

# SEGURIDAD DE PACIENTES Y SALUD MENTAL EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: APUNTES DESDE EL DERECHO SANITARIO PARA UNA REVISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO, LOS INTERNAMIENTOS Y TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS Y LA RESPUESTA A LAS CONDUCTAS AUTOLÍTICAS

Nuria María  
Garrido Cuenca

*Catedrática Derecho Administrativo  
Facultad Derecho Albacete*

## SUMARIO

**I. Introducción: las cuestiones que la salud mental de la infancia y la adolescencia plantean desde el punto de vista jurídico. II. El “mejor interés” o el “beneficio final” al cambio de paradigma por la autonomía personal como límite a las decisiones en materia de salud, ¿en todo caso? consentimiento informado y por representación en menores con enfermedad mental. ¿qué ha cambiado? 1. Un complejo panorama normativo en materia de menores necesitado de encaje con el nuevo arquetipo de la capacidad. 2. El paciente con problemas de salud mental, de nuevo una encrucijada para el profesional sanitario en materia de información y consentimiento. 3. Los problemas se complican: el menor/adolescente con problemas de salud mental, con discapacidad o no: ¿merecería una regulación específica? 4. Consentimiento por representación: el inalterado art. 9 Ley 41/2002. Facultades expresas de los profesionales sanitarios y su convivencia con el nuevo paradigma de la regulación de los apoyos a la discapacidad. 5. La interpretación por el Tribunal Supremo del nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad de la Ley 8/2021, en relación con trastornos mentales. III. Internamientos o tratamientos involuntarios: ¿Hacia dónde vamos? IV. Conductas autolíticas, en especial el suicidio: prevención, protocolos de seguridad y responsabilidad. V. Bibliografía.**

## RESUMEN

Este estudio parte de la dramática situación que reflejan los datos sobre enfermedad mental y suicidios en los jóvenes. Para abordar tres cuestiones clave: la necesaria reflexión sobre el consentimiento informado y por representación tras la Ley de apoyos a la discapacidad, la respuesta política y normativa a las conductas autolíticas y la modificación del art.763 LEC sobre internamientos o tratamientos involuntarios. Este análisis pretende aproximarse a las claves de esta problemática desde el enfoque que reclama la protección de la salud integral de los adolescentes, obligando a

futuras reformas normativas que se adecúen a la nueva realidad social y ayuden a las actuaciones de los profesionales sanitarios despejando el complejo legislativo actual.

## PALABRAS CLAVE

Salud mental, adolescencia, autolisis, suicidios, tratamientos involuntarios, internamientos forzados, consentimiento informado, discapacidad, seguridad del paciente.

**ABSTRACT**

*This study is based on the dramatic situation reflected by the data on mental illness and suicide in young people. To address three key issues: the necessary reflection on informed and representative consent after the Disability Support Law, the political and regulatory response to self-harming behavior and the modification of art.763 LEC on involuntary confinement or treatment. This analysis aims to approach the keys to this problem from the approach that calls for the protection of the comprehensive health of adolescents, forcing future regulatory reforms that adapt to the new social reality and help the actions of health professionals by clearing up the complex current legislative.*

**KEYWORDS**

*Mental health, adolescence, suicides, involuntary treatments, forced confinement, informed consent, disability, patient safety.*

## I. INTRODUCCIÓN: LAS CUESTIONES QUE LA SALUD MENTAL DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA PLANTEAN DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

De acuerdo con los datos de la OMS, en 2019, casi mil millones de personas –entre ellas un 14% de los adolescentes de todo el mundo– estaban afectadas por un trastorno mental. Los suicidios representaban más de una de cada 100 muertes y el 58% de ellos ocurrían antes de los 50 años de edad. Los trastornos mentales son la principal causa de discapacidad y son responsables de uno de cada seis años vividos con discapacidad. Las personas con trastornos mentales graves mueren de media de 10 a 20 años antes que la población general, la mayoría de las veces por enfermedades físicas prevenibles. Los abusos sexuales en la infancia y el acoso por intimidación son importantes causas de depresión. Las desigualdades sociales y económicas, las emergencias de salud pública, las guerras y las crisis climáticas se encuentran entre las amenazas estructurales para la salud mental presentes en todo el mundo. Estos datos se han visto agravados en el periodo postpandémico, hasta el punto que la depresión y la ansiedad aumentaron más de un 25% en el primer año de la pandemia solamente<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> OMS, *Informe Mundial sobre Salud Mental: transformar la salud mental para todos*, junio 2022, en línea en La OMS subraya la urgencia de transformar la salud mental y los cuidados conexos (who.int)

En este contexto, una de cada seis personas tiene entre 10 y 19 años de edad. La adolescencia es una etapa única y formativa, pero los cambios físicos, emocionales y sociales que se producen en este periodo convierten a la población adolescente en un sector especialmente vulnerable a problemas de salud mental. Protegerlos, promover en ellos el aprendizaje socioemocional y el bienestar psicológico, y garantizar que puedan acceder a una atención de salud mental son factores fundamentales para su salud y bienestar durante esos años y condicionantes para su futuro. Sin embargo, los datos revelan que uno de cada siete adolescentes en esa franja de edad (el 14%) padece algún trastorno mental<sup>2</sup>, sin que este reciba el reconocimiento y el tratamiento debidos. Especialmente preocupante es el número de casos con conducta suicida, que ha experimentado un acentuado crecimiento en el periodo 2012-2022 (1.921,3%), destacando el incremento producido en el periodo post-COVID-19, entre 2020 y 2022 (128%). La situación de crisis sanitaria producida por la pandemia ha supuesto una ampliación de los riesgos psicosociales (aislamiento, maltrato intrafamiliar, hacinamiento, abuso de las tecnologías, barreras asistenciales a la salud mental, pobreza...) que influyen en las conductas suicidas de niños, niñas o adolescentes<sup>3</sup>.

En los últimos años hemos asistido a la denuncia por parte de distintos colectivos e incluso de formaciones políticas de la escasez de recursos en salud mental y de psicólogos que existe en nuestro país. En esta carrera de fondo, donde no solo los fármacos son la solución, las alteraciones psicológicas y del estado de ánimo que ha provocado la pandemia han hecho revelar manifiestamente este déficit. El incremento de la presión asistencial está impidiendo un abordaje sanitario adecuado desde la sanidad pública ya sea en atención primaria, salud mental o psicología, echándose en falta equipos multidisciplinares liderados por profesionales de estas disciplinas que aborden de forma íntegra la salud adolescente.

En esta tesitura, a todos los niveles de gobierno nacional e internacional se está trabajando en estrategias que aborden la problemática, desde la Estrategia

<sup>2</sup> Institute of health Metrics and Evaluation. *Global Health Data Exchange (GHDx)*. Vid un planteamiento del problema en OMS, “Salud mental del adolescente. Datos y cifras”, Salud mental del adolescente (who.int)

<sup>3</sup> Fundación ANAR, “Estudio sobre Conducta Suicida y Salud Mental en la Infancia y la Adolescencia en España (2012-2022)”, diciembre 2022. Como señala la Fundación Entre 2012 y 2022, los casos atendidos en la Fundación ANAR por ideación suicida se han multiplicado por 23,7 y los intentos de suicidios por 25,9. <https://www.anar.org/estudio-anar-sobre-conducta-suicida-y-salud-mental-solo-el-44-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-con-conducta-suicida-ha-recibido-tratamiento-psicologico/>

española de Salud Mental 2022-2028, Estrategia de Salud Mental, basada en el consenso y la gobernanza multinivel, que plantea un nuevo enfoque de promoción de la salud mental que abarca la interacción con el entorno familiar y pone el foco en los derechos y autonomía del paciente, al Plan de acción de Salud Mental del Ministerio de Sanidad, dotado con 100 millones de euros para el periodo 2022 a 2024, que cuenta con seis líneas estratégicas y 44 acciones con sus respectivos indicadores para avanzar hacia la mejora de la calidad de la salud mental de las personas. El 7 de junio de 2023, la Comisión Europea adoptó la Comunicación sobre un enfoque global de la salud mental, que plantea un enfoque novedoso, orientado a la prevención y que plantea un abordaje integral de la salud mental, no limitado a la salud, implicando a otros ámbitos, como la educación, la digitalización, el empleo, la investigación, el desarrollo urbano, el medio ambiente y el clima.

Además, desde el punto de vista de la práctica clínica psiquiátrica, los profesionales están sometidos a enormes vicisitudes. Uno de los temas que más preocupa es el suicidio de los pacientes, ya no sólo dentro del ámbito hospitalario. Lo que plantea interrogantes desde el punto de vista jurídico, ligados a la responsabilidad médica, al nivel de intervención adecuado y protocolario, a las necesidades y modelos de información y consentimiento, e incluso a la licitud de medidas ablativas, donde despunta la delicada cuestión de los internamientos o tratamientos forzados. Todos ellos, temas clásicos en el derecho sanitario que se enfrentan a cambios trascendentales, a raíz de la aprobación en los últimos dos años de normas de gran enjundia y que plantean la necesidad de cambios de paradigma en algunas de estas cuestiones, desde el eje vector de la autonomía personal.

Por ello, pienso que debemos realizar un esfuerzo por el análisis de, al menos, tres cuestiones, directamente relacionadas con los adolescentes y la enfermedad mental:

El primero tiene que ver con la adaptación de los principios de “mejor interés” o el “beneficio final” al nuevo enfoque de la autonomía personal como límite las decisiones en materia de salud. Con dos cuestiones para la reflexión: el consentimiento informado y por representación en menores con enfermedad mental.

La respuesta normativa al incremento de las conductas autolíticas, en especial el suicidio: las nuevas políticas de prevención, la conformación de los protocolos de seguridad y el aquilatación del régimen de responsabilidad de los profesionales.

En fin, el *impasse* del momento actual en el cambio regulatorio que se está reclamando para los internamientos o tratamientos involuntarios. O, en otros términos, el debate sobre la modificación del art.763 LEC.

En este análisis pretendemos una mera aproximación que modestamente pretende anunciar las claves de esta problemática, sin perjuicio del análisis que cada una de ellas merece, en busca del necesario replanteamiento, también desde el punto de vista de política normativa, que reclama la salud integral de nuestros adolescentes. Nuevas normas que nos enfrentan a una nueva realidad social, un cambio de mentalidad y que obligarán a futuras reformas que afectarán al tratamiento del adolescente con problemas de salud mental, también desde el Derecho.

## II. DEL “MEJOR INTERÉS” O EL “BENEFICIO FINAL” AL CAMBIO DE PARADIGMA POR LA AUTONOMÍA PERSONAL COMO LÍMITE LAS DECISIONES EN MATERIA DE SALUD, ¿EN TODO CASO? CONSENTIMIENTO INFORMADO Y POR REPRESENTACIÓN EN MENORES CON ENFERMEDAD MENTAL. ¿QUÉ HA CAMBIADO?

### 1. Un complejo panorama normativo en materia de menores necesitado de encaje con el nuevo arquetipo de la capacidad

El paciente menor, y sobre todo el que se encuentra en la fase de transición hacia la edad adulta, el adolescente que la OMS define etariamente desde los 12 a los 19 años, es un paciente complejo, también para el Derecho. Por las razones antedichas, la complicación de la atención estrictamente sanitaria se ha ampliado en los últimos tiempos a raíz de nuevas normativas a nivel nacional e internacional que han ido moviendo el eje de la asistencia en muchos aspectos. Primero buscando la transversalidad de las especialidades médicas y segundo necesitando del conocimiento de la legislación sanitaria para garantizar el derecho a la información y el consentimiento como paso primero y esencial para la atención sociosanitaria. No menos relevante y demostrativo de la relevancia del derecho sanitario y la bioética para el profesional de la salud están siendo los cambios normativos en materias conexas que también debe conocer, al menos en sus rasgos esenciales, ligados a los nuevos modelos de familia, o los cambios de rol en algunos derechos especialmente conflictivos, donde confluyen normas relativas a la protección del menor, la violencia de género o vicaria, la atención social en colectivos de riesgo, la identidad de género o la transexualidad.

Aunque desde la perspectiva que analizamos, creo que una de las normas más relevantes en sí misma y por lo que puede -o debe- suponer en un cambio de paradigma respecto a la capacidad sanitaria es la Ley 8/2021, de 2 de junio, reguladora de los apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad de obrar.

La norma es fruto de la trasposición obligada del art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. El principio nuclear, que tampoco es nuevo, pero se hallaba huérfano de un reconocimiento legal explícito en nuestro Derecho, es que las personas con discapacidad tenían plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Ello supone una apuesta clara en el largo debate sobre si se debe priorizar la protección de estos para asegurar su bienestar (principio proteccionista o paternalista) o el pleno respeto a sus deseos y voluntades, aunque estos sean equivocados (máxima de la autonomía de la voluntad). Esto es, de un sistema normativo que pretendía “proteger de sí misma” a la persona con discapacidad a uno basado en fórmulas de acompañamiento que le permiten ser la protagonista de su propio proceso de decisión.

La nueva norma no supone por tanto un mero retoque cosmético, en un cambio de terminología que también era necesario (“incapacidad”, “incapacitación” o “modificación judicial de la capacidad”), sino una reforma de fondo de enorme calado: la capacidad de obrar como derecho de “todas las personas” y la titularidad del derecho a la toma de propias decisiones con respeto a sus deseos y preferencias, partiendo de la “dignidad” como principio rector de cualquier atención.

Tan claro como explícitamente refleja el nuevo art. 249 II Código civil: las personas que presten el apoyo a la persona con discapacidad “*deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias*” (...) y solo “*en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas*”. En este último caso, -esto es, cuando la mera asistencia en el proceso de toma de decisiones no baste-, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta “*la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de*

*tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*”.

Esto es:

1) La determinación del “interés superior objetivo” que ha venido rigiendo hasta la fecha, se sustituye por la “mejor interpretación posible de la voluntad” –“interés subjetivo de la voluntad y los deseos”-, incluso en casos excepcionales en los que la persona no pueda expresarla, y la preferencia de las medidas voluntarias sobre las judiciales.

2) La reforma ha seguido los criterios del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que interpreta el derecho a decidir como guía absoluta en las decisiones de la persona, que conlleva “el derecho a asumir riesgos y cometer sus propios errores”, el denominado “derecho a equivocarse”, especialmente aplicable en las enfermedades mentales<sup>4</sup>.

Bien es cierto que esta norma no ha afectado al núcleo duro de la regulación en materia de derechos sanitarios que, considerada como legislación especial, se mantiene en sus propios términos. El consentimiento informado y los internamientos forzados siguen sometidos a su normativa propia, limitándose el nuevo art. 287 CC a remitirse a su regulación especial. En concreto, la norma se limita a aclarar que la normativa reguladora del consentimiento informado es una legislación especial sujeta a reglas propias. Pero, como magníficamente ha advertido GONZÁLEZ CARRASCO<sup>5</sup>, deja empantanados los problemas de inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios ante los profundos cambios exigidos por el nuevo paradigma en materia de capacidad, amén de seguir pendientes las zonas grises que respecto a los menores (con o sin discapacidad) seguimos teniendo en nuestro ordenamiento y en la práctica clínica. Si a ello sumamos que un adolescente con una enfermedad mental puede estar en muchos casos necesitado de apoyos porque su trastorno sea incapacitante, el puzzle que debe componer el profesional que trata con él se nos antoja especialmente engorroso.

4 Muy interesante e instructiva es la “Guía en 100 preguntas para trabajadores, familias y usuarios, sobre Novedades de la Ley 8/2021, para personas con problemas de salud mental”, de María Jesús Germán Urdiola y José Fernández Iglesias, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021.

5 GONZÁLEZ CARRASCO, C., “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad” *Derecho Privado y Constitución*, nº 39, 2021, pp.213-247, texto completo en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3953801-gonzalez-carrasco.html>

En mi opinión, la reforma plantea un dilema esencial para el derecho sanitario del adolescente: hace convivir dos normativas que parten de principios opuestos, una anterior y especial, La Ley 41/2002 reflejo del principio de beneficencia y las leyes que plantean el principio del interés superior del menor, con otra especial, la Ley 8/2021, que cambia las reglas del juego para primar la autonomía de la voluntad en su máxima expresión, sin tener en cuenta que hay puntos de intersección que están llamados a ser solucionados con una reforma de la ley especial sanitaria, al menos en punto a la regulación de algunos de los aspectos del consentimiento informado.

## ***2. El paciente con problemas de salud mental, de nuevo en la encrucijada para el profesional sanitario en materia de información y consentimiento***

¿Puede ser un problema ante un paciente con problemas de salud mental, por su vulnerabilidad, por las propias peculiaridades de algunas enfermedades, es más, los añadidos cuando el paciente es menor? El Comité sobre derechos de las personas con discapacidad ha sido tajante al reclamar estas reformas al Estado español: “sin consentimiento no hay tratamiento”. Pero volvemos a la casilla de salida: ¿qué consentimiento? ¿hay algo que debe cambiar en la actuación profesional?

Tengamos en cuenta que la discapacidad por enfermedad mental se debe a alteraciones de la salud mental que pueden provocar diversas situaciones en las que el individuo tiene dificultad para controlarse sólo ante ciertas situaciones o momentos de su vida, y por ello puede necesitar tratamiento y seguimiento de un profesional, para poder normalizar su situación y recuperar sus capacidades<sup>6</sup>. Pero un trastorno o alteración mental no tiene por qué mermar la capacidad intelectual o el grado de cociente intelectual de la persona que la padece.

Pensando en esta concreta situación, hay que dotar al profesional de las herramientas necesarias para solventar el problema de la escala móvil de capacidad (como criterio subjetivo para determinar la capacidad real de prestar el consentimiento) en aquella franja de edad que va desde los 12 a los 18 años de edad, teniendo en cuenta que no sólo es la madurez el criterio, sino también la capacidad de comprensión y raciocinio que pueden estar alteradas

6 La discapacidad en el ámbito de la salud mental engloba un amplio espectro de trastornos o enfermedades: Ansiedad, depresión, esquizofrenia, ludopatías o incluso adicciones con o sin sustancia, síndrome de Burnout, Trastorno Límite de Personalidad, Trastorno Obsesivo Compulsivo (TOC), Trastorno bipolar, Trastorno por estrés postraumático, trastornos alimentarios.

por este tipo de enfermedades. Queremos decir con ello que, aunque la norma especial sanitaria sobre consentimiento permanezca inalterada, la regla general sobre la capacidad para prestarlo de acuerdo con la Ley de Apoyos deberá ser tenida en cuenta por el profesional. En algunos casos, quizás en la mayoría, la solución final podrá ser idéntica, pero el protocolo de actuación no es exactamente el mismo.

En la encrucijada actual, ante situaciones similares en el fondo (menor, menor con o sin discapacidad mental, menor con problemas de salud mental) el profesional deberá buscar qué norma de las posibles ampara su actuación o le requiere solicitar un consentimiento de una forma o de otra, o saber quién será el representante, si necesita o no buscar apoyos.... No cabe duda de que los problemas de carácter especialmente interpretativo y lagunas sobre las “situaciones excepcionales” que siguen marcando el ámbito de la información y el consentimiento cuando de menores se trata, se ven ahora complicadas por un nuevo nivel que la norma de apoyos exige cumplir, y que, si bien legislativamente nada ha cambiado, no podemos obligar a un profesional (sanitario especialmente) al sudoku de recabar de una forma u otra un consentimiento.

Bien es cierto que profesionales (del derecho o de la medicina) y jurisprudencia han ido solventado algunos de estos problemas, con una tesis de partida del “traje a medida”, teniendo en cuenta la singularidad de cada caso, justificación y proporcionalidad. Pero no podemos dejar de negar la evidencia de que el nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad, hasta ahora limitado al ámbito de la discapacidad, va a dificultar estas tareas, pues el principio del “beneficio y el interés superior del menor” que es finalmente el que determinará la actuación profesional con una u otra norma, no puede olvidar que para llegar a él su actuación no puede ser automática, ni dejar de llegar al fondo de la verdadera voluntad del menor, en unos casos sí y en otros no. Creo que esta es la auténtica paradoja y el problema que está por venir, pues la capacidad se presume idéntica, sin que para lograr el mayor beneficio final o protección superior del menor deba haber dos varas de medir, que a la postre pueden llegar incluso a ser discriminatorias para el menor no discapaz.

Además, cuando del menor o adolescente hablamos, estoy plenamente de acuerdo con VELILLA<sup>7</sup>, en que al abordarse legislativamente la capacidad (sea en materia educativa, electoral o, ahora,

7 VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”. HAY DERECHO. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/06/22/la-ley-de-apoyo-a-las-personas-condiscapacidad-una-ley-necesaria-pero-imperfecta/>.

procesal y civil), se parte de la premisa errónea de igualar al colectivo de personas con discapacidad. Cuando esta puede darse conjunta o aisladamente: la física, la sensorial y la psíquica, y siendo su incidencia en la persona muy diversa, puede provocar “un agravio comparativo para quien sufre grave discapacidad psíquica, la más difícil de homogeneizar”. Partiendo de la derogación del redactado del art.199 CC, el legislador determina que ninguna persona es “incapaz” sino que, por mor de su discapacidad y en atención a lo que resuelva un juez, necesitará más o menos apoyos para su autogobierno. Este precepto, que contiene una de las reformas de más calado derivadas de la Ley de Apoyos, al regular la tutela la deja limitada a menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad, lo que excluye a las personas con discapacidad. Ahora las dos instituciones protectoras son la curatela y la guarda de hecho, resultando la primera el mecanismo idóneo para la concesión judicial de apoyo a aquellas, respetando en todo momento su voluntad y capacidad y adecuando, cual corsé a medida, los apoyos necesarios siempre que, “pese a haber hecho un esfuerzo considerable”, no sea posible determinar los deseos y preferencias de la persona (arts.271 a 294).

Por tanto, la desaparición de la incapacitación judicial y su sustitución por un régimen de apoyos amplifica -al tiempo que complica- enormemente la trascendencia del consentimiento, a nuestro juicio, en el ámbito judicial, pero también en otros, como el sanitario. De ahí que ya la doctrina está planteando la necesidad de establecer un protocolo de buenas prácticas para un consentimiento idóneo, que unifique criterios seguros y homogeneice en la medida de lo posible las pautas de actuaciones profesionales, a todos los niveles. Por ello, se han señalado como posibles normas para esa integración la Guía de la Unión Internacional del Notariado Latino, la norma inglesa sobre capacidad (Mental Capacity Act) y su Code of Practice. En estas normas se establecen prácticas idóneas y las especifica en detalle, partiendo de un concepto de persona con discapacidad que no puede tomar una decisión por sí misma si incurre en alguna de estas circunstancias:

- 1) Si no es capaz de entender la información relevante a los efectos de la decisión.
- 2) Si no es capaz de retenerla.
- 3) Si no es capaz de integrar esa información en el proceso de decisión.
- 4) Si no es capaz de comunicarla.

Aunque estos criterios recuerdan a la normativa española, la británica los explica y detalla, señalando, entre otros elementos: el tipo de información

relevante, aclara que el hecho de que solo pueda retener esa información durante un periodo breve de tiempo no le inhabilita para tomarla, indica los factores que no deben tenerse en cuenta en la valoración (edad, apariencia, comportamiento inusual...), la necesidad de considerar los deseos pasados y presentes de la persona en cuestión, la relevancia de la opinión de la persona que preste el apoyo, etc.<sup>8</sup>

A estas necesidades también se refiere ALVAREZ ROYO-VILLANOVA<sup>9</sup>, planteando como primera premisa que la comunicación requerirá más tiempo y sosiego; que también será frecuente la necesidad de un verdadero proceso de toma de decisión, lo que supone que no basta la lectura explicativa del documento que se va a firmar, sino que ésta irá precedida de una entrevista en la que se realizará una explicación previa del acto y se irá comprobando el nivel de comprensión y la firmeza e independencia de la voluntad; la necesidad de adaptación relevante respecto a la trascendencia del acto y sus circunstancias personales. Incluso ya podemos encontrar algunos protocolos de actuación, como el previsto en la Circular 3/2021 del Consejo General del Notariado, que prevé que de cara a realizar el juicio sobre el consentimiento el notario pueda pedir: información sobre las condiciones de vida y entorno de la persona, la calificación administrativa de la discapacidad, entrevistarse con su familia y convivientes, y la colaboración de expertos para facilitar la comunicación o informes de servicios sociales u otros profesionales.

El proceso debe culminar en la toma de la decisión, pero también puede que el profesional que deba recibir el consentimiento decida que la persona con discapacidad no puede prestarlo. Como señala la Ley británica, se trata de un “*balance of probabilities*”, un juicio probabilístico y no una certeza. Y para la evaluación, como ha señalado CABANAS<sup>10</sup>, debemos realizar el juicio necesario para que la persona con discapacidad exprese su proceso intelectual interno. Por ejemplo, en el Código de Práctica del *Mental Capacity Act* británico se aconseja que se hagan preguntas que no se respondan sí o no y/o que

8 TENA AREGUI, R., “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en línea en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>

9 ALVAREZ ROYO VILLANOVA, S., Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento, en línea en <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/>

10 CABANAS TREJO, R., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial”, en línea en [Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial. | Notarios y Registradores](https://www.hayderecho.com/2021/10/06/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial-|Notarios-y-Registradores)

se haga la misma pregunta de forma distinta para asegurarse de que realmente la entiende; o en cuanto al uso de la información en su decisión, lo normal es presumir que se realiza. Sin embargo, pueden existir afecciones psiquiátricas que lleven a una disociación entre la razón y la acción. Cuestión relacionada con el discutido “derecho a equivocarse” de la persona con discapacidad. Como nos recuerda ALVAREZ ROYO, “la Ley 8/2021 prescinde del principio de interés de la persona con discapacidad como criterio de actuación de los apoyos, debiendo prevalecer la voluntad y preferencias de aquella, también frente al criterio de las personas que prestan apoyo. Sin embargo, el hecho de que la decisión de la persona parezca equivocada a su entorno puede ser un indicio de un fallo en el proceso de decisión: o bien no comprende bien las consecuencias del acto, o bien no es capaz de utilizar la información por la existencia de un trastorno o de una influencia indebida. Esto debería llevar a volver a presentar la información o a pedir informes para asegurarse no tanto de que la decisión es correcta, sino de que existe un auténtico consentimiento libre e informado”.

Como señala GARRIDO refiriéndose expresamente al consentimiento sanitario<sup>11</sup>, para que la información se otorgue de manera que el paciente pueda formar su propia voluntad correctamente es necesario que: i) consista en un proceso de comunicación verbal, ii) la información sea clara, iii) se mencionen los riesgos que conlleve, iv) se informe de que el paciente tiene derecho a negarse a la actuación. El problema surge cuando, como sucede con las personas con discapacidad, pero también en casos de enfermedades mentales, el paciente no puede o tiene un obstáculo que le dificulta comprender la información previa y, por lo tanto, no puede formar su propia voluntad ni otorgar su consentimiento. Para ello, se exige al médico que intente por todos sus medios dotar al paciente de la información de la manera que más fácilmente le permita comprenderla. Además, para propiciar que el consentimiento sea otorgado por el propio paciente, el artículo 9.7 LAP permite que este haga uso de las medidas de apoyo que necesite para ello.

### ***3. Los problemas se complican: el menor/adolescente con problemas de salud mental, con discapacidad o no: ¿merecería una regulación específica?***

Punto de partida: el reconocimiento de las capacidades del menor y su participación en la toma de decisiones forma parte integral de la seguridad

11 GARRIDO GARCÍA, A., “Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad”, en *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (41), 114–131. [https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2022.41.3101](https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.41.3101)

del paciente, de la efectividad clínica, prevención de enfermedades y prestación servicios sanitarios. Sin embargo, es evidente que los problemas de inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios o del derecho ante un nuevo adolescente en la era digital -cuya problemática ya no es exactamente a la que dan respuesta las normas clásicas del consentimiento informado del año 2002-, la realidad de unos datos alarmantes sobre la enfermedad mental y el suicidio en esta franja de edad, nos llevan a la discusión de si sería necesario remozar el régimen jurídico del consentimiento informado, al menos reinterpretarlo, o si todo debe seguir como estaba, por tratarse de una legislación especial que queda inalterada.

Aunque sea como mero recordatorio, el régimen jurídico adopta fundamentalmente un criterio objetivo, de manera que el factor que determina que se atribuya o no capacidad de obrar al menor es la edad. Los menores de 12 o más años tienen el “derecho a ser escuchados” a la hora de adoptar una decisión médica que los afecte, mientras que los de 16 o más años son ya, en principio, titulares del derecho a aceptar o rechazar el tratamiento médico. Sin embargo, a partir de la reforma de 2015 puede admitirse, aunque de forma algo confusa, que la Ley incorpora ya un criterio mixto (objetivo y subjetivo) basado tanto en una edad de referencia como en la madurez suficiente real del menor. Este régimen general se mariza con una serie de excepciones en las que se seguirá el criterio general de mayoría de edad (18 años) y que atienden a la naturaleza y/o gravedad del acto médico. Y como aún quedan zonas grises, surge la doctrina de la escala móvil de capacidad, que incluya la valoración de la edad y de la gravedad de las consecuencias de la decisión y el impacto de éstas a corto, medio y largo plazo. La regulación de estas cuestiones, abordadas magníficamente por la doctrina, siguen siendo aplicables y deben ser el punto de partida cuando de adolescentes hablamos. Porque, además, como tan bien ha sintetizado DE MONTALVO<sup>12</sup>, las particularidades del cerebro adolescente deben ser tenidas en cuenta cuando de este paciente se trata, y siguen planteando, al menos, estas cuestiones:

- Discrepancias sobre la graduación establecida en Ley 41/2002.
- En muchos casos, la mera graduación hipotética no responde a la verdadera capacidad volitiva y cognitiva del menor.

12 DE MONTALVO, F., “Derechos de los menores en el ámbito del tratamiento psiquiátrico”, en línea en [https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554\\_Anexo1-Caso22.pdf](https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554_Anexo1-Caso22.pdf). Para la bibliografía sobre el tema general del consentimiento, nos remitimos a su cita bibliográfica.

- Tan importante como el elemento volitivo es el elemento moral y los factores psicosociales.
- Rechazo de la figura de autoridad.
- Además, la Psicología evolutiva ha demostrado científicamente el menor desarrollo de la capacidad del menor de 16 de prever consecuencias a medio o largo plazo: ¿es siempre capaz de decidir acerca del tratamiento cuando de su no aplicación puede derivarse no un daño o riesgo inmediato, sino más a largo plazo (algunas patologías mentales)?
- La Neurociencia ha demostrado también el menor desarrollo lóbulo frontal del cerebro adolescente en transición, lo que implica una mayor vulnerabilidad por los fallos en el proceso cognitivo de planificación y formulación de estrategias.

Si nos centramos específicamente en los problemas del menor maduro en relación al tratamiento psiquiátrico, las principales cuestiones son: el rechazo al tratamiento farmacológico u otros conductuales o psicológicos; el rechazo al ingreso voluntario en los casos en que el menor no se encuentra en clara situación de discapacidad (pensemos, por ejemplo, en algún trastorno bipolar), que puede conducir a la persistencia o el agravamiento de la situación de salud; o el no menos complicado ingreso involuntario (del art.763 LEC), que puede conllevar además, si fuera preciso en su beneficio o para salvaguardar la integridad de otros, medidas de contención, medicación forzosa, aislamiento...; respecto al tratamiento ambulatorio no continuado, nos encontramos con problemas de espirales de ingresos, reagudización o persistencia de la enfermedad. Además, la Ley plantea algunas incongruencias, al prever los tratamientos de deshabitación (tóxicos, alcohol y otros) que en caso de rechazo habilitan al juez para aplicar otras medidas si hay riesgo grave (ingreso involuntario), pero no para los casos de anomalía o alteración psíquica.

Todas estas cuestiones nos conducen al tema de cómo puede un profesional sanitario enfrentarse a un adolescente con alguno de estos problemas, cuando la aplicación de su saber en materia de información y consentimiento le impiden realmente conocer su voluntad real, o aun reconociéndosela, su decisión puede provocar un daño de la entidad suficiente como para plantear que su derecho a equivocarse está trufado de elementos que, en otras circunstancias, o tratándose de un mayor de edad, podrían conducir a la irreparabilidad del daño. Esta cuestión nos lleva directamente a las posibilidades del consentimiento por representación. Y aquí, nos

vuelven a surgir dudas relacionadas con el nuevo paradigma de la autonomía de voluntad que plantea la Ley de Apoyos.

#### ***4. Consentimiento por representación: el inalterado art. 9 Ley 41/2002. Facultades expresas de los profesionales sanitarios y su convivencia con el nuevo paradigma de la regulación de los apoyos a la discapacidad***

Como correlato del criterio del “interés superior del menor”, la capacidad de los menores debe entenderse modulada cuando se trate de intervenciones “de grave riesgo” (art.9.3, modificado en 2015).

Ello implica, para una autorización de tratamiento, que se haya pasado de la mera “información a los padres/representantes”, cuya opinión será tenida en cuenta, a “la decisión por sus representantes” en salvaguarda de la vida o salud del menor. Y respecto al rechazo al tratamiento (para menor o representante), el art.9.6 modificado establece una regla general: “la decisión debe adoptarse siempre al mayor beneficio para la vida o salud”. Las decisiones contrarias se deben poner en conocimiento de la autoridad judicial (directamente o a través del MF), que adoptará la resolución correspondiente. Y una excepción: “Salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

Como se viene señalando, la nueva Ley de Apoyos viene a sustituir el criterio del mejor interés de la persona con necesidad de apoyos en su capacidad —la beneficencia final—, por el respeto a su autonomía personal. Por lo que pueden verse afectados los deberes de información asistencial y los requisitos de la prestación del consentimiento informado actualmente regulado en la Ley 41/2002. Sin embargo, queda la duda sobre si debemos marcar diferencias con la representación legal de los menores por sus padres o tutores, que deben actuar siempre en beneficio del menor, esto es, que oírlos y tener en cuenta su opinión no implica seguirla necesariamente. La regla es bien distinta si se trata de una persona con necesidad de apoyos en el ejercicio de su capacidad que requerirá, precisamente, respetar su voluntad, deseos y preferencias, y llegado el caso, interpretar su trayectoria vital para deducir cuáles habrían sido estos de haber podido actuar sin representación. La cuestión, tal como la formula GONZÁLEZ CARRASCO, “es si ello es exactamente así en el ámbito de las decisiones a adoptar en el ámbito sanitario, o si en el ámbito que nos ocupa existe algún

límite que autorice, y que incluso obligue al curador representativo a actuar en beneficio de la salud y de la vida de la persona con discapacidad. En definitiva, se trata de saber si el apdo. 6 del art. 9 LAP ha de seguir vigente tras la Ley 8/2021, a pesar de que establece el deber del representante de adoptar la decisión atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente en cualquiera de los supuestos descritos en los apdos. 3 a 5, ordenando la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de aquellas decisiones contrarias a tal interés, para que adopte la resolución correspondiente, y legitimando a los facultativos para adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente en casos de urgencia, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad”.

En su opinión, estas reglas deben entenderse perfectamente subsistentes, a pesar del giro autonomista del nuevo paradigma en materia de capacidad. Primero porque a diferencia de lo previsto en el caso del menor mayor de 16 años en el art. 9.4 LAP -donde sí es relevante su autonomía-, no se está planteando aquí la posibilidad de representar al paciente discapacitado en atención al grave riesgo de la intervención, sino la necesidad de controlar judicialmente la decisión del representante si fuera contraria a la salud o a la vida de este. Pensemos en un apoyo representativo que decida rechazar o iniciar un tratamiento alternativo más arriesgado. La excepcionalidad de la actuación representativa en la Ley 8/2021 es cierto que implica que habrá fracasado todo intento de determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona representada. Como señala la autora, estaríamos aquí ante una decisión heterointegrada que ya habrá dejado atrás el principio de autonomía y que, por lo tanto, no puede primar sobre el deber de los poderes públicos de salvaguardar la vida y la integridad física de la persona con discapacidad (arts. 17 y 25 de la Convención de Nueva York y art. 10 del TR RDLeg 1/2013).

En segundo lugar, la propia modificación del art. 287 CC por la Ley 8/2021 da cuenta de las especialidades del ámbito sanitario cuando, tras enumerar los actos para los que el titular de la función representativa requiere autorización judicial, se remite a lo dispuesto en la legislación específica en materia de consentimiento informado y de internamiento no voluntario de la persona con discapacidad, lo que supone la subsistencia expresa de las cautelas.

Esta además ha sido la interpretación de las nuevas reglas por la STS (1ª) de 8 de septiembre de 2021 (RJ 2021\4002), al entender la «crueldad social» de no intervenir sustituyendo la voluntad en contra manifestada por la persona afectada por un trastorno

mental (en el caso, síndrome de Diógenes), que es, precisamente, el que no le permite ser consciente del proceso de degradación personal que sufre.

Como conclusión, estamos de acuerdo en que el art.9.6 Ley 41/2002 ha de seguir formando parte de la regulación legal del consentimiento informado a pesar del nuevo giro autonomista como paradigma en materia de capacidad. Generalizando la regla establecida en la legislación especial dirigida a determinadas intervenciones en el ámbito de la salud, la futura modificación de la LAP debería incorporar la necesidad de contar con el consentimiento de la persona requerida de apoyo junto con el de su representante, en función de su grado de autodeterminación, a través de una información adecuada a sus posibilidades de comprensión y garantizando así el ámbito de seguridad de la actuación del profesional sanitario.

### ***5. La interpretación por el Tribunal Supremo del nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad de la Ley 8/2021, en relación con trastornos mentales***

La Sentencia del Tribunal Supremo 589/2021, de 8 de septiembre es la primera sentencia que se pronuncia sobre la Ley 8/2021, resultando importante su interpretación favorable a la adopción de medidas de apoyo en contra de la voluntad de la persona, en tanto el trastorno (mental) que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación.

Entiende el Tribunal que el trastorno (síndrome de Diógenes) que provoca la situación de necesidad impide que tenga una conciencia clara de su situación, justificando que “no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

La sentencia añade que “el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria

de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues, de acuerdo con su teoría del “traje a medida” hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociada la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. “El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”.

En definitiva, sin perjuicio de que la regulación del consentimiento informado debe ser revisado en alguno de sus contenidos para acercarse al nuevo patrón de la autonomía de la voluntad, es conveniente mantener el principio de beneficencia en el caso de decisiones que sean graves para la vida y salud del paciente, por sí mismo o por su representante, aunque la voluntad de este indicase que se debe optar por esa opción. Además, deben también seguir vigentes las normas especiales que por su especial riesgo o consecuencias regulan los supuestos de ensayos clínicos, interrupción voluntaria del embarazo, práctica de técnicas de reproducción asistida, trasplantes y eutanasia. Ninguna de ellas ha sido modificada por la Ley 8/2021.

En cualquier caso, sería conveniente revisar las normas generales para hacer más patente la nueva interpretación del principio de autonomía de la

voluntad, introduciendo las cautelas precisas respecto a la forma de facilitar la información y recabar el consentimiento, intentando acercar las normativas especiales y una convivencia pacífica que equipare las diversas situaciones en que puede encontrarse el profesional. En este sentido, quizás sería conveniente establecer protocolos específicos que contemplen la enfermedad mental para apoyar y guiar las actuaciones de los profesionales, especialmente cuando se trata de adolescentes, lo que entendemos no debe suponer una estigmatización más, sino una forma de ayuda y entendimiento para la mejor toma de decisiones.

### III. INTERNAMIENTOS O TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

Como hemos visto, la Ley 8/2021 también mantiene la vigencia del art.763 LEC, relativo a los ingresos involuntarios, así como cualquier materia que afecte a los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en un marco profundamente reformado que acoge todo el paradigma social de la discapacidad propugnado por el Comité de Derechos de las Persona con Discapacidad.

Ello supone el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de dos sistemas, uno sustitutivo y otro asistencial, contradictorios y, a primera vista, incompatibles. Hemos visto cómo la Convención Nueva York, en su interpretación por el del Comité de Derechos de las Personas con discapacidad, rechaza la preponderancia del principio de superior interés en el otorgamiento de medidas de apoyo. Lo que implica la supremacía del respeto a la voluntad y la promoción autonomía del paciente, basado en gustos y preferencias de las personas.

En este tema en particular, ello debiera suponer el rechazo tajante de cualquier ingreso o tratamiento involuntario con motivo de la discapacidad (incluidas las mentales, psicológicas o intelectuales), manifiesta o diagnosticada, en tanto, a juicio del Comité, ello resultaría discriminatorio, estigmatizante, contrario, en definitiva, a los derechos de libertad, integridad y dignidad.

De ahí que esté en estos momentos sobre la mesa la derogación del precepto y su sustitución por una norma que permita el ingreso basado simplemente en el consentimiento informado del paciente (o de su representante, sin que pueda llegar a sustituirlo o influencias indebidas). Y para ello, el Estado debe adoptar medidas de apoyo precisas para el consentimiento, que concreten el esfuerzo necesario para averiguar y reinterpretar la voluntad real de quien

debiera recibir tratamiento o ser ingresado. Así se prevé además en el Proyecto de protocolo adicional al Convenio de Oviedo, cuyo objeto específico son las personas con enfermedad mental, y que en términos muy similares ha asumido la Estrategia española de Discapacidad para el 2022-2030, planteando: una protocolización de las medidas involuntarias; un espíritu más moderno en la regulación, que debe tender a la protocolización de apoyos, buscar la inserción y apostar por la recuperación de la capacidad, planteando su adopción como último recurso. Aun así, no rechaza estas medidas si: existe presunción de riesgo grave para sí u otras personas, con algunos matices, pues se estaría causando daño y sufrimiento reales con el fin de evitar hipotéticos daños futuros, para dar cumplimiento al principio de mejor interés de las personas.

En esta línea, nuestra actual Estrategia de Salud Mental plantea estas medidas:

- Promover de forma activa alternativas a las intervenciones involuntarias en las personas con problemas de salud mental, aplicándose en todo caso el principio de menor restricción posible garantizando el respeto y la dignidad de la persona.
- Las intervenciones involuntarias estarán limitadas a las situaciones determinadas que establezcan la legislación española y la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. (Art 14)
- Alternativas: hospital de día, miniresidencias...
- Potenciar los equipos de tratamiento asertivo comunitario constituye un objetivo fundamental, teniendo en cuenta que la intervención debe ser interdisciplinar (psiquiatría, psicología clínica, enfermería, terapia ocupacional y trabajo social) y resaltando el papel de “gestor de caso” con el fin de asegurar la cobertura adecuada por parte de las instituciones comunitarias que intervienen en cada caso.
- Priorizar, frente a la institucionalización, el desarrollo de recursos y servicios de atención en salud mental (casa de crisis, programas residenciales con diferentes niveles de apoyo, programas de soporte en el domicilio, unidades de apoyo a la crianza, asistencia personal, etc...), cuando se presenten síntomas o las necesidades lo aconsejen.

En este sentido ya se han realizado distintas propuestas de revisión o, en su caso, reinterpretación del precepto, que se presentan en cierto modo

contradictorias. Así, por un lado, encontramos la posición que mantiene que sólo debería utilizarse en aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad no hubiese podido transmitir su voluntad de forma comprensible para los demás. Y, en consecuencia, el procedimiento serviría, justamente, para recabar las pruebas precisas que garantizase a la autoridad judicial conocer el que sería o hubiera sido su deseo, si la persona concernida hubiera podido expresarlo de modo que los demás pudieran comprenderlo y, de llegar al convencimiento de que ese sería el de ingresar, autorizar judicialmente el ingreso o, en su caso, el tratamiento.

La otra posición es que debe seguir vigente, aunque revisado, como sistema de seguridad jurídica también para el profesional, el consentimiento en materia sanitaria, como legislación especial, en particular, los arts.4 y 9.3. y 9.6 de la Ley 41/2002, este último especialmente en los casos de inminente riesgo y gravedad especial de la situación, pues otra cosa pondría al profesional en el brete de no cumplir con sus normas deontológicas.

En todo caso, ya empieza a reclamarse y encontramos las primeras medidas de protocolización ante internamientos psiquiátricos forzosos. Debemos destacar aquí el Protocolo elaborado por los Jueces de Palma, de marzo de 2023, al que se están incorporando los distintos hospitales baleares. Su objetivo es facilitar la comunicación entre médicos de urgencia, juzgado de guardia y dar mayor seguridad a los facultativos. Aunque se mantiene en caso de emergencia la potestad del facultativo, resaltando la necesidad de respetar los plazos de comunicación, cuanto más inmediato mejor, y recordando el plazo máximo de 72 horas<sup>13</sup>

Una última cuestión que también ha generado polémica al albur de las propuestas de revisión del art.763 se refiere a si este precepto es aplicable a tratamientos ambulatorios involuntarios distintos de los ingresos. Así, en aplicación del principio “quien puede lo más puede lo menos”, algunas posturas son favorables a entender el genérico art. 763 genérico como precepto habilitante. En contra, sin embargo, se han señalado distintos argumentos:

El primero es que los derechos protegidos son distintos: en el ingreso voluntario el bien protegido es la libertad; en el tratamiento lo son la integridad física y la salud. Por lo que la extensión podría conllevar una restricción de un derecho fundamental, que en todo caso debe ser restrictiva y que en ningún caso admite analogía.

13 <https://www.ultimahora.es/noticias/local/2023/03/15/1899501/juzgados-palma-internamientos-forzosos-psiquiatria.html>

Como ha explicado ORTUÑO NAVALÓN, “la posibilidad de obligar judicialmente a alguien a someterse a un tratamiento médico contra su voluntad, requiere determinar en qué situaciones estaría legitimada la intervención judicial, frente a qué pacientes, con qué garantías y límites. La intervención judicial en estos casos, no puede encontrar más cobertura constitucional que genéricamente en el principio rector del art. 43.1 CE. («Se reconoce el derecho a la protección de la salud»), ubicado en el Cap. III del Título I (Principios rectores de la política social y económica). Y para ello, en cualquier caso, y de acuerdo con el art. 117.4 CE, se requerirá de una norma específica con rango legal que de modo expreso atribuya al juez la garantía de la salud del ciudadano, facultándole para imponer un tratamiento médico o asistencial no voluntario. Y dicha norma habilitante no existe en la actualidad, por lo que resulta jurídicamente forzada su reconducción al ámbito de un precepto destinado a proteger otro derecho fundamental diferenciado”<sup>14</sup>.

#### IV. CONDUCTAS AUTOLÍTICAS, EN ESPECIAL EL SUICIDIO: PREVENCIÓN, PROTOCOLOS DE SEGURIDAD Y RESPONSABILIDAD

Para terminar, quiero referirme brevemente a las medidas sobre el suicidio y otras conductas autolíticas que las Estrategias y Planes de Acción están contemplando como prioridad ante los alarmantes datos a los que nos referimos al inicio de estas reflexiones.

En primer lugar, cabe citar la Estrategia Salud Mental 22-26: “La adolescencia es una etapa de riesgo que se ha de considerar de forma particular y específica a la hora de programar intervenciones comunitarias y sanitarias de prevención”. Entre las medidas se contempla expresamente facilitar y promover el acceso directo para los adolescentes con problemas de salud mental a programas específicos para aquellos que manifiesten ideación suicida. Planteando como estrategias de seguridad:

- Promover la elaboración de procesos asistenciales integrados de atención a las personas con riesgo suicida: unificar criterios en los distintos protocolos.

<sup>14</sup> Tomo la cita del interesante y completo artículo de TORRES COSTAS, M.E., “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.VII, n°4 (julio-septiembre 2020), pp.265-285, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>; Vid también, con reflexiones anticipadas muy atinadas, GÓMEZ PRECIADO, M., “Aspectos constitucionales del internamiento involuntario urgente de pacientes psiquiátricos y alternativas: el tratamiento ambulatorio”, Trabajo Fin de Grado dirigido por Federico DE MONTALVO.

- Promover la formación continuada para la detección del riesgo, adecuado diagnóstico y abordaje de la conducta suicida.
- Promover el conocimiento sobre el perfil de métodos empleados y lugares de riesgo y limitar el acceso a lugares y medios potencialmente letales cuando no sea posible establecer medidas disuasorias.
- Desarrollar e implantar protocolos de prevención en colegios, universidades, Administración, lugares de trabajo, centros sociosanitarios y centros de atención a personas mayores.
- Implementar y/o desarrollar unidades específicas de salud mental de la infancia y la adolescencia en los dispositivos asistenciales comunitarios de salud mental, con profesionales que posean la formación específica y necesaria para el desempeño de estos servicios y de forma que se pueda realizar la detección y tratamiento temprano de los problemas de salud mental en la infancia y adolescencia.

En sentido muy similar se manifiesta el Plan de acción Salud Mental, contemplando una Línea 4 específica para: Prevención, detección precoz y atención a la conducta suicida; o la implementación del Teléfono 024. Haciéndose eco también de la importancia como agentes colaboradores del tercer sector (Cruz Roja, ANAR, Confederación Salud Mental España...).

Además, queremos resaltar como medida normativa concreta la primera Ley sobre salud mental, aprobada en Aragón mediante Ley 6/2023, de 22 de marzo de las personas con problemas de salud mental y sus familias. Muy sucintamente, la norma plantea acciones de garantía específicas e incluso compromisos de gasto e inversión en actuaciones y profesionales. Destacan:

- Garantías de tiempo para la atención a la salud mental: tiempo máximo de acceso a las prestaciones y servicios de salud mental, debiendo reforzar las prestaciones y servicios en la Atención Primaria, así como reforzar medidas de prevención y promoción de la salud mental. La garantía de tiempo se acordará de forma que se garantice el cumplimiento de los principios de calidad, equidad y accesibilidad de la atención a la salud mental para toda la población, evitando tratamientos farmacológicos innecesarios. Las garantías de tiempos abarcarán la totalidad de las prestaciones y modalidades de atención en el ámbito de la salud mental, incluidos los intervencionismos psicoterapéuticos.

Se considerarán los tiempos de atención a las primeras consultas y consultas sucesivas, así como los tiempos de duración de estas.

- Ratios mínimas de profesionales de la salud mental en función del número de habitantes. Entre estos profesionales, entre otros, psiquiatras, psicólogas y psicólogos, enfermeras y enfermeros especialistas en salud mental y profesionales sanitarios, del trabajo social y relacionados con la atención a la salud mental. En todo caso, se garantizan como mínimo, por cada 100.000 habitantes: 18 psiquiatras; 18 psicólogas y psicólogos; 23 enfermeras y enfermeros especialistas en salud mental; un o una terapeuta ocupacional o un trabajador social sanitario por unidad de salud mental. Planteando la consecución progresiva de estas ratios mínimas en el plazo de 5 años.

Y, para terminar, solo quiero realizar unos breves apuntes de interés para los casos en que el sistema falla y las consecuencias jurídicas para los profesionales en caso de suicidio de pacientes, dentro o fuera del hospital (la mayoría de los suicidios suceden dentro de una institución hospitalaria, llegando al 77%).

Aunque sin consecuencias relevantes en el ámbito de la responsabilidad profesional en la mayoría de los casos, la causa más frecuente de denuncias a psiquiatras es el suicidio. Ello puede generar responsabilidad penal, civil o patrimonial, aunque la mayoría de los casos suelen quedarse en la vía civil y contencioso-administrativa. Hasta el momento, no hay ninguna condena en vía penal. Por más que nos sorprendiera la noticia aparecida el 15 mayo 2023, como aviso a navegantes, de la petición por la Fiscalía de 3 años y medio de cárcel a la facultativa responsable de la Unidad de Salud Mental de un Hospital de Córdoba, por presunto delito continuado de denegación de asistencia sanitaria (196 CP: delito de omisión de deber de socorro) y homicidio por imprudencia (142 CP)<sup>15</sup>.

Debemos señalar que no existe en nuestra legislación un marco jurídico especial en el caso de suicidio de pacientes, por lo que la responsabilidad psiquiatra no difiere de la exigible ante cualquier acto médico. En relación con el suicidio solo está castigada por la ley la inducción y el auxilio al suicidio a otra persona (143 CP). Aunque podría exigirse al psiquiatra responsabilidad por homicidio o lesiones imprudentes si el suicidio se produce en relación con una falta médica.

Un repaso a la jurisprudencia nos revela algunos datos. El primero es que, en la práctica totalidad de los casos, se condena al centro, no al profesional psiquiatra, siendo las situaciones más comunes:

- Condena al centro por defectuosa organización del servicio, con ausencia de medios materiales y personales suficientes para prestación de atención personalizada a un paciente con ideas suicidas reiteradas.
- Incumplimiento de la obligación de medios, que pesa sobre la Administración sanitaria, con infracción de la *lex artis ad hoc*, con producción de resultado dañoso, previsible y evitable.
- En algunos casos se condena por la pérdida de oportunidad, por omisión del deber especial de vigilancia, “culpa in vigilando”: con el apoyo en el deber del hospital de garantizar la seguridad de las estancias hospitalarias.
- Cuando el suicidio se produce fuera del centro, en la mayoría de los casos mientras se disfruta de permiso de salida terapéutica, no suele condenarse, al faltar la relación de causalidad.

En fin, nos parece interesante reproducir las obligaciones genéricas del psiquiatra para no incurrir en una falta médica, de modo que su actuación sea acorde a la *lex artis ad hoc*, partiendo de la premisa de que la asistencia sanitaria es una obligación de medios, no de resultados, lo que obliga al cumplimiento de determinadas pautas de previsibilidad<sup>16</sup>:

- Correcta anamnesis y explotación de la ideación o conducta suicida.
- Debida valoración del riesgo real de materialización.
- Estrategia terapéutica con respeto a la libertad y dignidad y valoración de su capacidad (hasta el máximo esfuerzo posible) para otorgar consentimiento válido para tratamiento voluntario/involuntario.
- Seguir los protocolos existentes.
- Reflejar todo el proceso detalladamente en la historia clínica.
- Establecer el tratamiento médico y/o farmacológico adecuado.

15 <https://www.europapress.es/andalucia/noticia-fiscalia-pide-tres-anos-medio-carcel-facultativa-salud-mental-cordoba-suicidio-20230517102558.html>

16 Vid RODRÍGUEZ LAIN, J.L., “Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en Urgencias: Aspectos legales”, *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 2016; 36(130):325-345 doi: 10.4321/S0211-57352016000200003

- Adoptar las medidas preventivas necesarias para impedir el suicidio, con apoyo de las CCFF Seguridad si es preciso.
- En caso de ingreso involuntario, respetar las normas sobre comunicación/autorización judicial y los plazos.
- En el caso de situación de urgencia psiquiátrica, se modula la responsabilidad en función de las circunstancias del caso (una sola entrevista, falta de certeza, dificultades en el acceso al historial médico...)

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ ROYO VILLANOVA, S., Ley 8/2021: del juicio de capacidad a la formación y evaluación del consentimiento, en línea en <https://www.hayderecho.com/2021/10/06/ley-8-2021-del-juicio-de-capacidad-a-la-formacion-y-evaluacion-del-consentimiento/>
- CABANAS TREJO, R., “Observaciones irrespetuosas sobre la ley 8/2021 para la práctica notarial”, en línea en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>
- DE MONTALVO, F., “Derechos de los menores en el ámbito del tratamiento psiquiátrico”, en línea en [https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554\\_Anexo1-Caso22.pdf](https://www.cursopsiquiatriasema.com/wp-content/uploads/2020/06/553-554_Anexo1-Caso22.pdf).
- Fundación ANAR, “Estudio sobre Conducta Suicida y Salud Mental en la Infancia y la Adolescencia en España (2012-2022)”, diciembre 2022, en <https://www.anar.org/estudio-anar-sobre-conducta-suicida-y-salud-mental-solo-el-44-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes-con-conducta-suicida-ha-recibido-tratamiento-psicologico/>
- GARRIDO GARCÍA, A., “Prestación de consentimientos médico-sanitarios por personas con discapacidad”, en *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (41), 114–131. [https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2022.41.3101](https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.41.3101)
- GERMÁN URDIOLA, M.J., FERNÁNDEZ IGLESIAS, J., “Guía en 100 preguntas para trabajadores, familias y usuarios, sobre Novedades de la Ley 8/2021, para personas con problemas de salud mental”, Fórum de Entidades Aragonesas de Salud Mental, Zaragoza, 2021, <https://www.fadesaludmental.es/biblioteca/223-novedades-de-la-ley-8-2021-para-personas-con-problemas-de-salud-mental.html>
- GÓMEZ PRECIADO, M., “Aspectos constitucionales del internamiento involuntario urgente de pacientes psiquiátricos y alternativas: el tratamiento ambulatorio”, Trabajo Fin de Grado dirigido por Federico DE MONTALVO, <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/28707>
- GONZÁLEZ CARRASCO, C., “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad” *Derecho Privado y Constitución*, nº 39, 2021, pp.213-247, texto completo en <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3953801-gonzaulez-carrasco.html>
- OMS, “Salud mental del adolescente. Datos y cifras”, [Salud mental del adolescente \(who.int\)](http://Salud mental del adolescente (who.int))
- RODRÍGUEZ LAIN, J.L., “Sobre la atención de pacientes con ideación autolítica en Urgencias: Aspectos legales”, *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.* 2016; 36(130):325-345. doi: 10.4321/S0211-57352016000200003
- TENA AREGUI, R., “El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad”, en línea en <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/10931-el-juicio-notarial-de-valoracion-del-consentimiento-tras-la-ley-8-2021-para-el-apoyo-a-las-personas-con-discapacidad>
- TORRES COSTAS, M.E., “Sobre la postergada (y necesaria) reforma de la regulación de los ingresos involuntarios y otros derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Civil*, Vol.VII, nº4 (julio-septiembre 2020), pp.265-285, <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>
- VELILLA ANTOLÍN, N. (2021). “La ley de apoyo a las personas con discapacidad: una ley necesaria pero imperfecta”, en *Hay Derecho*. Disponible en: <https://www.hayderecho.com/2021/06/22/la-ley-de-apoyo-a-las-personas-condiscapacidad-una-ley-necesaria-pero-imperfecta/>