salud sobre los que pudiera existir algún tipo de desacuerdo técnico o ideológico en cuanto a la idoneidad de su utilización.

Nos referimos con ello a los conocidos como “tratamientos paliativos”: aquellos tratamientos que, sin producir una mejora sobre la salud del individuo, pueden garantizar una mayor calidad de vida en fases terminales (aunque su utilización pudiera implicar un acortamiento vital). Asimismo, el concepto incluye la decisión de dejar de aplicar un tratamiento médico concreto que mantenga artificialmente la vida del enfermo, así como la posibilidad de someterlo a una determinada intervención quirúrgica que pudiera entrañar algún tipo de riesgo.

De la misma forma, nos encontramos ante un documento de Instrucciones previas cuando el mismo se pronuncie sobre el destino de los órganos y el cuerpo del otorgante llegado el día de su fallecimiento. En resumen, el documento de Instrucciones previas expresa la voluntad que quien ya no puede manifestarla respecto a dos ámbitos:

- a) La aplicación o no de determinados tratamientos.
- b) El destino de partes del cuerpo y órganos del difunto.

La aplicabilidad de este instrumento normalmente se verá materializada como fórmula para reflejar la intención del paciente respecto de la posibilidad de continuar manteniendo su vida artificialmente, mediante la utilización de métodos terapéuticos que no vayan a implicar una mejora de su estado de salud (pudiendo desencadenar en situaciones que en ocasiones huyen del concepto de tratamiento puramente paliativo).

En este tipo de supuestos, parece más o menos unánime entre los representantes de los distintos

pensamientos, ideologías y creencias presentes en nuestra sociedad, que la existencia de este documento facilita la decisión final de los familiares y la labor del médico consistente en dejar de aplicar el tratamiento.

El instrumento podría tornarse especialmente útil si se dispusiera de mecanismos tecnológicos que permitieran al médico consultar rápidamente la voluntad del paciente en situaciones de extrema urgencia, en los que una respuesta rápida podría implicar la eficaz protección del mayor número de bienes posibles (piénsese, por ejemplo, en el caso en que una mujer embarazada gravemente enferma tenga que ser operada de extrema urgencia, la posibilidad de consultar su voluntad fugazmente podría salvar al neonato, a la propia madre o a ambos, al mismo tiempo que garantizar el respeto a su derecho de decisión).

De igual forma, cobra sentido si la persona pretendiera dejar por escrito su voluntad de ser incinerada una vez producido el óbito, quisiera destinar sus órganos o su cuerpo al estudio de la ciencia o, por el contrario, si su deseo fuera el de no hacerlo pero sí ceder los mismos a quien los necesitara para sobrevivir.

Si atendemos a la posibilidad de contar con un método de consulta rápido y accesible para el facultativo, donde el trámite burocrático se viera reducido al máximo sin pérdida del respeto a la eficaz protección de datos especialmente sensibles, se podrían ganar valiosas horas en el tratamiento y aprovechamiento de órganos que permitirían dar una segunda oportunidad a aquellas personas que lo necesitaran.

Las instrucciones previas son **libremente revocables** en cualquier momento por su titular. El único requisito que establece la ley es que ello se haga por escrito. Es coherente dicha afirmación con el principio fundamental que pretende garantizar esta regulación: ya que si en su día, pudo existir el documento de instrucciones previas como libre manifestación de su autonomía personal, la posibilidad de revocarlo constituye la reafirmación de este derecho.

Es importante apuntar que la potestad para documentar la voluntad del sujeto respecto de los aspectos relativos a su futura protección personal mediante el instrumento de las *Instrucciones previas* no es ilimitada o carente de cualquier tipo de frontera legal, dado que son proscritas aquellas manifestaciones de voluntad que fueran contrarias al ordenamiento o la “*lex artis*”²⁹ de la profesión sanitaria.

Ello cobra significación sin duda, en los casos de eutanasia, donde las disposiciones manifestadas por el afectado en lo concerniente a la forma de afrontar su destino final, pueden en ocasiones estar enfrentadas con la legislación penal que tipifica como delito la ayuda al suicidio. En este tipo de casos, las manifestaciones contrarias a las normas se tienen por no puestas. No obstante, la diversidad de conductas tipificadas y la variedad de interpretaciones que este campo admite, hace que debamos remitirnos a capítulos posteriores, en los que específicamente se trata esta materia.

Respecto a la capacidad para otorgar el documento de Instrucciones previas, parecería lógico afirmar que sólo pudiera ser ejercitada por aquellas personas que, como reconoce la Ley de Autonomía del Paciente, sean mayores de edad y capaces.

Esta apreciación debe ser acogida con cautela e interpretada bajo el principio legal de conferir un mayor ámbito de autonomía al sujeto que tuviera su capacidad reducida. Tal aspecto contrasta con la Ley de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía (Ley 5/2003, de 9 de octubre) cuando, en su artículo cuarto, *reconoce la posibilidad de otorgar testamento vital, a los incapacitados judicialmente, salvo que la resolución judicial de incapacitación se pronunciara en contra de dicha posibilidad.*

El otorgamiento de esta potestad al incapaz no es discrecional, ni carente de control, puesto que

se establece su fiscalización por el facultativo responsable de la asistencia sanitaria quien, a su criterio, podrá cuestionar dicha capacidad y ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que en su caso, proceda a incoar procedimiento judicial de modificación del contenido y alcance de la resolución de incapacitación.

La Ley andaluza confiere así amplias facultades para aquellas personas que en principio no pueden emitir actos válidamente aceptados en Derecho sin la mediación de un representante. Ello parece que contradice el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, donde se establece que, para otorgar el consentimiento informado, se hará por medio de representante cuando el paciente esté incapacitado legalmente. Si bien la intención es noble, su virtualidad o efectividad real es más bien limitada, ya que parece viable que el precepto pudiera interpretarse más como un deber de escuchar la opinión del incapacitado que como su poder real para crear un acto válido, dado que la decisión final corresponde en la práctica a sus representantes legales y a su médico.

Delimitación del concepto respecto de figuras afines

La denominación *testamento vital*, ha sido criticada y puede dar lugar a confusión con otros instrumentos jurídicos creados con el fin de recoger la voluntad de quien ya no puede expresarla. En consecuencia, conviene efectuar una delimitación del concepto.

No es testamento vital el testamento regulado por el Derecho sucesorio en la medida en que el primero únicamente se refiere al ámbito de protección subjetiva (sólo contiene disposiciones de protección de contenido personal referidas a los tratamientos médicos a los que estaría dispuesto a someterse y sensu contrario, aquellos que esquivaría, si de su voluntad dependiera). Por su parte, el testamento contiene elementos

más que de protección, de contenido dispositivo patrimonial mortis causa; es decir, rige la voluntad del fallecido en lo relativo al destino de sus bienes.

Por otro lado, se diferencia del mecanismo de los poderes preventivos. Estos últimos, pretenden salvaguardar la persistencia del mandato concedido originariamente a favor de una persona de confianza para que, llegado el caso, actúe en su nombre mientras que el testamento vital puede contener la designación de una persona, pero su papel debería ceñirse a la representación del otorgante, de cara a interpretar su voluntad sobre los aspectos relativos al ámbito de su protección personal.

Legitimación

En principio, el documento, que constituye un testamento vital, una vez inscrito en el Registro competente, bastaría al facultativo que tuviera en sus manos la decisión para cumplir la voluntad de la persona. Por lo tanto, la previsión legal adicional que permite la designación en el mismo documento de un representante que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el profesional sanitario para procurar el cumplimiento de su voluntad, constituye un blindaje adicional a los deseos del interesado. La afirmación anteriormente realizada se ve reforzada cuando el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se Regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, legitima a las siguientes personas para acceder al testamento vital en él inscrito:



Como se puede observar en el gráfico, tendría acceso al Registro –y, por lo tanto, ostenta la capacidad para ser conocedor de la voluntad depositada en el mismo– tanto la persona que el otorgante hubiera designado en el propio documento de Instrucciones previas, como el facultativo encargado del tratamiento a través de la persona competente nombrada por la autoridad sanitaria (autonómica o estatal), quien deberá elevar su solicitud. Si bien parece que este último cauce podría dilatarse más en el tiempo, sin un adecuado sistema informatizado que gestione rápidamente las peticiones.

Registro

La normativa es objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas que, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a adoptar las disposiciones necesarias para materializar la plena efectividad de las previsiones contenidas en la regulación estatal.

Ello es debido al reparto competencial que articula nuestra Constitución, la cual dispone: a) en el artículo 149.1.16, la competencia del Estado para regular las bases y coordinación general de la sanidad; b) en el artículo 148.1.22, permite a las autonomías asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Por lo tanto, corresponde a estas últimas la legislación de desarrollo, así como la ejecución de dichas competencias, siempre y cuando estas hubieran sido previamente asumidas por sus Estatutos de Autonomía.

El reparto competencial influye en la configuración final de la forma y contenido del documento de “Instrucciones previas”, puesto que la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente tiene la condición de legislación básica y establece los parámetros generales o comunes. En consecuencia, para conocer los aspectos concretos de la regulación de las Instrucciones previas, tendremos que acudir a la legislación propia de la Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a la forma que debe revestir el documento de Instrucciones previas antes de su inscripción en el Registro correspondiente, la ley nacional (Ley 41/2002) se remite a las regulaciones propias de cada Comunidad Autónoma; de manera

que los requisitos varían en función de donde nos encontremos. Así, por ejemplo, mientras que en Andalucía únicamente se exige que se realice por escrito, en la Comunidad Valenciana es requerida elevación a público u otorgamiento ante tres testigos que reúnan unas características específicas.

A pesar de la remisión a la normativa autonómica, la ley estatal ha querido establecer como cautela dos requisitos que actúen como mínimo común indiscutible:

- Realización por escrito del documento de instrucciones previas, con el fin de otorgarle cierta perdurabilidad.
- La constancia en la historia clínica razonada sobre las anotaciones relacionadas con la no aplicación de instrucciones previas contrarias a la "lex artis" o que no se correspondieran con el supuesto de hecho previsto en el momento de emitir la manifestación de voluntad.

La disposición transitoria única del Reglamento contempla, asimismo, una cláusula de salvaguarda, para el supuesto en que no se haya adoptado la regulación autonómica de esta materia, permitiendo al interesado presentar las instrucciones ante la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma, la cual procederá a remitirlas al Registro nacional donde quedarán provisionalmente inscritas (junto con

los documentos que las acompañen para su custodia).

Nos encontramos ante un sistema dual que integra dos ámbitos complementarios:

- a) *El ámbito autonómico*, representado por sus registros territoriales, que se configuran como el eje principal a través del cual se ejercita el derecho a depositar el documento en el que se recoge la expresión de la última voluntad de la persona.
- b) *El ámbito estatal*, representado por el Registro nacional de Instrucciones previas, que se configura como elemento de cohesión integrador de la actividad de los distintos registros territoriales (a través del sistema de comunicaciones interregistrales) y funciona en casos de ausencia regulatoria, como instrumento auxiliar, proporcionando coherencia al sistema.

El sistema expuesto actúa sin perjuicio del hecho cierto de que, si existen dos registros, y pueden darse incongruencias entre los mismos, en tal caso y en función de lo expuesto, deberían primar los asientos recogidos por el Registro autonómico, dado que, como ha reconocido el Consejo de Estado en su Dictamen número 564/2005, las mismas representan las últimas voluntades válidamente formalizadas conforme a la legislación autonómica.

Protección frente a los malos tratos



CONTENIDOS

- 1.- Medidas de prevención de los malos tratos
- 2.- Detección
- 3.- Medidas de protección
- 4.- Actuación en caso de la detección de malos tratos
- 5.- Regulación actual en el Código Penal
- 6.- Medidas cautelares
 - A. Medidas cautelares que pueden adoptarse durante el procedimiento penal
 - B. Las penas de no aproximación. Cómo actuar en caso de incumplimiento
- 7.- Papel del Ministerio Fiscal
- 8.- Especial atención a la violencia de género

Resumen de los principales puntos del tema

1. Concepto:

El maltrato es un acto o la falta de una acción apropiada que ocurre dentro de una relación donde existe una expectativa de confianza, que causa daño o distrés (Declaración de Toronto 2002). La prevención es de gran importancia para que no llegue a producirse y consistirá en: aumentar el conocimiento sobre el problema, promulgar leyes más severas y aplicar estrategias de prevención eficaces.

2. Actuación en los casos de detección:

Todo ciudadano tiene el deber de informar a las autoridades en los casos de sospecha. Para su detección habrá que prestar atención a los signos físicos y a los comportamientos del supuesto maltratado. Del mismo modo, las medidas de protección serán de distinto carácter: policial, judicial, político, social y económico.

3. Regulación actual en el Código Penal:

No considera la vejez como circunstancia especial para matizar acciones punibles. Se recogen distintas conductas punitivas contra personas mayores: el maltrato, el abandono, el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, las detenciones ilegales, las coacciones, el trato degradante y el maltrato económico. Asimismo, se recogen una serie de medidas cautelares: prohibición de residir o acudir a determinados lugares y/o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas (dentro del procedimiento) y penas de no aproximación (fuera del procedimiento).

4. Ministerio Fiscal:

Podrá recibir denuncias, tomar declaración al sospechoso, ordenar la detención preventiva e instar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y la práctica de diligencias.

1.- Medidas de prevención de los malos tratos

Como primer acercamiento a este tema es necesario establecer la definición del concepto de maltrato que ha sido objeto de numerosas construcciones; entre las más conocidas se encuentra la de la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores de 17 de noviembre de 2002, que establece:

Un acto único o repetido, o la falta de una acción apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde existe una expectativa de confianza, que causa daño o distrés a una persona mayor. Puede ser de varias formas: físicos, psicológico/emocional, sexual, financiero o simplemente reflejar negligencia intencional o intencionada.

Frente al maltrato es necesaria la adopción de medidas preventivas con objeto de evitar que se produzcan este tipo de situaciones. Sin embargo, a veces resulta difícil su adopción, ya que este fenómeno se puede producir en cualquier contexto social: desde el propio domicilio de la víctima hasta la más lujosa residencia de mayores, independientemente de los niveles culturales, económicos o sociales.

Para la detección, conviene conocer cuáles son los abusos más frecuentes, así como los síntomas que puedan evidenciar la existencia de una situación de maltrato, los cuales pueden ser manifestados en forma de señales físicas, psicológicas e incluso económicas, siendo estas últimas más frecuentes en personas mayores, en situación de dependencia o con escasas posibilidades de ejercitar su autodefensa, lo que a menudo viene acompañado de otro tipo de vejaciones en forma de violencia física o psicológica.

De este modo, resulta necesaria la intervención de las distintas instituciones públicas y privadas, mecanismos de protección y garantías que ofrece el ordenamiento jurídico para poder hacer frente a este tipo de situaciones (evitando con ello su empeoramiento y el potencial riesgo que constituyen para la vida e integridad de las personas que lo sufren).

Así, en el marco de las medidas destinadas a la lucha contra los malos tratos, es esencial, como punto de partida, reconocer el maltrato a las personas mayores como un problema global al que hay que dar respuesta desde todos los ángulos posibles.

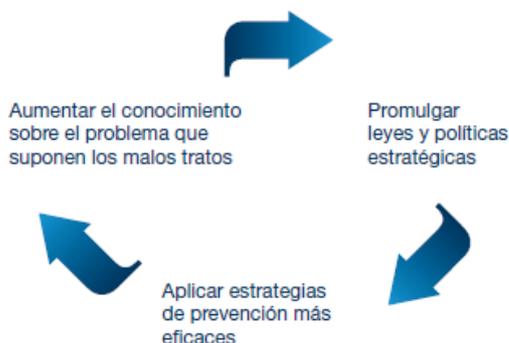
En dicho contexto, a nivel internacional se creó en el año 1997 la “*Red Internacional para la Prevención de los Malos Tratos a Personas Mayores*” (INPEA) que ha elaborado documentos de gran interés para la previsión y detección de los mismos (tales como el proyecto seminal conjunto “*Respuesta Global al Maltrato de los Adultos Mayores*”, que dio como resultado la publicación *Voces Ausentes. Visión de las Personas Mayores sobre el Maltrato de las Personas Mayores*) y, por otro lado, las acciones orientadas a erradicar el maltrato a personas mayores ha de realizarse en la práctica a todos los niveles: nacional, regional y local.

El Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia ha analizado estos fenómenos y señala que uno de cada cien mayores reconoce haber sufrido maltrato de la familia. El porcentaje aumenta según el grado de dependencia, hasta un 2,9% en los casos severos e incluso algunos estudios han cifrado el maltrato en hasta un 4-5%, dato realmente escalofriante.

Las estadísticas muestran una clara tendencia de las personas mayores a ser víctimas de ciertos tipos de maltratos o más de un tipo de maltrato y sufrirlo de forma continuada (80% de los casos). Es importante incidir en este dato: *el maltrato no suele producirse como un hecho aislado.*

Es prioritario para afrontar y erradicar el problema la adopción de una serie de medidas que se anticipen al nacimiento de la situación y que

pueden ser agrupadas y concretadas en tres conceptos prioritarios:



Aumentar los conocimientos sobre el problema

Mejorar los conocimientos sobre el maltrato, así como fomentar la solidaridad intergeneracional y la educación en el respeto por las personas mayores o en situaciones especialmente sensibles, se presenta como uno de los retos más significativos de nuestro futuro dadas las circunstancias propias de nuestro Estado, el cual cuenta con una de las poblaciones más envejecidas del mundo.

A nivel europeo en el año 1990, el Consejo de Europa convocó una conferencia al respecto, donde se procedió a realizar una revisión sobre los conceptos existentes, las estadísticas, las leyes y las políticas relacionadas con la prevención y el tratamiento, así como las fuentes de información disponibles.

En este sentido, el Consejo de Europa definió el *maltrato* como:

“Todo acto u omisión cometido contra una persona mayor, en el cuadro de la vida familiar, la seguridad económica y/o la integridad física-psíquica, que comprometa gravemente su libertad o el desarrollo de su personalidad”.

Ateniéndose a esta definición, el Informe del Consejo de Europa llegó a las siguientes conclusiones:

- a) En este sentido, la formación en el fenómeno de los malos tratos de los profesionales vinculados con este tipo de personas, se revela como fundamental en orden no sólo a prevenir la posible aparición de los mismos, sino también para la pronta detección en aquellos supuestos en los cuales por razón de su cargo tuvieran acceso a personas que presentaran la sintomatología propia de las personas maltratadas.
- b) Uno de los aspectos fundamentales que conviene fijar a la hora de mejorar el conocimiento sobre la materia, viene representado por las **causas que motivan la aparición de este tipo de comportamientos**:
 - i) Dentro de las causas descritas por la práctica profesional, el estrés que sufren tanto la familia como las personas encargadas de cuidar a las personas con algún tipo de dependencia parece ser una de las principales. Distintas investigaciones sociológicas han puesto de manifiesto que cuidar a una persona con algún tipo de enfermedad crónica grave constituye una **labor difícil y estresante y que, como tal, provoca alteraciones en la salud física y mental de las personas que la realizan**.
 - ii) De este modo, diversos estudios han llegado a la conclusión de que son muchos los factores que determinan o pueden llegar a incrementar las probabilidades de que se produzca el maltrato, como puedan ser la sobrecarga en el trabajo de los cuidadores o de las personas cercanas a quienes sufren Alzheimer.
 - iii) La falta de recursos o el consumo de alcohol o drogas de forma habitual suele ser una de las principales causas generadoras de disfuncionalidades en el ámbito familiar y pueden desencadenar finalmente en el maltrato reiterado de los familiares más vulnerables.
 - iv) De lo dicho se desprende que el aislamiento social y la ausencia de contacto o

mantenimiento de relaciones sociales o la exclusión social pueden devenir en situaciones de marginalidad o abandono, con el correspondiente daño psicológico que ello implica para el perjudicado, generadoras de conductas asociales y agresivas que, de no ser vigiladas, pueden llegar a constituirse en origen de la situación de maltrato.

- c) Asimismo, relevante dentro de este ámbito de actuación es la **ejecución de programas sociales que ofrezcan asesoramiento e información así como planes asistenciales al afectado y sus familiares** que permitan mejorar el conocimiento y entendimiento de esta problemática y ofrecer vías de apoyo y descarga emocional y física de los implicados.
- b) *Promulgar leyes más severas y mejor definidas, así como elaborar políticas más enérgicas que garanticen la protección de las personas mayores, en especial cuando se encuentran aquejadas de algún tipo de enfermedad física o mental*

Dentro de las líneas de actuación para prevenir los malos tratos, el Estado no puede permanecer al margen de la problemática del maltrato, sino que han de adoptar un papel activo creando y reformando –en su caso– leyes con el fin de proteger a las personas y de modo que los derechos de estas queden garantizados.

Así, son muchos los colectivos sociales y protagonistas de la vida pública que, ante el aumento de denuncias por malos tratos a personas mayores o enfermas, han reclamado que se apruebe una *Ley Integral para la protección de los ancianos y dependientes de edad avanzada* (tal como ya se hizo con la violencia de género).

En este sentido, el Fiscal de Mayores –figura creada con el fin de luchar contra la vulneración de los derechos de las personas mayores y la salvaguarda de sus libertades fundamentales– ha puesto de relieve dicho vacío legal así como la necesidad de dar respuestas a estas personas:

“Hay un vacío legal en la defensa de los derechos de los mayores de 65 años, que no se da ni en

menores ni en mujeres, en casos de violencia o desamparo. Asimismo, los mayores son un colectivo creciente y, por sus circunstancias personales, están necesitados de la ayuda de los Poderes públicos”.

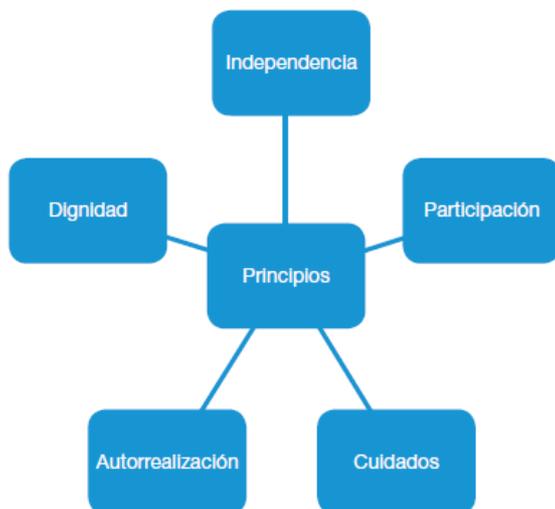
Dentro de las medidas a adoptar en las leyes, el Fiscal de Mayores y otras instituciones han reclamado que se contemple como *causa agravante la edad de la víctima*.

Asimismo, se deben realizar *políticas más enérgicas frente al maltrato*. Dentro de esta línea se encuentran diversas guías y campañas, tales como la campaña *“Ponte en su piel”*, que fue lanzada por los profesionales españoles en los campos de la gerontología y geriatría. Dicha campaña estableció un decálogo, cuyo fin es servir de guía para las instituciones y los profesionales, así como para las familias, dirigido a crear una cultura de respeto hacia los adultos mayores. Los puntos son los siguientes:

DECÁLOGO	
1. Dignidad. Tratar con respeto.	6. Calidad de la comida adecuada a sus gustos y necesidades.
2. Inclusión social. Evitar aislamiento y soledad.	7. Respetar su intimidad.
3. Atención inmediata ante lesiones, abusos, reclusiones y negligencias.	8. Favorecer el mantenimiento o la recuperación del máximo grado de autonomía.
4. Personalizar su entorno. Adecuar el espacio para garantizar la independencia de la persona.	9. Ayudas técnicas para facilitar la movillización, la higiene y el vestirse.
5. Responder al deseo de satisfacer necesidades de higiene.	10. Implicar a las familias en el cuidado y la toma de decisiones compartidas.

Por otro lado, en esta línea de las políticas más enérgicas, a nivel internacional la Asamblea General de la ONU aprobó una Resolución donde se contenían cinco *“Principios en Favor de las Personas de Edad”*, que se ratifican en el documento de las Naciones Unidas de 1999 de Derechos Humanos y Personas de Edad

Avanzada, dirigidos a los Estados miembros en orden a fortalecer la protección de estas personas en sus Ordenamientos Internos.



y la aplicación de las políticas que afectan directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes.

- Poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades.
- Poder formar grupos o asociaciones.

Cuidados

- Poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.
- Tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades.
- Tener acceso a Servicios Sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.
- Tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humanitario y seguro.
- Poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

Independencia

- Tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados.
- Tener la oportunidad de trabajar o de acceder a otras formas de obtención de ingresos.
- Poder participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales.
- Tener acceso a programas educativos y de capacitación adecuados.
- Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a los cambios de sus capacidades.
- Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

Participación

- Permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación

Autorrealización

- Poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.
- Tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos.

Dignidad

- Poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de maltrato físico o mental.
- Recibir un trato digno, sin considerar su edad, sexo, etnia, discapacidad u otras condiciones. Además, han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

A modo de conclusión de este apartado, se deben señalar que resulta necesario promulgar leyes más efectivas, dotar las existentes para su mayor eficacia, así como adoptar políticas más enérgicas orientadas a erradicar el maltrato. Dichas medidas, en resumen, deberían ir orientadas a lograr los siguientes efectos:

- Las leyes existentes sobre violencia doméstica o intrafamiliar deben ampliarse a fin de incluir a las personas mayores como grupo.
- La legislación penal y civil existente debe abarcar en forma explícita el maltrato, el descuido y la explotación de personas de edad avanzada.
- Los gobiernos deben dictar nuevas leyes destinadas a proteger a las personas mayores.
- Se deben realizar políticas más enérgicas que encuentren respaldo en todos los agentes de la vida social a fin de que sean siempre lo más eficaces posibles.

c) Aplicar estrategias de prevención más eficaces

A la hora de afrontar la erradicación del maltrato a personas mayores o en situación de dependencia, se debe dar gran importancia a la prevención.

A tal fin es necesario construir una sociedad que garantice una existencia digna a todas las personas, con sus necesidades cubiertas adecuadamente y con oportunidades reales de realización personal.

La prevención es, posiblemente, la estrategia más adecuada y eficaz frente a las situaciones de los malos tratos.

La mejor manera de prevenir es dotar de recursos suficientes y adecuados a los afectados, familias, instituciones y profesionales, que limiten el agotamiento, la precariedad y la falta de sensibilidad, así como actuar permanentemente generando actitudes positivas de la sociedad hacia la vejez.

Dentro de las estrategias de prevención han sido creados por las Administraciones públicas programas destinados a evitar el maltrato de los ancianos en su hogar, donde se han adoptado distintas medidas, en torno a cuatro ejes bien diferenciados:

- Elaborar y ejecutar planes de asistencia integrales.
- Capacitar al personal.
- Diseñar políticas y programas que tengan en cuenta el estrés del personal relacionado con su trabajo.
- Elaborar políticas y programas para mejorar las condiciones físicas y sociales de la asistencia sanitaria orientada a los cuidados de enfermos.

En este sentido, cobra gran importancia la elaboración de protocolos de prevención de malos tratos en centros hospitalarios, sociosanitarios, geriátricos y gerontológicos.

2.- Detección

La detección del maltrato requiere una formación específica, que permita a los profesionales de la salud, el conocimiento de los factores personales, familiares y sociales de riesgo, así como las formas de presentación que hagan posible la detección de los casos de malos tratos y el correcto enfoque para la solución del problema.

Existen, tal como reconocen distintos autores⁵⁷,

diferentes signos que deben evaluarse para establecer una sospecha de posibles malos tratos:

- Presencia de lesiones no suficientemente explicadas en distintos grados de evolución.
- Observación de que se ha producido una demora entre la producción de una lesión o enfermedad y la solicitud de atención médica.
- Visitas frecuentes a urgencias por exacerbaciones de enfermedades crónicas o lesiones a pesar de que tanto la prescripción médica como los recursos sanitarios son los adecuados.
- Dejadez o higiene insuficiente en pacientes dependientes con recursos sociofamiliares adecuados y suficientes.
- Disparidad de relatos entre distintos cuidadores o entre estos y el paciente.
- Actitud negativa de los cuidadores a la hospitalización del anciano o la supervisión de sus cuidados.

En el ámbito institucional, fundamentalmente en las residencias geriátricas, existen una serie de signos que pueden alertar sobre posibles situaciones de maltrato, abuso o cuidado negligente:

- Deshidratación, malnutrición, úlceras por presión.
- Cortes, magulladuras, hematomas.
- Sobremedicación o inframedicación.
- Pérdida o ganancia rápida de peso.
- Fracturas.
- Malas condiciones higiénicas.
- Infecciones frecuentes.

Es importante a la hora de detectar dichos signos de maltrato, poder realizar un primer juicio de valor sobre si los mismos se deben a una situación de

maltrato o bien, por el contrario, son el resultado de unas atenciones de cuidado inadecuadas.

En este sentido, cualquier persona que esté relacionada con el anciano debe prestar atención a los signos y síntomas de maltrato, más aún si se trata de profesionales de la sanidad y los trabajadores sociales por tener una posición privilegiada en orden a identificar este tipo de situaciones y actuar en los casos donde exista razonable sospecha de maltrato, todavía más los agentes de la autoridad y aquellos que tengan a su cargo la inspección y el control de las residencias.

3.- Medidas de protección

Para afrontar la lucha contra el maltrato a las personas de edad avanzada, se requiere un enfoque multisectorial y coordinado en el que se impliquen: los Poderes públicos, la justicia, los esfuerzos sanitarios y sociales, las instituciones y organizaciones de defensa de los derechos de pacientes y usuarios, así como las propias personas mayores.

Como primer acercamiento, en nuestro sistema, **todo ciudadano tiene el deber de informar a las autoridades en los casos de sospecha sobre cualquier tipo de infracción penal** (como es, por ejemplo, el maltrato).

De este modo, el Estado y las Administraciones públicas, así como la ciudadanía, se encuentran sometidos al **principio de oficialidad**, por el cual toda persona que tenga conocimiento de que se está produciendo un caso de maltrato podrá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Así pues, las autoridades y funcionarios públicos están obligados a ello, pudiéndose adoptar las siguientes medidas:

- Medidas de carácter policial: se ha reforzado la protección de las víctimas aumentando efectivos especializados de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. A su vez, se están elaborando protocolos para garantizar la coordinación de la protección de las víctimas.
- Medidas de carácter judicial: creación de juzgados de violencia sobre la mujer, puesto

que no debemos olvidar que un alto porcentaje de las personas mayores maltratadas está integrado por mujeres que son receptoras de ese tipo de comportamientos por motivo de su género, agravándose su situación cuando concurren las circunstancias de la edad, así como la adopción de órdenes de alejamiento para el maltratador.

- Medidas de carácter político y social: se trata de medidas de muy diversa índole que pueden ir desde la puesta en marcha de Planes para la inserción laboral de las víctimas de la violencia de género, previa concertación con las Comunidades Autónomas, a cursos de formación dirigidos a profesionales sanitarios (para mejorar las consultas de atención primaria) o la inclusión en los Planes de Vivienda de criterios que contemplen la atribución de viviendas protegidas a personas que hayan sido víctimas de malos tratos.
- Medidas de carácter económico: como son la creación del Programa de Renta Activa de Inserción, que contempla ayudas expresamente dirigidas a las víctimas de la violencia de género y la creación de un fondo para atender el pago de las ayudas sociales contempladas en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o la constitución de patrimonios protegidos que garanticen la independencia económica del interesado.

Además de las medidas enunciadas, es necesario destacar otras actuaciones tendentes a la protección de las personas que puedan ser víctimas del malos tratos:

- a) Es competencia de las Administraciones públicas crear e impulsar **servicios de protección de las personas adultas** (como se conocen), correspondiendo a los asistentes sociales investigar y evaluar los casos, elaborar planes para atenderlos en forma adecuada y realizar una tarea de supervisión hasta que puedan derivarse a los organismos de servicios para las personas de edad.
- b) Cada vez hay más interés por **proporcionar servicios** a los ancianos víctimas de malos

tratos, aplicando criterios similares a los desarrollados para las mujeres maltratadas. Los refugios de emergencia y los grupos de apoyo especiales para las personas de edad maltratadas son relativamente nuevos. Constituyen un ámbito donde las víctimas pueden conversar sobre sus experiencias, fortalecerse psíquicamente para superar sus miedos, sus dudas, el estrés y la ansiedad, así como mejorar su autoestima.

De esta manera, se concluye que el Ordenamiento jurídico convoca al Estado social a asumir la responsabilidad de remover las causas que originan la violencia; una acción que exige además un compromiso personal y directo de todos los ciudadanos.

4.- Actuación en los casos de detección de malos tratos

Un gran error en estos casos, es la minimización de los problemas que generalmente llevan a situaciones más graves, sobre todo de cara a reparar el daño causado. Además, las personas que sufren dichas agresiones son de edad avanzada, lo cual significa que la actuación ha de ser, si cabe, más rápida, ya que la recuperación física es lenta y difícil.

De la propia patología de la persona con Alzheimer subyace la necesidad de la colaboración de otras personas para que denuncien o pongan en conocimiento de la justicia las sospechas o las evidencias de la existencia de malos tratos.

En función del tipo de personas presuntamente maltratadas, se actuará de forma distinta en cada caso:

1. Si la presunta víctima es una persona con capacidad suficiente de autogobierno, conviene hablar con la misma, informarle sobre la situación que está sufriendo, sus causas, posibles remedios, mecanismos de defensa de los que dispone y en su caso, animarle a denunciar con el fin de que se realice una investigación policial y diriman las responsabilidades que correspondiere.

Si el presunto maltrato es muy grave y la víctima no quiere denunciar, tal comunicación debe hacerla, inexcusablemente, el profesional que le atiende, siendo recomendable ponerlo previamente en conocimiento del director del centro en donde presta sus servicios.

Ante situaciones graves en las que se tiene supuestamente identificado al agresor, se debe contactar con la policía.

2. Si el presunto maltratado se encuentra en una situación de dependencia, hay que hablar con su tutor o curador (siempre que no exista sospecha de el mismo sea el agresor), procediendo en todos los demás casos como en el apartado anterior.

Aunque la persona presuntamente maltratada sea capaz, la implicación de los profesionales es fundamental para recordarles cuáles son sus derechos y la necesidad de defenderlos.

Es aconsejable recomendar que sea la propia persona mayor, capaz, quien proceda a formalizar la denuncia, aunque se le ayude a realizar ciertos trámites. En este sentido, las asociaciones de víctimas de malos tratos pueden constituir un buen vehículo de información y asistencia para conocer la mejor forma de actuación frente a este tipo de situaciones.

Si se ha decidido denunciar, hay que tener en cuenta algunas consideraciones formales y de procedimiento en torno a la formulación de la denuncia:

¿Dónde denunciar? Se puede hacer directamente ante el Juzgado de guardia, en la fiscalía –para que sea quien proceda a materializar la demanda– o denunciar en las dependencias de la Policía o Guardia Civil.

¿Cómo denunciar? La denuncia debe hacerse de forma escrita, haciendo constar todos los datos personales del denunciante y de la víctima y exponiendo un relato somero de los hechos que han dado origen a la denuncia que se formula. Asimismo, si se conoce, es necesario reflejar el nombre del presunto agresor.

Es conveniente, aunque no indispensable, el asesoramiento de un profesional del Derecho.

La actuación ante un caso de maltrato debe accionar una *estrategia integral y coordinada* que contenga medidas de diversa índole y de naturaleza (en función de las circunstancias específicas de cada caso), tales como:

- El tratamiento de lesiones físicas y aspectos psicológicos.
- La información al paciente.
- La redacción de una parte de lesiones o denuncia al Ministerio Fiscal.
- La fijación previa de criterios de remisión a especialistas.
- La intervención del asistente social.
- La definición de estrategias de protección.
- El control de factores de riesgo.
- El apoyo al cuidador para evitar la sobrecarga o el estrés.
- El tratamiento al cuidador cuando padece un trastorno psíquico abordable.
- El seguimiento del caso.

5.- Regulación actual en el Código Penal

Las tres cuestiones más importantes en esta área jurídica son las siguientes:

El maltrato a las persona mayor

El Código Penal (norma donde se regulan los delitos, faltas y sus penas) recoge en su artículo 153 la violencia física en el ámbito familiar. De este modo, el artículo se refiere a los ascendientes, por expresa remisión al artículo 173.2 del Código Penal (CP), como se refleja a continuación:

“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva [...]” o fueran “[...] descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

A través de este artículo, y de forma indirecta, está considerado el maltrato a las personas mayores. De este modo, el ordenamiento penal, tras haberse ocupado del maltrato a los menores y el maltrato de género, ha legislado posteriormente el maltrato a los mayores.

El abandono de personas mayores

De este modo, el Código Penal ha castigado no sólo los malos tratos más evidentes a las personas mayores, sino que también ha penado la omisión de auxilio así como el dejar de prestar asistencia a aquellas personas que lo requieran. De este modo, el artículo 619 del CP dispone:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”.

El artículo 226 del Código Penal prevé expresamente:

“El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”.

Por tal razón, el Código Penal reconoce a las personas mayores desvalidas como personas de extrema fragilidad y con nula capacidad de autodefensa. Esta especial vulnerabilidad de la víctima y la relación constante que requiere de su cuidador o su familia hace que el abandono por parte de estos pueda suponer un grave riesgo a la vida y la salud de estas personas (que podrá castigarse como un delito de omisión del deber de socorro en los casos más graves).

Delitos sobre sus derechos económicos

El Código Penal no sólo sanciona el maltrato físico y psicológico, sino que también condena el *maltrato económico*.

El artículo 235.4 del Código Penal recoge el hurto cualificado que será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. Entre dichos supuestos de hurto cualificado se encuentra aquel que se lleve a cabo *abusando de las circunstancias personales de la víctima*.

Por último, conviene advertir que los supuestos de maltrato a personas mayores, sean de naturaleza física, psicológica o patrimonial, pueden ser perseguidos a través de los distintos tipos genéricos que contempla nuestro Código Penal. No obstante, difícilmente encontraremos una referencia expresa y directa, lo que innegablemente no ayuda en la protección jurídica de estas personas. En todo caso, sería deseable una mayor y más específica protección jurídica penal de este colectivo.

6.- Medidas cautelares

Al hablar de medidas cautelares, debemos identificar las mismas con las medidas de protección que se pueden adoptar durante la tramitación de un procedimiento judicial, hasta que el mismo termine por sentencia (momento en que cesarán las mismas) por contraposición a las prohibiciones impuestas por sentencia, que ya no tienen ese carácter provisional o preventivo, sino que ostentan el carácter de auténtica pena, al formar parte del contenido de una sentencia judicial.

La existencia de una condena (sentencia) es la última fase del procedimiento penal, que hasta dicho momento puede haberse dilatado en el tiempo. Sin embargo, el sistema protector que nuestro Derecho otorga a la víctima de un delito, se extiende desde los momentos inmediatamente posteriores a la iniciación del correspondiente procedimiento penal y hasta la sentencia.

A. Medidas cautelares que pueden adoptarse durante el procedimiento penal

Las medidas cautelares adoptables durante un procedimiento penal por maltratos encuentran su fundamento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) que señala como primer objetivo dentro del procedimiento penal, el “*de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas*”. A tal efecto podrán acordarse “*las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley*”.

Por esta razón, el [artículo 544 bis](#) prevé [medidas cautelares de contenido restrictivo de derechos para el presunto agresor](#), a adoptar por el juez o tribunal.

En los casos en que se investigue, entre otros, un delito que afecte a la vida, integridad física, sexual, moral o patrimonial de un mayor, el juez podrá, cuando resulte estrictamente necesario a fin de garantizar la protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado alguna medida, hasta que se dicte sentencia:

- La prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia y otra entidad local o Comunidad Autónoma.
- La prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas.
- La prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa a determinadas personas.

En conclusión: las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y serán adoptadas por el juez de instrucción, atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

B. Las penas de no aproximación. Cómo actuar en caso de incumplimiento

Si una sentencia judicial declara la existencia de un delito, dicha sentencia puede recoger, además de la correspondiente pena privativa de libertad o pecuniaria, [diversas prohibiciones que no ostentan ya el carácter de medida cautelar, sino de auténtica pena](#), como es la orden de alejamiento.

El fundamento de las penas de no aproximación (orden de alejamiento) aparece en el Código Penal, el cual establece que en determinados delitos, los jueces o tribunales podrán acordar en sus sentencias la imposición de uno o varias de las prohibiciones de aproximación física. En todo caso, son aspectos destacables:

- a) Es importante destacar que si la víctima fuera, entre otros, un ascendiente o persona especialmente vulnerable, como puede considerarse una persona con cierto grado de dependencia, el juez deberá imponer la medida de [prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal](#).

- b) En caso de incumplimiento de la pena de no aproximación, si se vuelve a producir otro delito contra la víctima, el agresor habrá de ser castigado según lo previsto en el artículo 153 del Código Penal, en su mitad superior: podrá comprender la condena con pena privativa de libertad por una duración de cinco años para el caso de que se produzcan lesiones a la víctima.

7.- Papel del Ministerio Fiscal

El deber de protección por parte del Ministerio Fiscal parte de dos claras vertientes:

- a) De un lado, la Constitución española de 1978 recoge en su artículo 49: “Los Poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” .
- b) De otro, el artículo 124 de la CE que atribuye al Ministerio Fiscal promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

El desempeño de dicho cargo conlleva una serie de funciones:

- Dentro de un proceso penal referido a malos tratos a una persona con mayor o con algún tipo de dependencia, el Ministerio Fiscal puede intervenir en el mismo, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.
- **El Ministerio Fiscal**, regulado en nuestro país como una institución que actúa en defensa de la legalidad, tiene además en nuestra legislación un **papel relevante en la protección o defensa de las personas en situación de dependencia en los casos en que no existiera otra denuncia previa**. De este modo, el Ministerio Fiscal podrá,

tal como se recoge en su Estatuto Orgánico, “*visitar en cualquier momento los centros de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente*”.

- **El fiscal puede recibir denuncias**, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.
- El fiscal para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, **puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar la detención preventiva**.
- **Todas las diligencias practicadas o que se lleven a cabo bajo la dirección del Ministerio Fiscal, gozan de presunción de autenticidad. El fiscal tomará declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas**. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del fiscal general del Estado.
- El fiscal, conforme a su criterio, va a solicitar del juzgado, en su caso, para proteger a la víctima y a su entorno de la actuación de la persona agresora o de posibles riesgos futuros, la adopción de **medidas penales** (orden de alejamiento, prohibición de comunicación) y **civiles** (separación provisional, atribución de la vivienda familiar, fijación de alimentos para los hijos o la persona agredida, suspensión del régimen de convivencia con los hijos, etc.).
- El fiscal en el proceso penal además de **instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de**

los hechos, ha de velar por el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas, y si estas no se cumplen podrá incluso pedir la privación de libertad de quien así haya obrado. También podrá **ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas**.

Toma de decisiones difíciles



CONTENIDOS

1.- Consentimiento informado

2.- Decisiones sobre nutrición

3.- La eutanasia

a) Tipos

- 1) Eutanasia activa directa
- 2) Eutanasia activa indirecta
- 3) Eutanasia pasiva

b) Regulación actual, casos y tratamiento jurisprudencial

- 1) Inducción al suicidio
- 2) Cooperación al suicidio
- 3) Cooperación ejecutiva al suicidio
- 4) Eutanasia

Resumen de los principales puntos del tema

1. Consentimiento informado:

es definido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. La Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente materializa el derecho de este a tomar decisiones libremente y el deber de los facultativos de proporcionar la información necesaria. El consentimiento informado debe ser valorado en función de la circunstancia del caso concreto, pudiendo llegar a darse causas que limitan el alcance del mismo.

2. Decisiones sobre nutrición:

el deterioro cognitivo que produce el Alzheimer provoca alteraciones en los hábitos alimenticios, lo que da lugar a que se tengan que usar cuidados paliativos, destinados a mejorar la calidad de vida del paciente y a sobrellevar la enfermedad.

3. Tipos de eutanasia:

la eutanasia puede ser activa o pasiva. La primera supone comportamientos activos tendentes a producir la muerte de una persona gravemente enferma; asimismo, la activa indirecta implica acciones tendentes a mitigar el dolor del paciente que generarán un acortamiento en la vida del mismo. La pasiva sucede en enfermedades donde ya no cabe mejoría o el paciente vive a través de métodos artificiales y se decide interrumpir el funcionamiento de dichos métodos.

1.- Consentimiento informado

La autonomía en la toma de decisiones constituye una de las manifestaciones más importantes reconocidas a la persona como fórmula para garantizar su derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución española.

Una persona que no tiene autonomía para elegir, estará ejercitando su capacidad decisoria de forma restringida y, por lo tanto, no gozará plenamente de su derecho a la libertad.

Nuestra capacidad para decidir puede verse restringida por distintas circunstancias, tanto por causas exógenas como motivadas por la propia actuación del individuo; si bien una de las causas más habituales ajenas al individuo que pueden provocar la limitación de su capacidad decisoria suele ser la enfermedad.

La merma de salud, sumada al habitual desconocimiento del afectado acerca de las circunstancias que rodean la misma, hace necesario la intervención de profesionales cualificados: médicos (y otros profesionales de la salud en su labor de complementar su actuación) que actúen manteniendo informado al paciente con el fin de que comprenda su situación y las opciones de que dispone dentro del marco de la limitación que genera su pérdida de salud.

En el ámbito de este marco de referencia, fue aprobada la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la *Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica* (Ley de Autonomía del Paciente en adelante), como vehículo que materializa el derecho del paciente a tomar libremente decisiones y el deber de los facultativos a proporcionar la información necesaria para que ese consentimiento sea otorgado con plena consciencia de sus repercusiones.

Dicha norma pretende, en definitiva, garantizar que se proporcione toda la información necesaria al paciente para que pueda tomar decisiones sobre un ámbito que desconoce (el de la medicina), pero que puede tener repercusiones graves sobre su salud e integridad física. Dicha

Información debe ser, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo:



En la Ley de referencia se reconoce, como principio general e ineludible, que cualquier actuación en el ámbito sanitario debe sólo ser ejecutada, previa recepción de la información necesaria por parte del paciente, con el fin de que pueda otorgar su consentimiento.

La misma define el **consentimiento informado** como *"la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"*.

El derecho al consentimiento informado se recoge en el artículo 8 de esta Ley y su contenido recoge el derecho tanto a ser informado previamente a cualquier actuación en el ámbito de la salud, como a no serlo si ese fuera el deseo del paciente.

Tres elementos deben estar presentes en el procedimiento por el cual se otorga el consentimiento informado:

- **Voluntariedad:** la decisión final que implique someterse o no al tratamiento médico debe ser tomada por el propio paciente. Al margen de esta definición quedarían los supuestos donde

se haya forzado, manipulado o persuadido al paciente para que tome una decisión.

- **Información:** debe ser objetiva, veraz, comprensible y completa en cuanto a su contenido.
- **Comprensión:** hace referencia a la capacidad que tiene el paciente para entender la información proporcionada.

En palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 478/2009, de 30 de junio (JUR/2009/317382):

“Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

De la normativa y lo dispuesto por el Tribunal Supremo, se infieren varios caracteres básicos:

- Se debe proporcionar al paciente la información necesaria para que sea consciente de la intervención que se le va a practicar en el ámbito de la salud. En principio, la norma habla de *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente”*, por lo que no diferencia entre actuaciones que realmente pueden causar secuelas y aquellas de mero trámite, incluidas dentro del procedimiento habitual.
- Por lo que se refiere al **contenido** en sí de la información proporcionada, como mínimo deberá abarcar:
 - El diagnóstico de la enfermedad.
 - El pronóstico.
 - Posibles complicaciones, contraindicaciones o riesgos derivados de las circunstancias personales o profesionales del paciente y también los riesgos probables en condiciones

normales descritos por el estado de la ciencia y relacionados directamente con el tipo de intervención practicada.

- Las alternativas de las que dispone el paciente.

Ejercicio del derecho

Para recabar el consentimiento informado, existen diferentes procedimientos en función de la situación médica:

- El tipo de procedimiento que se siga dependerá evidentemente de la peligrosidad de la intervención sanitaria que se vaya a practicar sobre el paciente. Dado que el derecho a obtener información adecuada constituye un derecho genérico que abarca cualquier tipo de situación, la cantidad y calidad de formalidades a seguir variarán en función de la misma.

La información ha de ser proporcionada por el profesional que intervenga en la actividad asistencial. En este sentido, la persona obligada a proporcionar información será en cada momento el profesional que disponga de esa información dentro del ámbito de su cualificación, dado que la norma habla de profesional *“que aplique una técnica o procedimiento concreto”*. Es claro que dicha afirmación debe ser entendida conforme a las circunstancias de la práctica sanitaria. Lo normal será que sea el propio médico encargado de la intervención quien deba informar al paciente por conocer las circunstancias que rodean el caso (no obstante, otro profesional cualificado que se halle en condiciones de informar sobre las repercusiones de, supongamos, una operación quirúrgica, siempre que ostente la misma cualificación que su compañero, podrá realizar las labores previas de información al afectado, previo estudio de la historia clínica del paciente).

- Es evidente, que en primer término, la información debe ser suministrada al paciente. Sin embargo, podemos encontrarnos con el supuesto de que el mismo no se halle en condiciones de recibir esa información (por

no encontrarse consciente por ejemplo) o incluso de que no sea apto para valorar las repercusiones de la actuación que se le va a practicar (por estar dentro de los casos de minoría de edad o incapacitación). En estos casos, para la elección del destinatario debería estarse a las manifestaciones previas de voluntad que haya realizado el paciente mientras conservase sus facultades o bien, en caso de no existir las mismas, estar a los usos y costumbres o el orden lógico de preferencia, es decir, se informaría en primer término a la pareja de hecho o de derecho, ascendientes, descendientes, hermanos o incluso personas cercanas en caso de no existir los anteriores.

- Naturaleza verbal o escrita. Las formalidades exigidas para cumplir con el procedimiento para otorgar el consentimiento informado dependerán de, como ya apuntábamos, la intensidad de la intervención. No pueden exigirse el mismo rigor para curar un corte superficial que para realizar una operación quirúrgica.

El consentimiento otorgado por el interesado debe ser, en principio, y como norma general verbal, según reconoce el artículo 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente. No obstante, cuando la intervención comporte potencial o realmente, un grave riesgo para la salud, el consentimiento deberá ser prestado por escrito. La norma se refiere, a título ejemplificativo, a casos como puede ser una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores de previsible repercusión negativa. En este sentido, la constancia por escrito de la información tiene relevancia a efectos puramente probatorios. Es decir, si a pesar de que existiera obligación de que quedara constancia escrita, la información se proporcionó oralmente y ello es probado, se considerará cumplido el trámite. Por el contrario, aun existiendo constancia escrita firmada por el paciente de que fue informado sobre los riesgos de la operación, si el mismo consigue desvirtuar la carga de la prueba demostrando la falta de pertinencia de los datos ofrecidos quedará destruida la presunción.

- Nuestra jurisprudencia ha venido diferenciando el contenido de la obligación de información, según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva:

- a) En medicina curativa no es necesario informar detalladamente acerca de riesgos que no tengan *“un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”* (SS, 17 de abril de 2007 [RJ 2007, 2322]; 30 de abril de 2007 [RJ 2007, 2397]).
- b) En la medicina satisfactiva (dice el Tribunal Supremo), *“la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa”* (STS núm. 943/2008, de 23 octubre y 22 de noviembre de 2007).

En conclusión, se trata de dar la información mínima suficiente para adoptar una decisión libre y consciente sobre la intervención prevista. Según el TS: *“No cabe olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y un padecimiento innecesario para el enfermo. [...] Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica”*.

Límites al consentimiento informado

La pertinencia del consentimiento informado debe ser valorado en función de las circunstancias del caso concreto, pudiendo llegar a darse una serie de causas que limiten el alcance del mismo y que

tienen su reconocimiento en la Ley de Autonomía del Paciente.

Si declamos que la información suministrada al paciente tiene que cumplir una serie de condiciones (ser completa, veraz, comprensible), con el fin de asegurar que el consentimiento es prestado libre y conscientemente, en aquellos casos en que se den causas que restrinjan la libre prestación del mismo, como el supuesto de menores no emancipados o incapacitados, dicho concepto deberá ser interpretado dentro de las restricciones que el hecho impone.

En principio, el único titular de la potestad para firmar el consentimiento informado, en caso de que este sea escrito, corresponde al propio paciente. Sin embargo, cuando este se halle incapacitado, será prestado por el cónyuge, pareja de hecho o familiares, teniendo preferencia el grado más próximo sobre el lejano.

Consecuentemente cuando nos encontremos en presencia de un menor o de personas que hayan sido incapacitadas o, aun no habiendo sido cumplido, el procedimiento formal de incapacitación, tengan sus capacidades de comprensión mermadas, habrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- La falta de capacidad legal para prestar consentimiento válidamente aceptado en Derecho implica la necesaria utilización de la figura del tutor o representante legal (con excepciones como la del régimen catalán). La información que le traslade o no su representante legal, no priva de eficacia el consentimiento otorgado por el mismo, según ha reconocido nuestro Tribunal Supremo (sentencia de 2 de noviembre de 2007 R.J.2008\731). Si bien, ello no debe ser óbice para que el médico informe al paciente en los mejores términos posibles que le permitan al paciente menor o incapaz entender en términos comprensibles el alcance de la operación que se le va a practicar, máxime si la intervención implica grave riesgo para la salud y manifestar su opinión para que sea tenida en cuenta y valorada. No sólo es un deber derivado del ejercicio coherente y lógico de la profesión, sino

un requerimiento ético exigible que garantiza la relación de confianza entre médico y paciente.

- Podría darse igualmente el caso donde nos encontráramos que sin contar con una resolución judicial de incapacitación, la persona presente cuadros avanzados de demencia senil, enfermedades crónicas degenerativas o clara dificultad de discernimiento. En todos estos supuestos, el médico debe apreciar la aptitud del paciente para la coherente toma de decisiones y adoptar las medidas que estime oportunas en atención a garantizar la colmatación del deber de información.

Como ya apuntábamos, una interpretación excesivamente estricta de la norma no puede llevar a entorpecer la práctica asistencial e impedir el fin último del tratamiento médico, como es la recuperación de la salud. Sin salud, de nada sirve la relevancia del consentimiento expresado de forma libre, por lo que el consentimiento informado debe ser interpretado siempre en consonancia con el derecho a la vida y la integridad física. Consecuentemente, en casos de urgencia extrema o de riesgo inmediato para la vida, donde el consentimiento no pueda ser recabado del afectado, ni fuera posible contactar con familiares o allegados dentro del tiempo razonable que permita salvaguardar la integridad física, el médico deberá obrar en conciencia y adoptar la decisión más beneficiosa para la integridad física y moral de su paciente en función de la información disponible en ese instante.

En definitiva, se trata de garantizar la dignidad de la persona de una forma que el respeto a la misma pueda ser compatible con la toma de decisiones difíciles en el ámbito de situaciones que restringen la personalidad del afectado.

Delimitación entre responsabilidad por negligencia y por no informar

El cumplimiento de los requerimientos impuestos por el consentimiento informado no impone al paciente la asunción de los riesgos que se pudieran derivar de una intervención sanitaria negligente o inapropiada, ni exime al facultativo de la responsabilidad derivada.

El consentimiento informado constituye un aspecto independiente de una posible actuación médica negligente que produjera daños en el paciente. Si bien, para que se pueda exigir responsabilidad por la falta de información proporcionada, será requisito indispensable que se produzca un daño asociado a la técnica médica aplicada. Ello quiere decir que podría darse el supuesto en el que habiendo el profesional operado de forma diligente en la aplicación de una determinada técnica sanitaria, se hubiera producido un daño inevitable asociado a dicha actuación, por el cual el profesional no responderá. Sin embargo, si en este último caso no hubiera cumplido con su deber de información, se generará responsabilidad derivada de la falta de cumplimiento de deber de informar adecuadamente.

Libertad de revocación

El consentimiento informado es libremente revocable en cualquier momento por el paciente. Puesto que constituye la expresión de su voluntad y esta puede cambiar en función de las circunstancias y sus juicios de valor; dispondrá en todo caso de libertad para modificar el consentimiento otorgado.

Riesgo para la salud pública

La propia Ley admite la posibilidad de limitar este derecho cuando exista un estado de necesidad terapéutica acreditado. Se trata de situaciones excepcionales, como enfermedades altamente contagiosas y peligrosas que obligan al personal médico de las Administraciones a adoptar una serie de medidas proporcionales con la gravedad del supuesto, que permiten restringir los derechos del paciente o grupo de pacientes que puedan poner en riesgo la salud de la población.

En estos casos, se faculta al médico a no ejercitar su deber de informar antes de la aplicación del tratamiento siempre y cuando se cumplan una serie de presupuestos:

- Existencia un estado de necesidad acreditado. El mismo se produce cuando existan razones sanitarias de urgente necesidad.

- Concurrir razones objetivas que indiquen que el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar la salud del paciente de manera grave.

Cuando estos dos presupuestos se dieran, deben cumplirse unas formalidades que justifiquen la decisión médica de no informar:

- El médico deberá dejar constancia de las circunstancias que le han llevado a adoptar la decisión. Se hará de forma motivada y de acuerdo con el historial clínico.
- Comunicación a los familiares o personas vinculadas en su defecto.
- Comunicación a la autoridad judicial competente en el plazo máximo de 24 horas, cuando la medida consista en el internamiento forzoso de la persona.

Se trata, en definitiva, de adoptar medidas preventivas que permitan minimizar el riesgo generalizado de contagio y el agravamiento de la situación de los pacientes ya ingresados, con medidas que pueden ir desde el simple sometimiento a un reconocimiento hasta medidas más restrictivas como la obligatoria hospitalización o la adopción de las medidas de control que se estimaran coherentes con el cumplimiento del fin que se pretende alcanzar.

2.- Decisiones sobre nutrición

El Alzheimer es una enfermedad neurodegenerativa que se caracteriza por provocar una disminución neuronal progresiva y la atrofia de determinados compartimentos cerebrales que devienen en la pérdida de la memoria.

Este deterioro cognitivo tiene como consecuencia la alteración de la percepción de las personas afectadas por el mismo, provocando alteraciones en los hábitos alimenticios y casos de rechazo a la ingesta de alimentos que se manifiestan junto con cuadros de apraxia y agnosia. La situación descrita lleva aparejada en ocasiones diagnósticos de malnutrición, anorexia, debilidad y otros problemas relacionados con la falta de ingesta, que asociados en la mayoría de las

ocasiones a edades avanzadas, constituyen un grave riesgo para la salud.

El papel de los familiares y cuidadores ante la situación descrita es fundamental, ya que pueden contribuir a la pronta detección de estas situaciones y colaborar con los profesionales sanitarios en su tratamiento, llegando incluso a la utilización de sondas nasogástricas o a la realización de gastrostomías, cuando se diera la negativa del paciente a llevar a cabo de motu propio la ingesta de alimentos.

Dentro de este marco de referencia cobran gran importancia la utilización de los llamados cuidados paliativos, los cuales pueden ser entendidos como tratamientos activos no tendentes a mejorar el estado de salud sino que alivian síntomas físicos o psíquicos del paciente y, por extensión, de sus familiares dentro de situaciones concretas de enfermedad.

La Organización Mundial de la Salud entiende que constituyen el “enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales”.

La definición se completa en la Estrategia Nacional de Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud mediante la enumeración de los siguientes principios:

- Proporcionar alivio del dolor y otros síntomas.
- Afirmar la vida y considerar la muerte como un proceso normal.

- No intentar acelerar ni retrasar la muerte.
- Integrar los aspectos espirituales y psicológicos del cuidado del paciente.
- Ofrecer un sistema de soporte como ayuda a los pacientes para vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte.
- Ofrecer un sistema de soporte como ayuda a la familia para adaptarse durante la enfermedad del paciente y en el duelo.
- Utilizar una aproximación de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluyendo soporte emocional en el duelo, cuando esté indicado.
- Mejorar la calidad de vida y también influenciar positivamente en el curso de la enfermedad.
- Son aplicables de forma precoz en el curso de la enfermedad, en conjunción con otros tratamientos que pueden prolongar la vida, tales como quimioterapia o radioterapia, e incluyen aquellas investigaciones necesarias para comprender mejor y manejar situaciones clínicas complejas.

La cuestión no es baladí. A las dificultades asociadas a la pérdida de salud de los pacientes aquejados de enfermedades neurodegenerativas, se añade la carga física y psicológica que tanto para el paciente como para sus familiares supone asumir procesos irreversibles que generan la pérdida de salud, así como el gasto de tiempo y económico que los mismos suponen.

La necesidad de conservar la fortaleza moral y física (en la medida de lo posible) durante el trance, hace nacer la obligación moral y profesional de prestar una serie de cuidados que, si bien, no van a devenir en una mejoría de la salud del paciente, contribuyen a salvaguardar la dignidad humana y permiten al afectado y sus familiares sobrellevar la situación.

Este hecho ha tenido su reflejo a nivel europeo en una Recomendación y una Resolución que aconsejan a los Estados salvaguardar el derecho de las personas a recibir atención al final de su vida:

- Recomendación 779 de 1976 donde se conmina al médico a procurar cuidados que alivien el sufrimiento del enfermo.
- Resolución (1995) sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea, donde se solicita a los Estados que concedan preferencia a la creación de establecimientos de cuidados paliativos.

Más recientemente, dichos documentos se han visto reforzados por dos nuevas Recomendaciones en 1999 y 2003, que apostaban por la introducción de los cuidados paliativos como un derecho más del paciente:

- Recomendación 1418 (1999), del Consejo de Europa.
- Recomendación 24 (2003), del Comité de Ministros.

Ambas coinciden en la necesidad de valorar la proporcionalidad de las medidas a adoptar en función de las circunstancias concretas a la luz del alivio que vayan a suponer para el paciente. Se tenderá a buscar la estabilización del dolor del paciente y hacerlo desaparecer si ello fuera posible, proporcionando apoyo emocional y calor humano. En todo caso, procede averiguar la conveniencia de las medidas adoptadas conforme a los beneficios reportados al paciente de forma que permita realizar un juicio de valor adecuado.

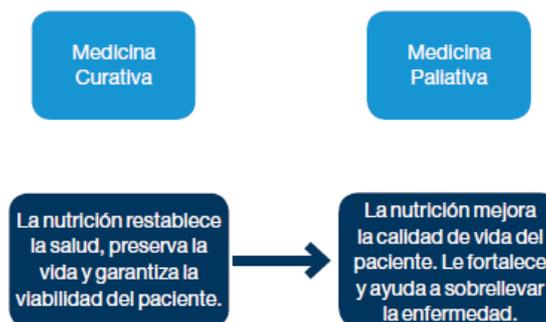
Sin embargo, cuando se trata de nutrición e hidratación, entramos en una delgada línea de contornos difusos que nos dificulta discernir con claridad en qué momento el hecho de alimentar a alguien puede pasar de ser un deber moral o una obligación institucional a suponer una medida inútil que prolongue la agonía del enfermo.

Es constructivo partir de una idea básica, como es el hecho de que cualquier médico estaría obligado a proporcionar alimento a una persona cuyo único mal fuera estar aquejado de un cuadro de desnutrición por la razón que fuera, de tal forma que ello permitiera la recuperación de la salud y continuar al paciente con su vida cotidiana.

En este sentido, resulta evidente, como se ha reconocido por el Tribunal Constitucional, la obligación de la Administración de preservar la vida de personas sujetas a una relación de sujeción especial cuando exista auténtico riesgo de muerte (STC 120/1990, de 27 de Junio, RTC 1990/120 y 11/1991, TRC/ 1991/11 a propósito de un supuesto de huelga de hambre entre reclusos). El mismo llegó a reconocer que la *“libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del artículo 17.1 CE”*.

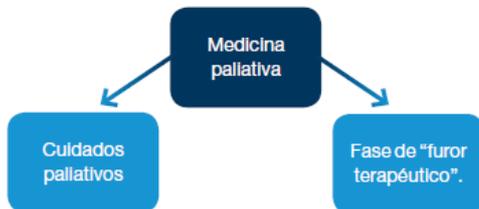
Pero la cuestión se complica cuando de administrados con plenitud de facultades y de derechos se refiere. En este sentido, el deber de la Administración de preservar la vida e integridad física choca contra la propia autonomía y libertad del individuo.

Consecuentemente existen dos momentos claramente diferenciados:



No obstante, si el límite entre medicina curativa y la puramente paliativa, puede estar más o menos claro, sin perjuicio de las dificultades del caso concreto y partiendo de la base de que la ciencia médica no todo lo conoce, ni su entendimiento es universal, dentro de la fase de medicina paliativa, surge la controversia entre quienes consideran que cuando ya no cabe tratamiento que restablezca la salud todo es medicina paliativa y aquellos que ponen un límite entre lo que sería el tratamiento paliativo y una tercera fase donde los tratamientos que se vayan a aplicar ni contribuyen al restablecimiento de la salud, ni mejoran la

calidad de vida del paciente, sino que, por el contrario, suponen un alargamiento artificial de la vida.

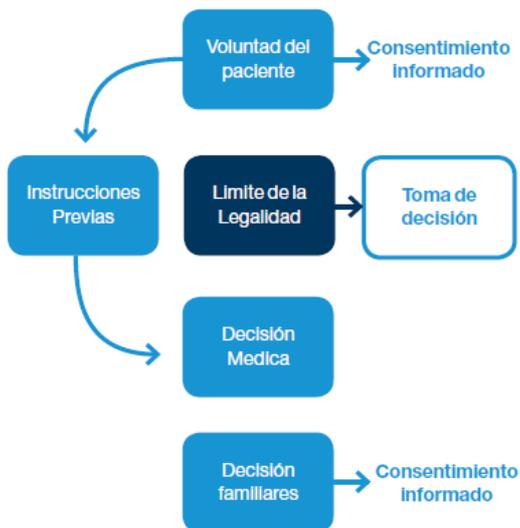


Esta tercera fase ha recibido múltiples denominaciones por la literatura médica, pero quizá la que representa mejor todas ellas es lo que se ha llamado la fase de "furor terapéutico", entendiendo por tal aquella en que bien por decisión médica, bien por decisión de los familiares, se prorroga la vida del paciente que sin posibilidad de mejorar su estado, se encuentra sometido a graves padecimientos sin que el tratamiento implique incremento de su calidad de vida.

Si profundizamos en el concepto, es importante señalar que la controversia surge en aquellos casos donde el paciente se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad libremente, bien fuera por encontrarse en coma o por haber perdido la capacidad para razonar y ser consciente de su situación. El respeto a la autonomía del paciente debe prevalecer siempre que ello fuera posible, por lo que habrá que atender a otros elementos de juicio que permitan respetar la misma, a través de, por ejemplo, las instrucciones previas. No obstante, como ya habíamos apuntado, la misma se respetará siempre que no fuera contraria a la Ley, hecho que debemos enlazar con el problema ético y jurídico que constituye la eutanasia y que luego expondremos. Es decir, en qué momento la decisión del médico de no seguir suministrando asistencia u optar por retirar la alimentación artificial al paciente por el que ya nada puede hacerse constituye un caso de eutanasia pasiva o simplemente el respeto de la libertad a una muerte digna.

Ciertamente la cuestión no es pacífica cuando el principal interesado no puede manifestar su voluntad, puesto que su vida y el sufrimiento

al que durante la misma se vea sometido van a depender de la decisión de un tercero, ya sea un familiar o el profesional competente. En estos casos, cobra gran relevancia la opinión experimentada del médico, que deberá informar de forma completa a los familiares conforme a los parámetros expuestos en el apartado referido al consentimiento informado, con el fin de que los mismos tengan todos los datos necesarios que les permitan adoptar una decisión responsable y consciente de sus repercusiones a la luz de las alternativas posibles.



3.- La eutanasia

Nuestra Constitución dicta en su artículo 15: *"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"*.

La protección de la más alta norma de nuestro ordenamiento sobre la vida es clara, sin embargo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, este derecho del individuo, no implica por extensión el derecho a disponer libremente de su vida. Por otro lado, aun no teniendo el titular

del derecho libertad para disponer de su vida, el ordenamiento tampoco ha querido penalizar el suicidio por razones sociopolíticas que ahora no procede analizar. Es evidente que no se puede castigar directamente a aquel que consigue su propósito de quitarse la vida, pero tampoco resulta coherente con los principios del Derecho penal el castigo de las tentativas inacabadas.

Así, la eutanasia se ha venido entendiendo como el comportamiento por el cual un sujeto ayuda a morir a otro que previamente le ha expresado libremente su deseo de hacerlo y solicitado su asistencia por no tener la capacidad física de ejecutar el mismo, cuando este estuviera sufriendo graves padecimientos o se encontrara al final de su vida. Sin duda, este concepto no es único e inamovible, puesto que se haya en continua reinterpretación. Lo que parece más o menos aceptado es que cuando hablamos de eutanasia, nos estamos refiriendo al hecho de que un individuo desea morir y como no puede conseguir su objetivo por sí mismo, para ello requiere de la asistencia de otra persona que actúa respondiendo a la voluntad del propio afectado, por motivos en principio plausibles.

La autonomía del individuo debe ser respetada como manifestación de su derecho a decidir libremente, sin embargo, cuando del bien jurídico vida se trata, esta libertad para tomar libremente decisiones acerca de su futuro se encuentra acotada por el respeto a la Ley y las limitaciones que la misma establezca.

En este sentido, nuestro Código Penal vigente ha optado por tipificar tres conductas:

- Inducción al suicidio.
- Cooperación necesaria.
- Cooperación ejecutiva (siendo la eutanasia un tipo atenuado de las dos últimas).

No obstante, la parquedad del artículo 143 a la hora de positivizar aquellos comportamientos de asistencia a la persona que ha optado por poner fin a su vida, ha hecho que la doctrina haya escrito ríos de tinta con el fin de trazar los límites del precepto, analizándose en el proceso todos los posibles escenarios y la idoneidad de sancionar

las conductas que se den en los mismos. Ello ha hecho que sin perjuicio de las conductas que hemos descrito como típicas y que más adelante desarrollaremos, podamos distinguir entre los diferentes tipos de eutanasia que se han descrito, aunque como ya adelantamos, el único hecho cierto sobre el que parece haber consenso es que el término proviene del griego eu (bien) tanatos (muerte), pudiendo traducirse como “buena muerte”. Por lo tanto, el contenido del mismo y los casos en los que debe ser perseguido no constituye una cuestión pacífica.

Tipos

Dentro de las distintas modalidades que pueden presentarse en este ámbito, podríamos establecer una diferencia general, distinguiendo claramente entre acciones tendentes a producir la muerte (eutanasia activa) y las basadas en un comportamiento omisivo frente a la posibilidad de interrumpir el curso natural de las cosas (eutanasia pasiva). A partir de esta distinción genérica, se han descrito las siguientes modalidades:

Eutanasia activa directa

Es la conducta descrita en el artículo 143.4 Código Penal o lo que se conoce en el mismo como eutanasia estrictu sensu. Es decir, llevar a cabo comportamientos activos tendentes a producir la muerte de una persona gravemente enferma o con padecimientos insufribles que previamente haya manifestado su decisión de morir.

Eutanasia activa indirecta

Se refiere a aquellas acciones tendentes a mitigar el dolor del paciente suministrándole fármacos (generalmente opiáceos) que generarán un acortamiento de su vida. En este caso, el legislador ha querido que la conducta fuera impune dado que nos encontramos en un supuesto donde choca el mismo derecho a la vida y el deber del profesional médico de conservarla, contra su deber de respetar la libertad del paciente, conseguir el bienestar del enfermo y no emprender acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas.

Eutanasia pasiva

Nos encontramos con el supuesto donde el médico no inicia un determinado tratamiento terapéutico cuando ha quedado constatado que se trata de una enfermedad frente a la cual no cabe mejoría. También abarca aquellos supuestos donde se mantiene la vida del paciente por métodos artificiales, ya sea a través de nutrición e hidratación asistida o con mecanismos de respiración artificial, y se decide interrumpir el mismo.

Regulación actual, casos y tratamiento jurisprudencial

Como ya adelantábamos en relación con el suicidio de una persona, ya sea con ayuda de otra por no poder valerse por sí misma o por acción propia, el Código Penal sólo persigue tres conductas que pasamos a detallar a continuación. De ellas, la primera, sólo la primera, no respeta la autonomía de la voluntad de la víctima.

Inducción al suicidio

“El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.”

Se trata del supuesto en que una persona convence intencionadamente a otra de tomar la decisión de suicidarse.

El caso paradigmático que se suele utilizar por la doctrina es el del *“doble suicidio por amor”*, entendido como el supuesto donde dos amantes acuerdan suicidarse por la imposibilidad de llevar a cabo su amor y uno de ellos sobrevive. El ordenamiento prescribe castigo penal para el amante superviviente por haber llevado al otro a tomar la decisión de acabar con su existencia con medios activos y de forma intencionada, es decir, requiere dolo para ser enmarcado dentro de este tipo penal.

Sin embargo, para que se trate de inducción y no de autoría mediata, ambos deben tener clara voluntad de cumplir el pacto, ya que si el superviviente no quiso suicidarse desde el principio (y engañó al segundo como forma de romper

la relación), la voluntad del difunto amante se encontraría viciada por no conocer toda la verdad.

Debe matizarse que la decisión ha de ser tomada por el suicida como consecuencia de la acción del inductor, ya que si dicha decisión ya había sido tomada con anterioridad, no se habrá cumplido el tipo penal.

Cooperación al suicidio

Según el artículo 143.2 del Código Penal: *“Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”*.

Se castiga en esta ocasión la conducta consistente en cooperar al suicidio de una persona con actos necesarios, es decir, que de no haber mediado la intervención del cooperador, el suicida no podría haber ejecutado la acción.

El ejemplo típico viene representado por el acto de facilitar el arma o instrumento con el que el suicida ejecutará su decisión. Más discutido por la doctrina es el hecho de que pueda cumplirse el tipo penal por omisión, es decir, aquella persona que teniendo un deber de garante, lo incumple a sabiendas del resultado que puede provocar su actitud, produciéndose finalmente la muerte. Es el supuesto donde, por ejemplo, la persona que tuviera el deber de custodiar la llave de acceso a una azotea o de una armería, olvida intencionadamente la misma, sabiendo que el suicida usará de su descuido intencionado para acceder a la posibilidad de ejecutar su voluntad, que de otra forma no hubiera podido ejercitar, sin la actuación del cooperador.

Igualmente nos encontraríamos ante un caso de cooperación necesaria en el caso de que por su profesión, el cooperador, teniendo el deber de vigilancia o de cuidado sobre el suicida, **no impide** que el suicida ejecute el mismo cuando ello le fuera posible. Es, por ejemplo, el caso de un celador de un centro psiquiátrico o de un policía que custodia presos que, presenciando la situación, no interviene o permite el acceso al instrumento que sabe que causará el óbito.

La Audiencia Provincial de Girona en su sentencia núm. 184/2001, de 23 de marzo, referida a un supuesto donde un marido se limitó a abrir la llave del gas de la bombona donde previamente su esposa había conectado una manguera que dirigió a una bolsa de plástico que se enroscó posteriormente en la cabeza, produciéndose la muerte como resultado, rechazó la posibilidad de poder cumplirse el tipo del artículo 143.2 (cooperación necesaria al suicidio) por omisión. Entendió que *“como es obvio, una responsabilidad por una omisión, ha de cumplirse no sólo con las exigencias del correspondiente tipo de la parte especial, sino también con las del artículo 11 del CP”*. Dicho artículo dispone la necesaria concurrencia de dos requisitos para habilitar la equiparación de la omisión con la causación del resultado, como son:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. Esto es, exista una posición de garante.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La misma sentencia concreta que una vez acreditada la posición de garante, *“esto es, que tiene la obligación jurídica de actuar, se ha de establecer si el autor **estaba en condiciones de cumplir la acción mandada y si sabía cuál era dicha acción y se ha de valorar si esa acción de haberse llevado a cabo, **habría impedido el resultado.**** Estas y otras exigencias de los delitos de omisión impiden que se puedan considerar homogéneos el delito de acción con el correspondiente delito de omisión. Acción y omisión son completamente distintos”*.

Sobre todo, cuando de casos de eutanasia se trata, como luego veremos, se incluiría dentro de este tipo el supuesto donde se proporciona un vaso con veneno, si bien la pena se atenúa al cumplirse los requisitos del artículo 143.4 del CP. Si dichos requisitos no se cumplieran, estaríamos frente a un caso de cooperación necesaria en sentido estricto.

Si por el contrario, el sujeto no tuviera el deber de garante, pero frente a una situación donde

pudiendo evitar el suicidio, no lo hiciera, podríamos estar ante un supuesto de omisión del deber de socorro. Lo cual, sin embargo, deberá valorarse en función de las circunstancias del supuesto concreto, ya que en todo caso, a nadie le sería exigible que arriesgara su propia vida, no teniendo el deber de hacerlo o evitar el deceso si ello implicara una obligación desproporcionada.

La falta de intención del cooperador necesario en casos de suicidio por omisión se ha castigado en ocasiones como delito de homicidio imprudente. Entendiendo Muñoz Conde que sería la calificación correcta para supuestos de autopuesta en peligro, como, por ejemplo, el rechazo de tratamientos vitales o de alimentación por parte de una persona anoréxica, cuando quien teniendo el deber de vigilancia no cumple con el mismo suponiendo ello un resultado de muerte.

Cita la STS de 8 julio de 1985 donde se calificó como homicidio por imprudencia, un caso donde el amigo de una chica que se suicidó y que convivía con ella, permaneció toda la noche sin pedir auxilio médico, ni socorrerla tras haber ingerido un producto tóxico, muriendo al día siguiente tras un agónico sufrimiento.

Al respecto, la jurisprudencia ha venido reconociendo que la convivencia hace nacer un deber jurídico de actuar, colocando en posición de garante a aquella persona que por relación de hecho o de derecho convive con otra.

A propósito de los casos específicos de huelgas de hambre, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones (STC 120/1990 de junio, RTC/1990/120, STC núm. 11/1991 de 17 de enero) coincidiendo en que la autonomía de la voluntad del huelguista debe prevalecer hasta que su vida corra un grave riesgo, en cuyo momento primará el derecho a la vida y el deber de la Administración de preservarla, por lo menos en los casos en los que exista una relación de sujeción especial (establecimientos penitenciarios o psiquiátricos). En estos casos, la alimentación forzosa no sólo es lícita, sino que constituye una obligación del profesional que debe proporcionarla. Es por ello que la falta de asistencia médica en este supuesto, podría llevar

a calificar el delito, según algunos autores, como homicidio imprudente, puesto que una vez que el huelguista pierde la consciencia, no disponemos de la posibilidad de conocer su voluntad, lo cual, sumado al hecho de que lo que quiere es que se cumplan sus pretensiones y no de morir, podría llevar a mantener que no se conoce su voluntad de morir, la cual podría haber modificado a la vista de los últimos acontecimientos. En sentido contrario, se puede defender que si bien lo que quiere es ver cumplidas sus pretensiones, no le importa morir para llamar la atención sobre las mismas, siendo esa su voluntad.

Cooperación ejecutiva al suicidio

Según el artículo 143.3 del Código Penal: *“Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”.*

Se refiere el 143.3 a la realización de cualquier comportamiento que comprenda la ejecución de la muerte del suicida. Es decir, la muerte de aquella persona que ha manifestado su deseo de no seguir viviendo y que mantiene el control del resultado final.

La persona que ejecuta la acción, lo haría por motivos humanitarios o piadosos, para evitar el sufrimiento del primero, por lo que el ordenamiento prescribe una pena inferior respecto del tipo del homicidio.

En este caso, parece aceptada la posibilidad de que el tipo sea cumplido por omisión.

Así, la AP de Almería consideró como cooperación ejecutiva al suicidio, la conducta del acusado que, conociendo la voluntad del suicida de tomar la decisión fatal, cooperó con actos esenciales y necesarios, hasta el punto de causarle él mismo la muerte mediante asfixia, sin que la víctima se resistiera. Siendo seis años la pena finalmente impuesta por el tribunal.

Eutanasia

Según el artículo 143.4 del Código Penal: *“El que causare o cooperare activamente con actos*

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

Nada dice el 143 acerca de la denominación del supuesto regulado en su artículo cuarto. Únicamente prescribe un tipo atenuado respecto de los supuestos de los apartados segundo y tercero, esto es, respecto de la cooperación necesaria y la cooperación ejecutiva al suicidio.

El legislador ha querido aplicar una pena menor para los casos en los que habiendo una clara voluntad del suicida a morir, concurren estos requisitos:

- Petición expresa, seria e inequívoca de su deseo de morir.
- Concurrencia de enfermedad grave incurable o bien que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Si ambas circunstancias concurrieran, se entiende que se produce la llamada eutanasia, que no se encuentra exenta de polémica en cuanto a su tipificación como delito, ya que se considera por un amplio sector de la sociedad que dicho comportamiento debería estar exento de delito, por ser realizado por motivos humanitarios, dado que la mano que ejercita la actuación no es sino el vehículo que permite materializar la voluntad de la persona gravemente enferma, que solicita ayuda ante la imposibilidad de ejercitar ella mismo la acción. Nos encontramos sin duda ante supuestos donde se da una enfermedad de extrema gravedad, bien sea provocada por causas naturales o por motivos exógenos (un accidente de tráfico, por ejemplo), que imposibilita al enfermo a llevar a cabo su propio final.

Señala el precepto que la comisión del tipo depende de una cooperación activa y directa, por lo que se está reconociendo claramente la intención del legislador de proscribir la conocida

como eutanasia activa, dejando impunes lo que antes denominábamos como eutanasia pasiva, esto es, aquellos supuestos donde no se inicia un determinado tratamiento que únicamente permitiría prolongar artificialmente la vida, siendo seguro que el resultado final sería una muerte más o menos cercana. En este sentido, se ha venido aceptando que la misma sería aquella que se produjera en un período inferior a seis meses. No obstante, es un criterio puramente orientativo y debe atenderse en cada caso a las circunstancias particulares del supuesto de hecho.

Más complicado se presenta el hecho de discernir si desconectar un aparato que mantenga artificialmente la vida, debe considerarse supresión del tratamiento médico, eutanasia pasiva por tanto, en cuyo caso, la conducta no sería impune. Por el contrario, sería igualmente defendible, desde el punto de vista teórico, la posibilidad de ser considerada como una conducta activa, dado que requiere una conducta positiva (desconectar el aparato), eutanasia activa por consiguiente, debiendo ser proscrita en los términos antes descritos.

Sin duda, corresponde a nuestro Tribunal Supremo pronunciarse en este sentido, de tal suerte y manera que ante un hecho, frente al que como hemos analizado caben numerosas interpretaciones y no menos posiciones a nivel político y social, se produzca una manifestación clara e inequívoca que permita, conforme al principio de seguridad jurídica, conocer la respuesta que el ordenamiento provee para una determinada actuación.

Ante este marco de referencia, cabe hacer las siguientes precisiones:

- En primer lugar, en un campo de límites tan difusos y posturas tan encontradas, debe atenderse siempre a la voluntad del afectado, siempre que ello no estuviera reñido con el Ordenamiento jurídico. Dicha voluntad puede ser expresada directamente por el afectado o bien a través de instrumentos jurídicos como el documento de instrucciones previas. En el supuesto de que ello no fuera posible, como el caso Eluana Englaro nos ha mostrado, qué duda cabe que la decisión no deja de ser

controvertida como ya hemos indicado, ya que por una parte se puede defender que la voluntad de la víctima ya no puede ser conocida, al no existir documento que la exprese, pero por el otro, las manifestaciones verbales previas hechas por ella misma, sus convicciones éticas o religiosas o ambas al mismo tiempo y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivarse el conocimiento de sus deseos o lo que se conoce como *voluntad presunta*, la voluntad de sus padres en representación de la opción que consideran como más digna para su hija y los casos precedentes, donde enfermos imposibilitados para el libre desarrollo de su vida, han optado por tomar la difícil decisión, hacen que la opción no deba ser tomada sin antes valorar todos los elementos concurrentes en el supuesto específico.

- En el caso de personas cuya voluntad haya sido restringida por resolución judicial, internadas en centros especializados o con enfermedades mentales que limiten su discernimiento, es importante en todo momento respetar la autonomía de su voluntad a través de procedimientos donde se le dé audiencia y pueda manifestar su parecer, sin dejar de lado el hecho que supone la falta de capacidad para otorgar su consentimiento. La pregunta se torna complicada en estos casos, puesto que la decisión para expresar su voluntad en aquellos términos que permite la legalidad vigente, va a suponer la necesidad de que otra persona (su representante) pueda tomar una decisión que permita un acto de disposición sobre su vida. Y en caso de que ello no fuera posible, ¿no se estaría restringiendo desde un inicio su opción de elegir?, opción de la cual dispone cualquier persona antes de perder su consciencia y la capacidad de razonar.
- Desde otro punto de vista, no podemos olvidar que el artículo 197 del CP se refiere con el siguiente tenor literal: *“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado [...]”* al delito de tortura; esto quiere decir que el respeto a la vida, debe prevalecer sobre otros aspectos como la libre determinación por parte del sujeto a disponer de ella, como

ha reconocido el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando ello implique el mantenimiento artificial de la vida, sometiendo al individuo a un grave sufrimiento no justificado por el deber de cuidado, contraviniendo con ello su voluntad, cabría plantearse si estos casos que hemos denominado "*furor terapéutico*", no podrían ser considerados como un delito de tortura, cuando de mantener la vida artificialmente se tratara