

LA PROTECCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS MAYORES MÁS VULNERABLES

Antes de entrar en la exposición de este apartado, es necesario señalar que los instrumentos de protección a los que me voy a referir seguidamente van íntimamente asociados a una problemática, que es el maltrato a las personas mayores que sufren enfermedades neurodegenerativas y grandes síndromes demenciales, por desgracia muy instalado en nuestra sociedad, a pesar de que en pocas ocasiones sale a la luz pública, tal vez en unos casos por la vergüenza social que le provoca a la víctima, en otros casos porque los agresores son los propios y únicos cuidadores de aquellas, y también, porque no decirlo, por que la relevancia social de esta lacra de nuestro tiempo aparece totalmente eclipsada en la actualidad ante la fuerza y virulencia del debate social existente respecto a la violencia de género.

En cualquier caso, antes de entrar en el estudio del contenido de la ponencia desde el ámbito estrictamente jurídico, es conveniente, a los efectos de situar las cuestión dar unas notas generales del concepto de maltrato, específicamente referido a las personas ancianas. Según la definición dada por **Hudson en el año 1.991**, la cual, sigue siendo mayoritariamente aceptada, el maltrato a los ancianos *“Es una conducta destructiva que está dirigida a una persona mayor, ocurre en el contexto de una relación que denota confianza y reviste suficiente intensidad o frecuencia para producir efectos nocivos de carácter físico, psicológico, social y/o financiero de innecesario sufrimiento, lesión, dolor, pérdida o violación de los derechos humanos y disminución en la calidad de vida de la persona mayor”*. Entre las diversas formas de maltrato a los mayores ejercidos por terceras personas, podemos señalar las siguientes:

- ◆ Negligencia en el cuidado y atención, tanto física como psicológica.
- ◆ Maltrato físico.
- ◆ Abusos de contenido sexual.
- ◆ Abuso de contenido económico y/o habitacional.
- ◆ Maltrato emocional o psicológico.
- ◆ Maltrato asistencial. (Utilización de anclajes, confinamiento en lugares cerrados, administración de medicamentos tranquilizantes, etc.).

Normalmente estas diversas formas no van a aparecer de manera aislada, sino que en las situaciones en las que se detecta el problema, se comprueba la recombinación y existencia de varias o, incluso todas ellas. Todas estas situaciones vienen asociadas a la existencia de una serie de **factores de riesgo** que han sido puestas de manifiesto por el Doctor D. Raúl Gutiérrez Herrera, prestigioso geriatra y gerontólogo, el cual ha señalado dentro de dichos factores: *“la discapacidad del adulto mayor, su dependencia a otras personas, la Psicopatología de los cuidadores, el abuso de substancias por parte del*

cuidador, y los antecedentes de violencia en la familia, entre otros. Especialmente, en los hogares en donde viven familias con una persona con Enfermedad de Alzheimer u otro tipo de demencia existe el riesgo de que se presente alguna forma de maltrato. Dentro del perfil del paciente anciano maltratado se han encontrado las siguientes características que denotan riesgo: ser una persona dependiente, aislada, demenciada, con conducta problemática, deprimida, con necesidades prolongadas y que para el cuidador resulta ser una carga pesada”.

Desde el punto de vista estadístico, aunque el maltrato ocurre en ambos sexos, es **ligeramente superior en mujeres** que en hombres. Según los últimos datos, se dan entre un **5 a un 8% de nuestros mayores**, computando los detectados, tanto en el medio familiar como en el comunitario y en el institucional. Este porcentaje ligeramente superior obedece a la también superior esperanza de vida de las mujeres, que provoca que a partir de los 75 años existan más mujeres que hombres, por lo que la prevalencia del maltrato también será superior en las mismas.

Una cuestión fundamental es si podemos hablar de **grupos de riesgo** en relación al maltrato de personas mayores de edad. La respuesta debe ser que Si, ya que existen ancianos que por sus peculiaridades personales, familiares o sociales tienen más riesgo de sufrir malos tratos:

- Ancianos que viven en su domicilio o en el del cuidador, que requieren numerosos cuidados y excederán en breve la capacidad familiar para asumirlos
- Ancianos cuyos cuidadores expresan frustración en relación con la responsabilidad de asumir dicho papel y muestran pérdida de control de la situación
- Ancianos cuyos cuidadores presentan signos de estrés
- Ancianos que viven con familiares que han tenido historia previa de violencia familiar (niños, esposa)
- Ancianos que viven en un entorno familiar perturbado por otras causas (pérdida de trabajo del cuidador, relaciones conyugales deterioradas).

Para concretizar aún más la cuestión anterior, incluso podemos elaborar un **perfil tipo de la víctima**, acogiéndonos a los datos que hasta ahora se han expuesto:

- Más frecuente en las mujeres.
- Edad: 75 años o más.
- Estado civil: viuda.
- Importante deterioro funcional por una importante enfermedad crónica o progresiva (Alzheimer, Parkinson, ACV, etc.)
- Dependiente de su cuidador para la mayoría de las actividades de la vida diaria.
- Portadora de problemas y conductas anómalas: incontinencia, agresividad, etc.

Hablar de la intervención del derecho penal en nuestra sociedad, como elemento protector a favor de determinadas personas, supone hablar de la presunta existencia de un delito, por lo que hablar de medidas de protección al mayor discapacitado o vulnerable en el ámbito penal supone hablar de la existencia de una persona con tal discapacidad o

vulnerabilidad que aparece como víctima de un delito, si bien, inmediatamente tras esta afirmación debemos establecer como corolario de ella que nos referimos a delitos en los que el mayor vulnerable es víctima precisamente por serlo, por lo que debemos resituar la cuestión en un concreto y determinado espacio: el de los delitos que se cometen o se ven favorecidos por la especial condición de la víctima: persona incapaz o especialmente vulnerable por razón de edad.

En todo caso, y con carácter general, nuestro derecho penal no establece una diversa tipología de la víctima, distinguiendo entre víctimas de un tipo o de otro. La protección a la víctima, como uno de los fines del derecho penal es genérica, junto con el castigo del delincuente, el otro gran objetivo de este derecho. Por ello, la protección específica del mayor vulnerable, desde el punto de vista penal, ha de llevarse a cabo a través de una progresista aplicación del C. Penal, pero siempre con el límite, como vamos a ver seguidamente de considerar el concepto de discapacidad asociado al hecho de que la víctima del delito sea una persona mayor, consideración que no siempre es posible llevar a cabo con facilidad.

Partiendo de lo anterior, la posibilidad de establecer un tratamiento específico y diferenciado del mayor vulnerable o discapacitado en nuestro Derecho Penal debe de realizarse a través del siguiente procedimiento: Son numerosos los delitos que establecen como una **posible causa de agravación de los mismos el hecho de que la víctima sea una persona menor o incapaz**. Aplicar estrictamente este criterio de la incapacitación supondría restringir excesivamente la posibilidad de aplicar esta circunstancia “*agravante*”, a efectos de pena a personas discapacitadas no declaradas incapaces judicialmente, puesto que, es de todos conocidos que la Institución de la incapacitación judicial, pese a lo que se ha señalado en un momento anterior, no se utiliza ni se aplica en la mayor parte de los casos en que ello pudiera ser posible. Para obviar este problema, y, al mismo tiempo ampliar las posibilidades de apreciar una agravación de la pena en base a la circunstancia de ser la víctima incapaz en el caso de delitos cometidos sobre mayores, debemos acudir al Art. 25 del C. penal que señala que ***“A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por si misma”***. Sin embargo, aunque la aplicación de este precepto puede suponer, de facto, que en un importante número de delitos podamos aplicar una mayor pena en el caso de que la víctima sea una persona vulnerable o discapacitada no declarada incapaz judicialmente, encontramos de la propia redacción del precepto citado una barrera infranqueable: aquellos supuestos en los que no exista una relación directa entre los conceptos de discapacidad y discapacidad de carácter grave.

En cuanto a los tipos de delitos más frecuentes en el caso de personas mayores vulnerables o discapacitados de los que son víctimas, atendiendo a esa circunstancia de edad y vulnerabilidad, debemos de hacer referencia a varios de ellos para obtener una idea de aquellas conductas más comunes en los Juzgados en los que se ven implicadas personas mayores como víctimas de los mismos. En primer lugar, en los supuestos de agresión física, el artículo 147 del C. Penal castiga a los que *causen a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión*

requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Con arreglo a lo anterior, resulta evidente que la **diferenciación entre el delito y la falta** de lesiones la hace pivotar el legislador sobre el número de asistencias médicas necesarias para la sanidad de esas lesiones, de tal manera que, si para la curación de las mismas es suficiente con una única asistencia médica, las lesiones serán constitutivas de falta y no de delito.

Se castiga como un **tipo agravado** de las lesiones el hecho de que las mismas sean **cometidas sobre un incapaz** (entendido como una persona con una situación física o mental que la convierta en una persona especialmente desvalida o con evidente desprotección), circunstancia que es muy probable que se de en personas ancianas.

El Código Penal igualmente recoge las **lesiones por imprudencia profesional**, es decir, aquellos casos en que el profesional, no de forma consciente y voluntaria, pero si por no cumplir las normas mínimas de su profesión o por negligencia, y bien por acción u omisión, termina provocando con su conducta el resultado lesivo. En el caso de personas mayores puede darse por una mala administración de medicamentos, o inmovilizaciones no autorizadas.

Como segunda actuación a destacar por su importancia en el número de expedientes abiertos por esta conducta delictiva en los Juzgados de Instrucción, debemos hacer referencia a las conductas denominadas como de lesiones leves o maltrato en el ámbito de la violencia doméstica. Aunque socialmente se identifica el maltrato familiar con el maltrato de pareja, el legislador ha **extendido estos supuestos del Art. 153 a los casos en que la víctima sea ascendiente** del mismo o de su pareja, pero con la salvedad de que en estos casos **es necesario que los ascendientes residan en la misma vivienda que el presunto maltratador**. El legislador ha recogido igualmente que, a efectos de la pena a imponer, se castigan separadamente el hecho en si del maltrato y las lesiones que por este se hubieran podido causar.

En todo caso, y frente a las evidencias y signos externos que dejan en el cuerpo de la víctimas las lesiones físicas provocadas por agresiones, debe señalarse la complejidad que en determinados casos existe para poder determinar la existencia de una lesión de tipo psíquico en aquellas personas que por su edad, es muy probable que ya sufran otras limitaciones psíquicas que no provienen directamente de la conducta a que el autor del hecho ha sometido a la víctima. Pensemos, por ejemplo en una persona mayor que sufre la enfermedad de Alzheimer o la enfermedad de Parkinson. En estos casos, es cierto que los Jueces se encuentran con muchas dificultades para poder concluir que ese proceso psíquico degenerativo que sufre la víctima es debido directamente a los procedimientos delictivos a los que se ha sometido a la víctima, y no a su propia enfermedad. Para ello, los forenses juegan un papel fundamental. Pero más importante que esto es saber detectar los casos de **personas mayores que, presentando, en general, un buen estado de salud mental, sufren enfermedades psíquicas debido a comportamientos delictivos** de las personas de su círculo íntimo o de sus cuidadores, los cuales intentan enmascarar ese resultado delictivo bajo la existencia de una previa e inexistente enfermedad mental. Así,

no es extraño que ante diagnósticos forenses relativos a un síndrome de estrés postraumático, o enfermedades depresivas, los autores del hecho aleguen que ello se debe a problemas psíquicos previos del anciano, para enmascarar situaciones de malos tratos.

Para evitar este problema, si llegara a presentarse, es necesario detectar algunos **indicadores** que nos van a poner sobre la posible existencia de unos **posibles abusos de tipo psíquico**. Entre estos podemos citar los siguientes:

- Alteraciones emocionales de la víctima (depresión, ansiedad, nerviosismo, labilidad emocional)
- Extrema cautela por parte del cuidador.
- Amenazas de abandono y/o institucionalización.
- Depresión.
- Confusión.
- Imposición de aislamiento físico y/o social.
- Explicaciones confusas y diferentes del cuidador ante lesiones, considerando a la víctima no capacitada en su juicio.
- Amenazas al anciano por parte del cuidador para controlar la situación.
- Malnutrición.
- Deshidratación
- Ropa inadecuada para el tiempo actual o sucia
- Caídas de repetición
- Gafas rotas o ausencia de las mismas cuando son necesarias
- Hipotermia, hipertermia
- Signos de intoxicación medicamentosa o de incumplimiento.
- Confusión, desorientación
- Ansiedad
- Pérdida de autoestima
- Mínimas conversaciones entre la víctima y el cuidador
- Actitud de indiferencia hacia el anciano por parte del responsable de los malos tratos
- El cuidador niega al anciano la posibilidad de relacionarse con otras personas
- Pérdida de la capacidad de toma de decisiones por parte del anciano

Si se observara la existencia de alguno de estos indicadores, el personal sanitario debe llevar a cabo unas actuaciones concretas, que, en muchos casos, van a ser la base y fundamentación posterior de una sentencia condenatoria por la existencia de malos tratos psíquicos, evitando la “trampa” de que las lesiones psíquicas se deben a enfermedades propias y no inducidas de la víctima.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN

En lo que se refiere a las medidas protectoras que pueden adoptarse en el ámbito penal, ya se ha señalado que cualquier medida de carácter penal, debe venir inexcusablemente basada en la previa existencia de un hecho que a priori revista los

caracteres de delito, consecuentemente, podemos definir estas medidas como las **“Medidas de protección de la víctima o perjudicado por el delito que, por decisión judicial, pueden adoptarse durante la tramitación de un procedimiento penal”**. Desde el punto de vista temporal, tienen naturaleza cautelar, pues las mismas deben cesar en el momento en que se inicia la ejecución de una sentencia, puesto que, a partir de ese momento no hablaremos de la naturaleza de medida cautelar, sino de autentica pena.

Estas medidas cautelares no se regulan estrictamente en el C. Penal, sino en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, veremos posteriormente que, al momento de definir cuales son las concretas medidas a imponer, la propia Ley de Enjuiciamiento remite al C. Penal, pues es en esta norma donde aparece la mayor parte de las que se pueden adoptar.

El fundamento de las medidas cautelares en el proceso penal se encuentra en el Artículo 13 de la L.E.Crim. que establece: *«Se consideran como primeras diligencias ... la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto 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.»* En consecuencia, con base a este precepto, las medidas cautelares que pueden adoptarse son las recogidas en los citados Artículos 544 bis y 544 ter.

En el primero de estos artículos se recoge la posibilidad de que en el caso de determinados delitos puedan imponerse al presunto autor de los mismos, y para asegurar la protección de la víctima, alguna de las siguientes medidas:

- ✓ ***Prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.***
- ✓ ***Prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas.***
- ✓ ***Prohibición de aproximarse o comunicarse a o con determinadas personas.***

El propio artículo regula **las consecuencias del incumplimiento** de estas medidas por la persona a la que se le ha impuesto. En estos casos, el Juez, valorando la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias que puedan concurrir podrá, bien imponer **otra medida cautelar que suponga una mayor limitación de libertad personal** para el presunto autor del hecho, o bien acordar sobre el mismo la **prisión provisional**.

Respecto al Art. 544 ter, este precepto es el que regula la que se conoce como la **Orden de Protección a las víctimas de violencia doméstica**. La primera cuestión que debemos expresar con toda claridad es que, aunque la publicidad mediática y los medios informativos han identificado esta orden como aplicable a las mujeres víctimas de malos

tratos, esta idea aporta una visión muy parcial de las posibilidades de la reforma legal, ya que el texto de la misma se refiere a *“alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal”* y, dicho artículo se refiere, entre otros, a *“ascendientes o incapaces que con él (el autor del delito), convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro (el autor del delito o su cónyuge)”*. En consecuencia, esta orden de protección es, si se cumple el requisito de la convivencia, plenamente aplicable a los ascendientes o descendientes del autor del hecho o de su cónyuge o las personas sometidas a tutela o a una guarda de hecho, con la importancia que ello tiene en el ámbito de delitos que se cometen contra los mayores vulnerables o discapacitados por personas integrantes de su núcleo de convivencia.

La posibilidad de aplicar esta orden de protección tiene su fundamento en la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas del núcleo de convivencia familiar, y siempre que resulte *una “situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas”*.

Esta orden podrá ser solicitada por la víctima, *“Directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas”*. Las implicaciones de lo anterior para los funcionarios públicos o personal que trabaja en los servicios sociales o asistenciales son de enorme magnitud, puesto que, en la medida en que una persona mayor vulnerable o discapacitada u otra persona que lo represente en su nombre, puede dirigirse a ellos manifestando haber sido víctima de malos tratos, aquellos deben de tener los conocimientos técnicos suficientes cuanto menos para explicar a la víctima la existencia de esta orden de protección inmediata, su contenido, y la posibilidad de solicitarla, así como prestarle el apoyo y asistencia suficiente para rellenar los impresos para pedirla. En consecuencia, en cualquier centro de servicios sociales debe existir obligatoriamente, modelos normalizados de solicitud de orden de protección inmediata y personal que asesore al mayor acerca de cómo debe formalizarse y posteriormente conozca el cauce para su remisión al Juez competente. Pero las obligaciones del personal de todos estos centros no terminan con lo anterior; sigue diciendo el precepto que estamos analizando que sin perjuicio del deber general de denunciar los hechos delictivos de los que se tengan conocimiento, *“las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos que den lugar a la adopción de esta orden de protección, deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal”* con el fin de que, aún sin que medie petición por parte de la víctima, puedan incoar o instar directamente el procedimiento para la adopción de la orden de protección. En consecuencia existe una segunda obligación para los profesionales del ámbito asistencial y personas que trabajan en el mundo de la discapacidad: Notificar, al margen de la actitud que pueda adoptar la víctima, los hechos a la autoridad judicial, puesto que esta orden puede adoptarse, incluso sin que medie solicitud inicial de la víctima.

Respecto a la naturaleza y efectos de esta orden de protección, señala el artículo que estamos estudiando que ***“La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1º un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública”***.

En consecuencia, respecto a la eficacia concreta de esta orden, debemos distinguir dos niveles de protección:

- ✓ **Las medidas cautelares de carácter penal** podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal, por lo que se concede al Juez la más amplia facultad para adoptar aquella o aquellas que tenga por conveniente. Entre ellas podemos destacar las siguientes:
 1. La privación para la persona denunciada del **derecho a residir** en determinados lugares o **acudir** a ellos.
 2. La **prohibición de aproximarse a la víctima**, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.
 3. La **prohibición de comunicarse con la víctima**, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez por cualquier medio de comunicación o contacto escrito, verbal o visual.
- ✓ **Las medidas de naturaleza civil** están pensadas fundamentalmente para el supuesto de hijos menores o personas que dependan económicamente del presunto agresor, aunque pueden también ser aplicadas en el caso de que la víctima sea una persona mayor discapacitada, y las mismas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier otra que se considere oportuna a fin de apartar a la víctima mayor incapaz de un peligro o de evitarle perjuicios.

Debe señalarse que la orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, y en particular, de la situación penitenciaria del agresor.

Como se puede observar, el alcance de estos dos preceptos y su aplicación conjunta, constituye un valiosísimo instrumento de protección, desde las prohibiciones de residencia, acercamiento o comunicación, hasta incluso el abandono del domicilio por parte del agresor. El sistema se ve reforzado por la expresa obligación de adoptar nuevas medidas en caso de incumplimiento de las medidas señaladas al agresor, que incluso pueden llegar a convertirse en orden de ingreso en prisión.

En los casos en los que una sentencia judicial declare 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**. El fundamento de las mismas aparece en el Código Penal, el cual establece en condenas por determinados delitos¹, la posibilidad de imponer alguna de las prohibiciones de residencia, acercamiento o comunicación que se han señalado previamente. Es importante advertir que esta posibilidad deja de ser tal para convertirse en una obligación para el Juez en los casos en los que entre el agresor y la víctima exista una determinada relación, pues si el delito se ha cometido **contra quien sea**, (entre otros parientes), **ascendientes, o incapaces que con él** (el autor del delito), **convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho** estas medidas **se acordarán, en todo caso**. También resulta importante señalar que estas privaciones o prohibiciones deberán adoptarse cuando el delito se cometa **sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados**. Debe reconocerse que en este último supuesto si ha estado especialmente sensible el legislador, pues al incorporar el concepto de vulnerabilidad frente al de discapacidad, permite una aplicación más amplia y genérica del precepto, amplitud que se ve completada por el hecho de que no se exige para castigar la conducta que se produzca un resultado lesivo concreto, siendo suficiente el hecho mismo de ejercer violencia física o psíquica.

Finalmente también debemos hacer referencia a un tercer supuesto, si queremos plantear una visión completa de la materia. Me refiero a los casos en los que, aún existiendo una condena a una pena de prisión, la misma no llega a cumplirse por aplicarse el mecanismo de suspensión de la condena. En esencia este beneficio para el condenado supone que podrá **seguir en libertad** durante un tiempo que se considera de prueba, transcurrido el cual, si el autor del hecho no ha cometido otros delitos, se entiende la pena por cumplida, mientras que, en caso contrario debería de cumplirla. A priori podría pensarse que si a una persona se le suspende la ejecución de la condena, el mismo no puede estar sometido a ningún tipo de restricción de movimientos, sin embargo, para corregir este efecto indeseable, que podría tener como consecuencia que una persona condenada por malos tratos o lesiones siguiera haciendo una vida normal, y, en consecuencia, próxima a la víctima del delito, incluso, hasta el extremo de habitar en el mismo domicilio, el legislador contempla **que la suspensión puede quedar condicionada al cumplimiento de determinadas obligaciones o deberes**, entre ellos, las tres prohibiciones que hemos visto anteriormente, pero además de estas, también se establecen las siguientes:

- ✓ ***Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.***
- ✓ ***Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.***

¹ *delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.*

- ✓ ***Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado.***

Debe señalarse como cuestión de suma importancia que si entre el agresor y la víctima existiera una determinada relación de parentesco² o convivencia en el mismo núcleo familiar, dichas prohibiciones u obligaciones DEBERÁN IMPONERSE EN TODO CASO. Señalemos igualmente que si estas prohibiciones se incumplen, el Juez podría **imponer nuevas prohibiciones más gravosas para el condenado, prorrogar el periodo de suspensión, o, incluso, dejar sin efecto la suspensión y acordar el cumplimiento de la pena de prisión** inicialmente suspendida.

Finalmente, debemos indicar que la más importante y grave medida cautelar que puede adoptarse durante la tramitación del procedimiento penal es la privación de libertad del sujeto, mediante la **PRISIÓN PROVISIONAL**. Esta medida, que lógicamente solo puede ser adoptada por un Juez, presenta unas especificidades técnicas y una complejidad en cuanto a su procedimiento de adopción, que se aparta del objeto de esta intervención. Sin embargo, para tener una visión global de las posibilidades legales de esta medida, debemos indicar que el principio general el que *“La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria.... y no se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito”*. Por tanto, la prisión provisional es una medida que se adoptará con **carácter restrictivo**, en base a unos requisitos y fines concretos:

- ✓ Asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.
- ✓ Evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes si existe un peligro fundado de ello.
- ✓ Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el Art. 173.2³ del Código Penal.

Es importante señalar que el Juez que deba resolver sobre el posible envío a prisión del detenido o imputado, no podrá adoptar esta decisión sin que el Ministerio Fiscal o una parte acusadora lo solicite, por lo cual, aunque la decisión última corresponde al Juez, la iniciativa ha de llevarla a cabo el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora, sin cuya

² *Quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los 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.*

³ *Igual que la anterior.*

petición dicha medida no podría adoptarse, aunque el Juez la atendiera conveniente y estuviera dispuesto a acordarla.

Finalmente quisiera hacer una consideración sobre un aspecto de la reforma operada en el C. Penal que entró en vigor el pasado día 23 de Diciembre de 2.010, la cual, si bien no hace referencia directa a una medida cautelar, si puede resultar significativa del cambio de visión que experimenta el legislador acerca de la realidad y la problemática de la discapacidad. Dentro de las causas de agravación de las penas en los delitos que pudieran cometerse, una de ellas, la que se encontraba en vigor hasta el pasado día 22 de Diciembre de 2.010 era la que hacía referencia a “**Cometer el delito por discriminación referente a la enfermedad o minusvalía que padezca**” la víctima del mismo. Sin embargo, a partir del 23 de Diciembre de 2.010, por tanto, en la redacción vigente en el presente momento, tal causa de agravación ha modificado su enunciado, recogiendo como “**Cometer el delito por discriminación referente a la enfermedad que padezca o su discapacidad**”. Aunque la modificación del término minusvalía por el de discapacidad pueda parecer meramente cosmética, revela el convencimiento del legislador de que la persona discapacitada no ha de ser considerada como una persona enferma, pues en la redacción anterior se consideraba la minusvalía como un padecimiento de la persona con la carga peyorativa y las connotaciones que ello representa. Por el contrario, con la redacción vigente se evidencia que la persona discapacitada no ha de ser considerada como una persona socialmente limitada o con menor valía, lo cual entronca directamente con la preferencia por el denominado modelo “social” de protección a la discapacidad frente al modelo “médico”, a los cuales ya se han referido otros ponentes a lo largo de sus intervenciones durante estas jornadas.

LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS URGENTES EN ESTOS DELITOS.

El llamado “**juicio rápido**” ha sido introducido en nuestra legislación como consecuencia de la **Ley 38/2.002, completada por la Ley orgánica 8/2.002**. No es esta la primera ocasión en que un sistema similar de enjuiciamiento rápido se crea en nuestro derecho, puesto que ya en el año 1.992 se introdujo en la ley un llamado procedimiento abreviadísimo, que, sin embargo, fracasó en su aplicación, debido, fundamentalmente a la indefinición de funciones y de plazos que la ley no especificaba, lo que ha provocado que haya sido un procedimiento que no ha tenido utilización efectiva en nuestro derecho.

Sin embargo, la citada reforma legal, debido a la experiencia de estos diez años, ha procurado solventar estos problemas, haciendo una exacta distribución de funciones entre los cuerpos de seguridad del Estado y los órganos judiciales, y marcando unos concretos plazos legales en los que deberá llevarse a cabo toda la tramitación del procedimiento

La cuestión que cabe plantearse es *¿Cuál es el ámbito de aplicación de los juicios rápidos en la materia de conductas penales en las que las personas mayores o los ancianos aparecen como víctimas?*. Para responder a ello, debemos comentar que el

artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina el ámbito de aplicación, mediante lo que no es sino la concreción de las condiciones fácticas y procesales que deben reunirse en relación a unos hechos, de apariencia delictiva, y que suponen la aplicación del proceso penal rápido.

Este precepto viene a establecer el **carácter obligatorio** de acudir a este procedimiento cuando el proceso penal se incoe por unas concretas causas, aunque con la concurrencia de determinadas circunstancias:

El ámbito de aplicación del proceso penal llamado juicio rápido es el de los **delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años o cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años**, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe **en virtud de un atestado policial**.

Como podemos observar, en razón de la pena que se establece, y, a la vista de la que se recoge en todos y cada uno de los tipos penales más directamente aplicables para la protección de las personas mayores vulnerables o discapacitadas, casi todas las conductas señaladas están dentro del ámbito propio de estos juicios, ya que, salvo algunos tipos agravados del delito de lesiones y los delitos de detención ilegal, el resto de delitos tienen una pena inferior a los cinco años de privación de libertad. En consecuencia, es muy factible que este primer requisito pueda verse cumplido en una gran mayoría de los casos.

Señalado cual es el ámbito de aplicación de este procedimiento, ya se ha señalado que el primer requisito es que el proceso penal se inicia en virtud de **atestado policial**. Por tanto, no puede incoarse ningún procedimiento por Juicio rápido si no es por que la denuncia se formule, ante la policía o Guardia Civil, o bien en todos aquellos casos que la policía interviene sin denuncia previa de un particular, como puede ser el caso de un delito de desamparo, en el caso de que la víctima anciano, sea hallado directamente por los agentes de la autoridad. Este aspecto es importante, ya que **en caso de duda, el profesional o la persona que detecte la existencia de cualquier conducta delictiva relacionada con personas mayores de edad, debe acudir a la policía**, prefiriendo esta vía a la de acudir al Juzgado, ya que esta simple decisión frustraría la posibilidad de acudir al procedimiento de Juicio rápido. Téngase en cuenta que uno de los principios fundamentales de esta reforma es el hecho de que se hace pivotar toda la tramitación inicial del procedimiento en las actuaciones llevadas a cabo por la policía, que no pueden ser suplidas por el Juzgado.

El segundo requisito es que se produzca una detención por la policía de una persona y su puesta a disposición de la autoridad judicial o que, sin detención policial, el denunciado sea citado para comparecer al Juzgado de Guardia por haberse elaborado atestado policial de oficio o por denuncia previa. Es decir, **que tengamos plenamente identificado al presunto autor del delito**. Téngase en cuenta que en estos casos, inicialmente las sospechas recaerán sobre las personas, familiares o no, que se encuentren directamente al cuidado de la persona mayor, por lo que es posible que este requisito se pueda cumplir en un porcentaje elevado de los supuestos.

Además de todos los requisitos anteriores, deberá de concurrir **cualquiera** de las circunstancias siguientes:

* Que se trate de **delitos flagrantes**. (El propio precepto define la flagrancia y lo hace en relación al concepto dado en su día por el T. Constitucional en Sentencia 341/1993). Así, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. También se considerará delincuente *in fraganti* aquél a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

* Que se trate de **alguno de los siguientes delitos**:

1. Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
2. Delitos de hurto.
3. Delitos de robo.
4. Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
5. Delitos contra la seguridad del tráfico.
6. Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.
7. Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.
8. Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal

* Que se trate de un hecho punible cuya **instrucción sea presumible que será sencilla**.

Es importante señalar, a la vista de lo anterior, que **estas tres circunstancias últimas no tienen porqué concurrir conjuntamente**, sino que puede concurrir solo alguna de ellas, si bien en determinadas ocasiones convergerán las tres. Imaginemos por ejemplo que la policía es informada de la presencia de una persona anciana abandonada en la calle, y esta persona les manifiesta que sus hijos se han ido un fin de semana de vacaciones y lo han dejado en la calle, privándole de tomar su medicación absolutamente necesaria para mantener su salud. Aunque no se puede hablar de flagrancia, ya que la policía no ha presenciado por si misma el hecho del abandono, y no se trate de un delito de los especialmente recogidos en el catálogo que acabamos de exponer, ello no obsta para que el hecho delictivo pudiera enjuiciarse como Juicio rápido, ya que la pena a imponer no llegaría a los cinco años de prisión, la intervención inicial de la policía garantiza la existencia de atestado, y la instrucción del procedimiento sería presumiblemente sencilla: (declaraciones de la víctima y los guardadores legales; informe forense sobre la posible existencia de lesiones y la aportación al procedimiento de los antecedentes penales de los acusados, siendo ello suficiente para proceder a la celebración del Juicio).

Debemos señalar que la reforma legal que ha introducido el procedimiento de Juicios rápidos, igualmente ha instaurado un **sistema de enjuiciamiento rápido de las faltas que permite la celebración del Juicio en el plazo máximo de ocho días**, plazo que se ve reducido sustancialmente en el caso de faltas cometidas contra personas del ámbito familiar, que pueden enjuiciarse, incluso al día siguiente de denunciarlas, ya que la propia policía judicial, al recibir la denuncia, fija la fecha de juicio y cita a las partes,

debiendo simplemente comunicar al Juzgado la fecha de celebración que ha señalado para el Juicio, a fin de que el Juzgado tenga conocimiento de la misma y celebre el Juicio el día señalado.

LA DETECCIÓN DE SITUACIONES DE MALTRATO: ¿COMO ACTUAR?

Aunque en la parte inicial de esta exposición ya se ha hecho referencia a determinadas cuestiones relativas a la detección del maltrato, al analizar las formas y las causas del maltrato al mayor, se pretende exponer ahora unas pautas que desde una perspectiva pluridisciplinar médico-legal nos ayuden no solamente a detectar estas situaciones, sino también a conocer unos criterios básicos desde el punto de vista legal, de cuya correcta aplicación van a depender en gran medida el éxito o fracaso de un procedimiento penal que tenga por objeto castigar a las personas responsables de estos malos tratos.

Conocido es que en esta materia es fundamental el **papel preventivo**, comenzando por una prevención primaria que trataría de incidir sobre las causas sociales y culturales del problema, mediante una continua tarea educativa a nivel de la familia, la escuela, los medios de comunicación y de la sociedad, fomentando el reconocimiento y el respeto a las personas mayores y discapacitadas.

La intervención de los profesionales sanitarios o asistenciales en la práctica en **prevención primaria** debería ir canalizada fundamentalmente a:

- Detectar los **factores de riesgo** del anciano y del cuidador y las situaciones de mayor vulnerabilidad para que el maltrato se produzca.
- **Canalizar las intervenciones** para modificar los factores de riesgo
- **Apoyar a los cuidadores**: vigilar y actuar ante situaciones de estrés y sobrecarga emocional, que pueden constituir el desencadenante de la violencia.

Sin embargo, es evidente que, detectado el maltrato, esta labor de prevención primaria debe de dejar paso a otro tipo de actuaciones, algunas igualmente preventivas, aunque situadas a un segundo nivel de prevención, y otras directamente de intervención sobre el problema que ya se ha planteado.

A nivel de **Prevención secundaria**, con el objeto de detectar precozmente situaciones de maltrato, ha demostrado su eficacia la utilización de **instrumentos de cribado para la detección del riesgo** de abuso mediante la identificación de factores de riesgo. Dentro de que no se dispone en la actualidad de ningún protocolo estandarizado, podemos señalar recogiendo las investigaciones en esta materia de la profesora M^a del Carmen Fernández Alonso dos de estos instrumentos que han revelado su eficacia:

El primero de ellos es el ***Indicators of Abuse Screen*** (Reis et Nahmiash,1998), que consta de 29 ítems agrupados en tres categorías; debe de ser administrado por profesionales y se invierten unos 20 minutos en su realización. Este instrumento ha demostrado su validez, aunque tiene limitaciones para su uso rutinario por su extensión.

Otro instrumento de valoración de riesgo (riesgos futuros) se utilizó en el **programa APS (Goodrich 1997)**, publicado en Journal of Elder Abuse & Neglect..1997. Consta de 33 ítems que se agrupan en 5 categorías (referidas al anciano, al entorno, servicios de soporte, antecedentes familiares de abuso y al agresor) y a su vez clasifica la situación del anciano como de riesgo bajo, moderado o alto.

En esta materia, La **Asociación Médica Americana (AMA)** recomienda que los médicos **interroguen rutinariamente a los ancianos** con preguntas directas acerca del maltrato, recomendando la utilización rutinaria de instrumentos de cribado para la detección de maltrato en ancianos y aconsejan estar alerta ante signos y síntomas clínicos y de conducta relacionados con maltrato y negligencia y sugieren **incluir preguntas en el curso de la consulta ordinaria para detectar riesgos o signos de maltrato**, tratando de identificarlos precozmente a través de la entrevista y la exploración, dando prioridad a aquellas personas con factores de riesgo o situaciones de mayor vulnerabilidad.

Una vez que mediante las anteriores actuaciones o cualquier otra se ha detectado la posible existencia de situaciones de maltrato, es importante mantener unas **pautas de comportamiento** que, aunque en la mayor parte de la literatura existente sobre la materia, se orientan directamente hacia los profesionales médicos, deben ser, en la medida de lo posible aplicadas por cualquier profesional sanitario o de Servicios sociales que detecten dicha situación, ya que muchas de estas actuaciones no tienen un componente exclusivamente médico.

Estas pautas de actuación podemos resumirlas, siguiendo igualmente a la profesora M^a del Carmen Fernández Alonso en las siguientes:

1.- Realización de la entrevista al anciano por el médico de familia o personal de servicios sociales correspondiente. Debe procurarse un ambiente de tranquilidad y sin prisas. En el curso de la entrevista se **preguntará por factores de riesgo y se investigarán signos de alerta o indicios** que nos hagan pensar en la posibilidad de maltrato por sus actitudes, comportamientos o síntomas.

2.- Explorar cuidadosamente signos físicos como lesiones o hematomas; detectar **incongruencias entre las lesiones y las explicaciones** sobre como se produjeron; valorar la existencia de desnutrición sin motivo aparente, deshidratación, caídas reiteradas, demora en la solicitud de atención, visitas frecuentes a urgencias por motivos cambiantes, contradicciones en el relato de lo sucedido entre paciente y el agresor.

3.- Explorar actitudes y estado emocional: miedo, inquietud, pasividad, así como la presencia de síntomas psíquicos: alteración del estado de ánimo, depresión, ansiedad,

confusión etc. Específicamente para el personal médico es importante valorar siempre el riesgo de suicidio, el acceso a los medicamentos y la vigilancias de las tomas.

4.- Si se ha llegado al conocimiento de la existencia de una situación de maltrato, es preciso hacer una **valoración inicial de la situación de riesgo**, investigar si es una situación aguda o crónica; valorar el riesgo potencial de las lesiones, si hay riesgo inmediato (físico, psíquico o social) y **establecer un plan de actuación integral**.

Tras la exploración y valoración, si el personal facultativo lo entiende procedente, deberá hacer un **parte de lesiones con remisión al juez de Guardia o la policía**, (en el caso de que, por las manifestaciones del paciente pueda identificarse al autor del maltrato). En este sentido debemos ser conscientes que con frecuencia nos vamos a encontrar con el rechazo del anciano víctima de maltrato a formular la denuncia, ya que casi siempre el agresor es un miembro de la propia familia. Esta situación plantea con frecuencia un conflicto ético para el profesional con el paciente y con la familia. Sin embargo, **la obligación de denunciar la posible comisión de un hecho delictivo es una obligación absoluta** que no puede ser obviada por que la víctima nos manifieste su deseo en sentido contrario. Si se conoce la existencia de una situación de maltrato, este debe ser denunciado, y para ello se cuenta cada vez más con protocolos médicos para su remisión al Juzgado de Guardia o la Policía que deben ser obligatoriamente cumplimentados.

Hemos señalado anteriormente la necesidad de establecer un plan de actuación integral y coordinado para el abordaje del problema, para ello es necesario un **contacto fluido entre el trabajador social y los servicios sociales**, así como los servicios especializados, si fuera preciso y **el personal facultativo o asistencial**. En los casos de riesgo inmediato de cualquier tipo debe remitirse siempre a los servicios especializados y/o sociales.

Dentro de esta actuación integral, deberemos informar al paciente o la víctima de las consecuencias del maltrato y **buscar una estrategia de protección y un plan de seguridad** (dar teléfonos por escrito de urgencias, policía, concertar un sistema de teleasistencia, etc.). Si el anciano no está capacitado, deberemos poner en conocimiento de los servicios sociales y de protección al adulto su situación, y, en todo caso, hacer un parte de lesiones si se detectan y **comunicarlo inmediatamente al juez de Guardia**. Esta obligación de poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial, como ya se ha dicho, no es electivo, siendo una obligación del profesional en todo caso. Solamente en el caso de que la estrategia diseñada obtenga el fruto de una clara voluntad de denunciar por parte de la víctima, siempre que tenga suficiente juicio y capacidad para ello, deberemos informarle de los pasos legales para formalizar la denuncia. Sin embargo, ante la duda de que la víctima llegue a materializar su denuncia, **debemos denunciar los hechos**.

A un segundo nivel de esta estrategia, una vez llevadas a cabo las actuaciones más urgentes, el profesional intentará: **evitar el aislamiento social** del mayor, proponiéndole y facilitándole coordinadamente con los servicios sociales el acceso a servicios de atención a domicilio, Centros de día, o, incluso la tutela por parte de Servicios Sociales, puesto que

el profesional **debe valorar la necesidad de institucionalizar al anciano si la familia no puede garantizar su atención.**

Pero esta estrategia también **debe orientarse a la persona que maltrata**, cuando ésta es el cuidador o familiar, ya que, en muchos casos el maltrato no obedece a una intención maliciosa o incluso delictiva, sino que se produce por la falta de preparación del cuidador en la atención al mayor, lo cual puede provocarle situaciones de agresividad o frustración, que se proyectan hacia el anciano, al cual, el cuidador identifica como causa de su situación. En esta dinámica, es fundamental **reducir el estrés de la familia o del cuidador** a través de medidas como facilitar el contacto con grupos de apoyo (voluntariado, asociaciones de enfermos o de familiares de enfermos); garantizar periodos de descanso al cuidador (facilitando personas de apoyo de atención a domicilio de servicios sociales o voluntarios, estancias en centros de día, o centros de corta estancia), o dar apoyo técnico y emocional al cuidador.

Si el **cuidador padece un problema psiquiátrico o de consumo de alcohol o drogas**, debe realizarse entrevista intentado conocer el estado emocional de la persona y facilitar apoyo y tratamiento de problemas psiquiátricos o toxicomanías si las hubiere.

En conclusión, a la vista de todo lo expuesto podemos decir que es mucho lo que se ha avanzado en el terreno de la sensibilización y protección de los mayores de edad en el caso de los malos tratos contra ellos, pero igualmente, es mucho lo que queda por hacer. La legislación en esta materia no es perfecta, (pocas cosas lo son), pero si puede considerarse progresista y avanzada y, posiblemente ofrezca elementos suficientes para tutelar y proteger a los mayores desvalidos víctimas de conductas delictivas. El siguiente paso es que quien debe de solicitar y aplicar estas medidas, (los operadores jurídicos), seamos valientes en nuestros planteamientos y decididos ante la protección de personas mayores maltratadas a fin de transmitir al conjunto de la sociedad que estas personas pueden demandar y obtener una protección efectiva frente a los ataques a su integridad física, psíquica, moral o económica.