Carlos-Eloy Ferreirós Marcos

Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario

N.º 27

colección:

CERMIES

CAJA MADRID
OBRA SOCIAL

Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario

CARLOS-ELOY FERREIRÓS MARCOS

Colección:

Director: Luis Cayo Pérez Bueno

El 7 de noviembre de 2006, el Jurado del ***PREMIO CERMI - Obra Social Caja Madrid "DISCAPACIDAD Y DERECHOS HUMANOS" 2006***, compuesto por Luis Cayo Pérez Bueno, Secretario General del CERMI, en calidad de Presidente, y María Fernanda Ayán San José, Directora de Programación y Concertación Asistencial de la Obra Social Caja Madrid, Mercedes Guerrero Galiano, Directora del Departamento de Personas Dependientes de la Obra Social Caja Madrid, Rafael de Lorenzo García, Secretario General del Consejo General de la ONCE, Fernando Fernández-Arias Minuesa, Director de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Silvia Escobar Moreno, Embajadora Extraordinaria para cuestiones de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Antonio Luis Martínez Pujalte, Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche, Miguel Ángel Cabra de Luna, Director de Relaciones Sociales e Internacionales de la Fundación ONCE y Ana Peláez Narváez, miembro del Consejo General de la ONCE y Comisionada de Mujer del CERMI, todos ellos en calidad de miembros, adoptó por unanimidad el acuerdo de conceder el premio a la obra *"Salud mental y derechos humanos: La cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario"*, presentada por Carlos-Eloy Ferreirós, que con arreglo a las bases del Premio se publica en forma de libro en la colección *cermi.es*.

© Del texto: Carlos-Eloy Ferreirós Marcos, 2007
© De esta edición: CERMI, 2007
© De la ilustración de cubierta: David de la Fuente Coello, 2007

Edita: Comité Español de Representantes de
Personas con Discapacidad - CERMI
Edición: Mayo 2007
Depósito legal: M. 20.489-2007
Imprime: Gráficas Alvani

A las mujeres que han puesto color y armonía en mi vida, mi esposa Carmen, mis hijas María y Sara, mi madre Trinidad, y mi segunda madre, Paquita.

ÍNDICE

ÍNDICE

I. PLANTEAMIENTO 16

II. LOS PRECEDENTES DEL SISTEMA ASILAR 20

III. LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ASILAR EN EUROPA 28

1. El surgimiento del sistema asilar 28
   - 1.1. La situación en el Reino Unido 28
   - 1.2. La situación en Francia 30
   - 1.3. La situación en Alemania 34
   - 1.4. La situación en Italia 36
   - 1.5. La situación en Portugal 39
   - 1.6. La situación en Estados Unidos 41
   - 1.7. La situación en España 43

2. Breve exposición de las ideas que fueron configurando el desarrollo de la psiquiatría pública 47
   - 2.1. El «tratamiento moral» 47
   - 2.2. La teoría de la degeneración 51
   - 2.3. El auge de la clínica universitaria 53
   - 2.4. De los inicios del siglo XX a la segunda guerra mundial 57
     - 2.4.1. La clasificación de las enfermedades 57
     - 2.4.2. Las distintas teorías 58
     - 2.4.3. La mejora de la organización y de los medios humanos y materiales. 60
       - A. La construcción de los establecimientos. 60
       - B. La mejora de las condiciones higiénicas y materiales 61
       - C. La formación del personal sanitario subalterno 61
       - D. La hospitalización voluntaria y los servicios abiertos 61
     - 2.4.4. La liga de higiene mental. 62
     - 2.4.5. La privación absoluta de derechos: el movimiento eugenésico y la operación eutanasia.. 64
     - 2.4.6. La evolución en España 68

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN 72

1. Introducción 72

2. El proceso de cambio 73
   - 2.1. Inglaterra y Gales 73
   - 2.2. Francia 76

2.3. Estados Unidos 79
2.4. Alemania 82
2.5. Italia 85
2.6. Portugal 88
2.7. España 91

3. Las causas 96

4. Las corrientes críticas 96
4.1. Los sociólogos Erving GOFFMANN y Thomas J. SCHEFF ... 97
4.2. Ronald David LAING y David COOPER 103
4.3. Thomas Stephen SZASZ 107
4.4. Michel FOUCAULT 110
4.5. El movimiento de sobrevivientes a la psiquiatría 122

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS 126

1. La óptica civil 126
1.1. Las normas sobre incapacitación 126
1.1.1. Capacidad e incapacitación 126
1.1.2. La determinación judicial de incapacidad. Evolución del proceso 128
1.1.3. La importancia de la graduación 133
1.1.4. Familia, instituciones tutelares y cuidado y atención de la persona 134
1.1.5. Mecanismos de representación y derechos de la personalidad 143
1.2. Las normas sobre internamiento 157
1.2.1. La evolución en Europa: De la ley francesa de 1838 a la actualidad 157
1.2.2. La legislación española de internamiento 163
A. Etapa anterior al Real Decreto de 1885: Reglamentos de los establecimientos 165
B. El Real Decreto de Romero y Robledo 167
C. El Decreto de 3 de julio de 1931 172
D. La reforma de 1983 y sus sucesivas modificaciones 177

2. La óptica penal 189
2.1. La expansión del concepto de locura penalmente irrelevante: la inimputabilidad 189
2.2. La elaboración de un nuevo sistema de consecuencias jurídicas: el sistema de las medidas de seguridad 199
2.3. La especialización de las instituciones 205

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS 224

1. El marco de los derechos humanos..... 224
   1.1. Introducción 224
   1.2. Libertad ambulatoria..... 228
   1.3. Igualdad en el acceso a los servicios socio-sanitarios 239
      1.3.1. Estado de la cuestión previa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad..... 240
      1.3.2. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad 251
      1.3.3. Incorporación de estos principios al ordenamiento jurídico español 255
   1.4. El derecho al consentimiento informado en las intervenciones médicas y su aplicación al ámbito de la salud mental 273
      1.4.1. Nacimiento de la bioética 273
      1.4.2. Principios fundamentales de la Bioética y su relación con el Derecho..... 275
      1.4.3. El consentimiento informado 278
      1.4.4. Las excepciones al principio general..... 281
      1.4.5. La relación médico-paciente como contrato... 282
         A. Condiciones externas de validez (vicios de la voluntad)..... 284
         B. Condición interna de validez (determinación de la capacidad)..... 286
      1.4.6. El denominado consentimiento por sustitución o por representación 292

2. Tratamiento 297
   2.1. ¿Existen las enfermedades mentales?..... 297
   2.2. Tratamiento de los trastornos mentales 305

3. Ambulatorio..... 307

4. Involuntario..... 322
   4.1. La diversa regulación del sistema en las enfermedades mentales y las somáticas en el Convenio de Oviedo 322
   4.2. ¿Qué definimos por involuntario? 324
   4.3. El tratamiento asistido..... 328
   4.4. El modelo de condicionamiento de beneficios 333
      4.4.1. Situaciones derivadas de la inserción social o de la convivencia..... 334

A. Ayudas sociales que contemplan planes de inserción. 334
A.1. Las prestaciones de renta mínima .. 334
A.2. La renta activa de inserción 337
B. Situaciones derivadas de la convivencia .. 340
B.1. Familiar 340
B.2. Comunidades de vecinos 341
4.4.2. Cuestiones derivadas de la protección de los derechos de terceros 343
A. Separación de los hijos 343
B. Licencias de actividades 346
B.1. Ejercicio de determinadas actividades profesionales 346
B.2. Permiso de conducir 347
B.3. Permiso de armas 350
4.5. El modelo de las instrucciones previas 352
4.6. Las diferentes intervenciones sanitarias: la estructura legal en materia de capacidad de decisión 358
Excurso: El papel de las asociaciones de familiares y usuarios 360

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN 368

1. Capacidad de decisión. ¿Cómo se determina? 368

2. Recomendaciones internacionales y principios básicos sobre el tratamiento involuntario ambulatorio. 374
2.1. La Recomendación Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa 374
2.2. Posición de la Organización Mundial de la Salud 377
2.3. Presupuestos y principios de aplicación 378

3. Formas de imposición de tratamiento involuntario ambulatorio bajo control de tribunales 385
3.1. Medidas vinculadas al internamiento 385
3.1.1. Libertad a prueba 385
3.1.2. Alternativa menos restrictiva a la hospitalización 397
3.2. Medidas vinculadas a la declaración de incapacidad . 402
Excurso: Personas jurídicas públicas tutoras 415
3.3. Medidas con sustantividad propia 421
3.3.1. El proceso en los países del *common law* 423
Estados Unidos 423
Canadá 430

Nueva Zelanda 433
Australia 434
3.3.2. El proceso en los países europeos 443
Reino Unido 444
Italia 460
Alemania 465
3.3.3. El proceso en España 472
La proposición de Ley de CiU presentada el 06/07/2004 472
El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria presentado el 20/10/2006 483

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO 500

1. Introducción 500

2. Sumisión a tratamiento externo por salud mental motivado por la imposición de una medida de seguridad 502
   2.1. Principios y presupuestos que resultan directamente de la ley 502
   2.2. Problemas de aplicación práctica en la medida de sumisión a tratamiento externo 505

3. Sumisión a tratamiento externo por salud mental motivado por cuestiones propias del proceso penal 509
   3.1. Aplicación de medidas de seguridad con carácter cautelar 509
   3.2. Sumisión a tratamiento externo durante el período de observación 514
   3.3. Sumisión a tratamiento externo en los casos de pérdida de la capacidad procesal 515
   3.4. Sumisión a tratamiento externo en los casos de pérdida de la capacidad para comprender el sentido de la pena 518

4. Sumisión a tratamiento externo por salud mental motivado por la aplicación de los denominados sustitutivos de las penas privativas de libertad 520
   4.1. En la suspensión de la ejecución 520
   4.2. En la sustitución de las penas privativas de libertad .. 526
   4.3. En la libertad condicional 529

5. Medidas penales y medidas civiles: su conexión 532
   Excurso: La denominada «custodia familiar» 536

IX. LOS ASPECTOS DIFERENCIALES DEL SISTEMA DE ATENCIÓN A LAS DEPENDENCIAS 542

1. Aspectos civiles 542
   1.1. Introducción 542
   1.2. Proceso terapéutico 543
   1.3. Datos estadísticos 548
      1.3.1. Patrones de consumo 548
      1.3.2. Indicadores asistenciales 550
      1.3.3. Urgencias hospitalarias por reacción aguda a sustancias psicoactivas 551
      1.3.4. Indicadores de mortalidad 552
   1.4. ¿Tratamiento externo involuntario? 552

2. Aspectos Penales 554
   2.1. Introducción 554
   2.2. La intervención penal motivada por la posesión no preordenada al tráfico. Perspectiva internacional 556
      2.2.1. La legislación española sobre consumo de drogas 561
      2.2.2. La legislación francesa sobre consumo de drogas: l'injonction thérapeutique 567
   2.3. Principales diferencias respecto al tratamiento involuntario en materia de salud mental 571
      2.3.1. La línea jurisprudencial de aplicación de medidas de seguridad en la atenuación del artículo 21.2 y atenuación analógica del 21.6 en relación con el artículo 21.1 del Código Penal 571
      2.3.2. La suspensión de la ejecución en los casos del artículo 87 del Código Penal 574
      2.3.3. Las reglas de conducta en la libertad condicional 577
   2.4. El supuesto de atenuación previsto en el artículo 376 del Código Penal 580

X. LA DENOMINADA PATOLOGÍA DUAL 584

1. Introducción 584

2. Problemas que presenta el tratamiento a largo plazo 585
   2.1. Sistemas de atención separados 585
   2.2. Dificultades de detección 587
   2.3. Insuficiencia de estudios epidemiológicos 589
   2.4. Mal pronóstico y dificultad de tratamiento 589
   2.5. Patología dual e infracciones penales 591

XI. MENORES DE EDAD 594

1. Aspectos diferenciales en el ámbito civil 594
   1.1. La red asistencial infanto-juvenil 594
   1.2. El consentimiento informado de los menores 596
   1.3. El sistema de protección 603

2. Aspectos diferenciales en el ámbito penal 607
   2.1. Introducción 607
   2.2. Marco de la Ley Orgánica 5/2000 610
   2.3. La medida de tratamiento ambulatorio 613

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA 620

1. Introducción 620

2. El tratamiento Involuntario Civil desde una perspectiva terapéutica 622
   2.1. Críticas a la aplicación de los tratamientos involuntarios en la comunidad 622
      2.1.1. Ausencia de eficacia probada 623
      2.1.2. Ruptura de la alianza terapéutica e incremento de la coerción 626
      2.1.3. El debate sobre los medios y la concepción de los servicios 631
      2.1.4. Incidencia de posibles demandas de responsabilidad civil 634
   2.2. Las estadísticas de la aplicación de la Ley Kendra (Nueva York) 642
   2.3. Experiencias en España 651

3. Juzgados de solución de problemas y perspectiva penal 654
   3.1. «Drug Treatment Courts» 654
   3.2. «Mental Health Courts» 660
   3.3. El problema de la patología dual 663
   3.4. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como posible Juzgado de solución de problemas 664

Epílogo: De las herramientas a los perfiles humanos. Una experiencia personal 669

XIII. CONCLUSIONES 686

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 696

ABREVIATURAS MÁS CITADAS

BOE – Boletín Oficial del Estado
CC – Código Civil
CP – Código Penal
LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim – Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.O. – Ley Orgánica

BASES DE DATOS MÁS CITADAS

EDL – Base de datos EL DERECHO LEGISLACIÓN
EDJ – Base de datos EL DERECHO JURISPRUDENCIA

LEGIFRANCE (http://www.legifrance.gouv.fr)
LEGILUX (www.legilux.public.lu)
BELGIQUELEX (http://www.belgiumlex.be)

BELEX – Cantón suizo de Berna (http://www.sta.be.ch/belex/f/).
RSJU – Canton suizo de Jura (http://extranet.ju.ch/extranet/common/rsju/index.html)

FINDLAW (http://www.findlaw.com/casecode)
ALASKA LEGISLATURE (http://w3.legis.state.ak.us/home.htm)

BAILII – British and Irish Legal Information Institute (http://www.bailii.org/)
AustLII – Australasian Legal Information Institute (http://www.austlii.edu.au/)
CanLII – Canadian Legal Information Institute (http://www.canlii.org/)
IRLII – Irish Legal Information Initiative – (http://www.irlii.org)

Interim Website of New Zealand Legislation (http://www.legislation.govt.nz/)
South African Government Information (http://www.info.gov.za/documents/acts/index.htm)

Bundesgerichtshof (http://www.bundesgerichtshof.de)
Corte Costituzionale della Repubblica Italiana (www.cortecostituzionale.it)

European Legal Database on Drugs (http://eldd.emcdda.europa.eu)

INDICE DE FIGURAS, TABLAS Y GRÁFICOS

Fig. 1. Estado de ratificaciones (rojo) y firmas (amarillo) del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (a fecha 27/01/2005). 477
Fig. 2. Porcentaje de infracciones penales de droga relacionadas con el consumo o posesión para consumo, 1996-2003 560
Fig. 3. España, 2003. Expedientes incoados, sanciones administrativas por consumo o tenencia de drogas en la vía pública y sanciones suspendidas por someterse a tratamiento de deshabituación (números absolutos)..... 565
Fig. 4. Gráfico comparativo de Expedientes, Sanciones y Suspensiones 566
Fig. 5. Evolución del número de sanciones suspendidas (1996-2003) 566
Fig. 6. Porcentaje de suspensiones por Comunidades Autónomas (3.949 = 100 %)..... 567
Fig. 7. Evolución del nº de conminaciones ordenadas por el Fiscal en Francia (1971-1996) 570
Fig. 8. Servicios de tratamiento integrado en varios países europeos . 586
Fig. 9. Juzgados de Solución de Problemas en funcionamiento, a diciembre de 2003, en Estados Unidos..... 620
Fig. 10. Fuentes de remisión a los programas de «Drug Courts» en Estados Unidos (2002) 655
Fig. 11. Evolución de los Programas de Drug Treatment Courts en USA (1989-2003)..... 656
Fig. 12. Hospital Psiquiátrico de Alicante 1964 673
Fig. 13. Unidad de Salud Mental 2002..... 674

I. PLANTEAMIENTO

I. PLANTEAMIENTO

Los tratamientos involuntarios en la atención a la salud mental han constituido, desde siempre, objeto de polémica. La introducción creciente en las legislaciones de las sociedades democráticas de formas de tratamiento involuntario fuera del hospital ha originado un serio debate en todo el mundo. La actual tramitación de una proposición de ley en nuestro país no ha sido ajena a este panorama internacional. La actual tramitación de una proposición y de un proyecto de ley en nuestro país no han sido ajenas a este panorama internacional.

El presente trabajo pretende adentrarse tanto en las distintas formas de aparición de tratamientos involuntarios en el espacio de la salud mental como en las razones que los han motivado y los peligros que encierra, tratando de dar respuesta a algunos interrogantes que dichas medidas plantean, proponiendo soluciones a los mismos.

Es imposible formarse una opinión en el complejo ámbito de la salud mental sin previamente tener una noción general de la evolución del sistema socio-sanitario, de las ideas que lo fueron forjando y de sus corrientes críticas. Paralelamente, es necesario entender que las formas jurídicas que se han ido creando guardan directa vinculación con el citado sistema y con la concepción general que la sociedad presenta respecto a las personas que padecen enfermedades mentales. A este fin van destinados los primeros epígrafes que intentarán sistematizar la evolución histórica y el punto de ruptura que supuso el fenómeno de la desinstitucionalización de los años 70 y 80 del siglo XX, por un lado, y el cuadro general de las figuras jurídicas clásicas para poder permitir formarse un marco del sistema de medidas, las relaciones que guardan entre sí y la importancia y alcance de cada una de ellas.

Tras estos primeros epígrafes, que no forman una mera introducción sino que van más allá al sentar las bases de la discusión posterior, es necesario abordar los elementos básicos que constituyen los pilares de las nuevas medidas. Tales son el marco general de los derechos humanos y la definición de lo que constituye «tratamiento», lo que se entiende por «ambulatorio» y lo que se estima «involuntario». Pese a la aparente sencillez de estas cuestiones, la determinación de estos conceptos encierra numerosas cuestiones y variados puntos de vista.

El tercer bloque temático lo integraría el ámbito general del tratamiento externo involuntario: los casos de ausencia de capacidad de decisión. En ellas tiene una especial incidencia el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo y la Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales. En este epígrafe también examinaremos los problemas que plantean la proposición y el proyecto de ley que se están tramitando en nuestras Cortes Generales, todo ello desde una perspectiva amplia y de derecho comparado.

El cuarto bloque temático lo integraría el otro gran apartado de casos que dan lugar a tratamiento involuntario externo: la protección de los derechos de

terceras personas, en el que se incidirá básicamente en los aspectos penales y las diferencias que guarda nuestra legislación con la de los restantes países.

Un quinto bloque está constituido por aquellos subsistemas que presentan características diferenciales y que hemos agrupado en tres: la dependencia a las drogas, la denominada patología dual y las peculiaridades del derecho de menores de edad. En estos epígrafes se analizarán, conjuntamente, las ópticas civiles y penales.

Por último, nuestro estudio va a ir dirigido a la búsqueda de posibles soluciones desde una perspectiva bien determinada: el de las denominadas «Problem-Solving Courts». Como es sabido, tradicionalmente los juzgados funcionaban exclusivamente como mecanismos gubernamentales de resolución de conflictos, tanto privados (propiedad, contratos…) como públicos (como, por ejemplo, en el marco del Derecho penal). En todos estos casos, su función básicamente consistía en ubicarse como árbitros neutrales de la contienda decidiendo a favor de una u otra parte con fundamento en la prueba de los hechos históricos que se evidenciaban en los procesos. Sin embargo, en estos últimos años, los «juzgados de solución de problemas» surgen para intentar resolver no sólo los aspectos objeto de la disputa sino también la serie de problemas humanos que son causa de las mismas, lo que implica la conexión con servicios sociales, sanitarios o de otra índole. El Juzgado pionero ha sido el de menores, pero han seguido otros muchos entre los que cabe destacar, precisamente, las denominadas «drug-courts». Desde las primeras en 1989 hasta el momento actual (en el que existen más de 1.200 en Estados Unidos) puede hablarse de una evolución en la especialización que abarca otras materias como «family courts», «domestic violence courts», «mental health courts»…

Es evidente que nuestro país no se ha sustraído a este movimiento que tiene carácter internacional. Buena prueba de ello es la reciente creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El análisis de las instituciones jurídicas y criterios materiales de aplicación resulta novedoso y, estimo, digno de un análisis detallado, resultando particularmente de interés el inicio de esta corriente en la materia objeto de estudio en los denominados Juzgados de Incapacidades que, aunque creados por turno de reparto y no por especialidad propiamente dicha, constituyen una modalidad de los juzgados de solución de problemas en el ámbito civil y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que, a pesar de los muchos aspectos criticables que presentan, pueden constituir otro de tipo de esta modalidad de juzgados y permitir un mejor acercamiento a las posibles soluciones que exige el tema central de nuestro estudio.

El presente trabajo finalizó el 20 de julio de 2006 para su depósito provisional como memoria para la obtención del título de doctor en la Universidad de Alicante. Con motivo de su presentación a la candidatura del premio «Discapacidad y Derechos Humanos, 2006», se procedió a una primera actualización a primeros de septiembre de ese año con objeto de incorporar algunos elementos de la

futura Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad que ya se encontraba en una fase muy adelantada. En febrero de 2007 se ha procedido a una nueva actualización motivada por una nueva corriente legislativa en materia de discapacidad y sucesivos cambios que afectan a la materia central de este trabajo, destacando la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización y la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

II. LOS PRECEDENTES DEL SISTEMA ASILAR

II. LOS PRECEDENTES DEL SISTEMA ASILAR

Los griegos comprendieron la locura como una transformación del hombre en otro ser distinto mediante una fuerza proveniente de un lugar desconocido (*energoumenos*), idea que será asimilada por los romanos en el concepto del *mente captus*. Ese sentido será recogido por la tradición cristiana al identificar al enfermo como ser «poseído» por el demonio que domina su cuerpo, pero no su alma inocente, noción que, llevada a sus últimas consecuencias, supuso la existencia de los procesos de brujas en los que el fuego de la hoguera era concebido como la liberación del espíritu del cuerpo poseído, período que ocupó los siglos XV, XVI y XVII en Europa [1]. Pero la conciencia del loco como «bestia», como animal salvaje, que puede ser enjaulado y exhibido como objeto de feria permanecerá mucho más tiempo en la conciencia popular [2].

Las formas jurídicas se estructuraron siguiendo la tradición del Derecho Romano, creando formas de guarda centradas, fundamentalmente, en la protección del patrimonio familiar, y, en los aspectos penales, recogiendo el principio general de irresponsabilidad [3].

La práctica en el cuidado cotidiano de las personas con enfermedades mentales era la vigilancia en el seno familiar, en ocasiones en situaciones francamente indignas, la existencia errante de aquellos que carecían de familia o no se ocupaban de él (lo que determinaba el desarraigo, los malos tratos por parte de una sociedad recelosa e incluso la expulsión de las ciudades, confiándolos a mercaderes o a barqueros) [4], y, en ocasiones, en los casos de

---

[1] Foucault, Michel. «El sentido histórico de la alienación mental», en *Enfermedad mental y personalidad*. Ed. Paidos, Barcelona, 1991, páginas 88 y ss. Sobre los procesos de brujería, Rosen, George. *Locura y sociedad. Sociología histórica de la enfermedad mental.* Alianza Universidad, Madrid, 1974. Páginas 20 a 34 y la bibliografía que allí se cita. Aunque el proceso social es mucho más complejo y anterior, en 1326 el Papa Juan XXII publicó la bula *Super Illius specula* en la que equiparaba a los magos y brujos con los herejes, sometiéndolos a los procedimientos y tribunales de la Inquisición. En 1484, Inocencio VIII publicó otra bula, *Summis desiderantes*, sobre las brujas. Cinco años después, los dos principales inquisidores de Alemania, Heinrich Krämer y Jacobo Sprenger, publicaron el *Malleus Maleficarum* (martillo de brujas) como manual de procedimiento y teoría para los procesos de brujería. Algunas de las personas que se enfrentaron a esos procesos padecía enfermedad mental pero naturalmente, no todas ni su mayoría. En España, en 1537, la propia Inquisición reconoció que los supuestos brujos podían ser personas con enfermedad mental y constan varios casos en los que tales individuos fueron trasladados a hospitales (*op. cit.*, página 28).

[2] Gracia, Diego y Lazaro, José. «Historia de la Psiquiatría»; en *Manual de Psiquiatría* de Ayuso Gutierrez y Salvador Carulla. Vol. I; Ed. Mc Graw Hill, 1994, páginas 22 a 26.

[3] Así, en las Partidas (7º, título I, ley IX) se recogia al loco, furioso o desmemoriado que *«non pueden acusar de cosa que fiziesse mientras le durare la locura»*. Para una exposición de nuestra legislación histórica penal: Doval Pais, Antonio. *Enajenación y trastorno mental transitorio: consecuencias jurídico-penales*. Universidad de Alicante, 1989. El autor exceptúa la dicción del Fuero Real del siglo XIII que declaraba en la Ley I, del Título II, del Libro I: *el loco en la culpa será cuerdo por la pena.)*

[4] Foucault, Michel. *Historia de la locura en la época clásica.* Fondo de cultura económica. Madrid, 1991. Vol. I, página 21; Rosen, George. *Op. cit.*, páginas 181 y ss. Como señala este último autor, la conciencia de la responsabilidad pública respecto al enajenado era limitada. La tutela del enfermo mental recaía sobre parientes o amigos, ocupándose la comunidad sólo de aquellos que consideraba peligrosos o subversivos. A los inofensivos se les permitía vagar por las calles y los caminos, a otros se les arrojaba de las ciudades a fuerza de azotes. Un grupo característico de «locos errantes» fue el de los denominados hombres de Abram o Toms o'Bedlam, pacientes despedidos del Hospital de Bedlam (aunque muchos se hacían, simplemente, pasar por tales) a los que se autorizaba a mendigar, siendo identificados con una placa de metal en el brazo izquierdo, que constituyeron una escena familiar en Inglaterra hasta el final del siglo XVII.

personas con graves trastornos de conducta, el ingreso en establecimientos carcelarios.

La misma tradición cristiana que dulcificó el sentido originario de la patria potestad en la Edad Media fue la que, con un sentido humanista, empezó a crear establecimientos destinados al cuidado y asistencia en el siglo XV. Así se crearon en España los Manicomios de Valencia (1409), Zaragoza (1425), Sevilla (1436), Toledo (1480), Valladolid (1489) y, posteriormente, Granada (1527).

En general, en Europa existían establecimientos para el ingreso de «locos» (así, Bethlehem —Bedlam— en Inglaterra, el Châtelet de Melun y la Torre de los Locos de Caen en Francia o los *Narrtürmer* de Lübeck y Hamburgo en Alemania [5]). Sin embargo no será hasta finales del siglo XVIII en el que se adoptará de una manera oficial el Manicomio como forma aceptada de tratamiento de la locura, desde todos los puntos de vista: científico (dando aparición a los inicios de la ciencia psiquiátrica), legislativo y social.

Aunque la afirmación del alienista alemán Ullesperger (1871) de que Valencia había establecido «el primer manicomio del mundo» [6] dista mucho de ser pacíficamente aceptada, es cierto que la historia de esta ciudad reúne excelentes condiciones para cualquier estudio en profundidad sobre el tratamiento que la sociedad ha dispensado a la locura. A juicio de POLO [7], bastan dos argumentos para justificar este aserto: a) la novedosa iniciativa asilar que supuso la segregación formal de la locura por medio de instituciones específicas que tuvo rápida aceptación al expandirse poco después por toda la geografía española; b) La continuidad en la asistencia que desde 1409 se ha venido produciendo de forma ininterrumpida que permite investigar todo el proceso histórico merced a que la documentación ha sido conservada con esmero a lo largo de los siglos.

Tras la conquista de la ciudad en 1238, el Reino de Valencia fue organizando sus instituciones y sus propias formas jurídicas que permanecieron hasta la abolición de los fueros como consecuencia de la victoria de Felipe V sobre los partidarios del archiduque Carlos de Austria en la guerra de Sucesión. La ciudad se encontraba en un momento de esplendor económico debido a su desarrollo agrario y a la prosperidad de su comercio de la que buena muestra era el desarrollo del poderoso gremio de la seda.

La situación de los enfermos mentales, con anterioridad a la creación del Hospital de los Inocentes en Valencia, no era ideal. El trato en las familias en mejores o peores condiciones de reclusión (sin tratamiento y con sistemas de contención como cepos o cadenas, según las circunstancias), la mendicidad errante en situación de malnutrición, falta de cuidados y malos tratos por la comunidad, la expulsión de las ciudades (constan ejemplos históricos de la entrega a barqueros a fin de que fueran

---

[5] Foucault, Michel. *Historia de la locura* ... Vol. I, páginas 22 y 23.

[6] Ullesperger, J.B, *La Historia de la Psicología y la Psiquiatría en España.* Editorial Alhambra, Madrid, 1954, página 57.

[7] Polo Griñán, Cándido, «Del Padre Jofré al *Jofrismo»,* En *La locura y sus instituciones. Acta de las II Jornadas de Historia de la Psiquiatría,* Diputación de Valencia, 1997, página 128.

conducidos a lugares lejanos, como la solicitada al Justicia el 16 de febrero de 1400 del orate Johan de la Guerra debido a que su locura causaba muchos daños y no podía ser ajusticiado) o la prisión constituían su forma de existencia[8].

Desde una perspectiva propiamente jurídica, los Fueros contemplaban el principio de irresponsabilidad penal por causa de locura y las formas de guarda legal propias de la *cura furiosi* que daban lugar a la aplicación de las disposiciones destinadas a la administración del patrimonio de los menores. Concretamente, el tratamiento de los enfermos mentales que habían cometido o eran susceptibles de cometer delitos era el siguiente:

> Aquella cosa que [...] foriós qui no haurà enteniment farà deu ésser sens pena, emperò, lo foriós deu ésser guardat diligentment e curosa per sos parents, o deu ésser mes en presó per ço que no pusca fer mal a alcú per sa furor o per sa oradura[9]

Prisión o custodia familiar eran, en suma, las posibilidades legales que ofrecía la época. Aunque en aquellas fechas ya existían centros hospitalarios como el hospital d'En Clapes (1311), dels Beguins (1334), d'En Conill (1397) o d'En Bou a finales del siglo XIV, los locos y los ciegos no eran admitidos en los mismos salvo en contadas ocasiones y de forma temporal.

La Fundación del Hospital de los Inocentes parte del conocido sermón de Cuaresma de 1409 del Padre Juan Gilabert Jofré en la Catedral de Valencia. Cuando el Padre Jofré, Comendador del Convento de Nuestra Señora de la Merced, se dirigía a pronunciarlo presenció el triste espectáculo de la burla y maltrato de un pobre orate por un grupo de personas. Su intervención en defensa del enfermo forma parte de la tradición valenciana. Al final del sermón pronunció unas palabras que fueron sustancialmente recogidas en el Libro Memoria del Hospital. Al final del sermón realizaría la siguiente recomendación:

> Sería sancta cosa é obra molt sancta que en la ciutat de valencia fos feta una habitació é Spitall en que semblants folls e ignoscents estiguesen en tal manera que no anaren per la ciutat ni poguesen fer danys nils ne fos fet.[10]

El sermón fue el motivo de que un grupo de comerciantes de Valencia decidiera la fundación del hospital, comprando unos terrenos y una pequeña casa cerca

---

[8] Tropé, Hélène, *Locura y sociedad en la Valencia de los siglos XV al XVIII,* Diputación de Valencia, Valencia, 1994, página 21

[9] Lo que [...] un furioso que carezca de cordura haga, no debe ser penalizado, pero el furioso debe ser vigilado diligente y cuidadosamente por sus familiares, o debe ser encarcelado a fin de que no pueda causar daño a nadie por su furor o por su locura. (Elum López, Pedro. *Los orígenes de los Furs de Valencia y de las Cortes en el siglo XIII,* Biblioteca Valenciana, Valencia, 2001, página 317)

[10] Sería santa cosa y obra muy santa que en la ciudad de Valencia se construyera una habitación u hospital donde tales locos e inocentes estuvieran de forma que no anduvieran por la ciudad, ni pudieran causar daño, ni les fuera causado (Archivo de la Diputación Provincial de Valencia. *Llibre de Constitucions, Ordinacions e Indults apostolichs concedits a favor del Espital General de Valencia,* folio 1)

de la Puerta de Torrent, junto al recinto de la muralla, lugar contiguo a tres de las restantes fundaciones hospitalarias de la época, logrando la aprobación del Consejo General de la Ciudad[11]. El Hospital sufrió diversos avatares desde su fundación, particularmente su conversión en Hospital General tras la unificación de los distintos hospitales de Valencia en el año 1512, pero los locales destinados a los enfermos, pese a diversas reformas por ampliación o por diversos sucesos como el incendio de 1610, permanecieron siendo los mismos hasta el traslado de los enfermos acaecido en el último tercio del siglo XIX.

Desde el primer momento, la monarquía y el Papado apoyaron la nueva Institución, aprobando el Rey Martín I los privilegios solicitados por los comerciantes, en particular fórmulas de financiación como las colectas, el abono de las estancias por las familias pudientes y la declaración del hospital como heredero «ab intestato» de los bienes del enfermo fallecido. Es más, pese a que se trataba de una institución particular, inscrita en las fórmulas de la caridad, el poder público y la ciudad participaron en su financiación y sobre todo en la reglamentación del hospital. Así, el Privilegio Real de 15 de marzo de 1410, aprobando los capítulos de Constitución del Hospital disponía:

> En cuanto al Hospitaler de dicho hospital, tanto el presente como los que le sigan, tenga licencia y poder, para por sí o por mensajeros o ayudantes de la Casa, conducir a ella a aquel o aquellos, hombre o mujer de cualquier edad que sea, notoriamente loco u orate y por tal tenido y reputado antes públicamente; Y si por su fuero u otro motivo no quisiere ir con el hospitaler o le resistiere, requerido por éste el Justicia civil de la ciudad, deba prestarle ayuda con mensajeros que los conduzcan de grado o por fuerza, sin otra oposición que no sea hecha por nuestro Procurador Fiscal o algún Oficial. Y tenga facultad o arbitrio el hospitaler para tener cerrados o aherrojados uno o muchos locos en el hospital o en alguna casa, con la continencia y clausura de la misma. Pero no se entiendan comprendidos en esto los orates, locos y mentecatos que son mantenidos apartados, cerrados y guardados por sus curadores, padres o amigos, pues estos no deben ser compelidos a ir ni estar en el hospital. Así también cuando por medio de su curador, parientes, amigos u otra persona se recusase el tener que ser llevado al hospital un enfermo, por entender que no padecía de motivo para ello o por tratarse de persona que puede atenderse bien en otra parte, o ser aislada sin desplacer, vergüenza, escándalo ni inconveniente alguno o por cualquier otra razón, en tal caso y en los semejantes el Justicia de la ciudad, oídas las partes y hecha la información de todo según fuero y consejo de asesor, determinará la disceptación y en el caso que estime necesaria la hospitalización y tal persona tuviese bienes, sea enseguida tasada provisión de fondos a dicho hospital y de los bienes de aquella.[12]

---

[11] Sobre la Fundación del Hospital, Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 27 y ss.

[12] La traducción castellana del Real Privilegio la hemos obtenido de la obra de Domingo Simo, F. y Calatayud Baya, J. *El primer Hospital Psiquiátrico del mundo.* Diputación Provincial de Valencia, 1959. Páginas 49 a 54 (el fragmento se encuentra en la página 52). El original, en valenciano (extraído del *Llibre de Constitucions,*

II. LOS PRECEDENTES DEL SISTEMA ASILAR

El texto recoge un sistema de ingreso, una excepción (dado que no podía ingresarse a aquellos que estaban ya guardados por sus padres o curadores) y un sistema de recurso. El Privilegio de 1410 recoge, como hemos visto, que si, por medio de su curador, parientes, amigos u otra persona, se recusase el ingreso por entender que no padecía motivo para ello o podía atendérsele bien en otra parte, el Justicia de la ciudad, oídas las partes y hecha información, determinaría sobre ello, pudiendo acordar, si procediera, la hospitalización y el abono que debían entregarse al hospital, si la persona tuviese bienes.

A lo largo de los siglos restantes las condiciones de ingreso se modificarían en el sentido del deber de consultar con los diputados para la admisión de personas no oriundas del Reino de Valencia y, finalmente, tras una disposición de 1660, cuando se realizaba un ingreso, el Padre o la Madre de locos debían registrar su entrada en un libro especial, haciendo constar sus datos de identidad y la fecha de ingreso, debiendo avisar a los médicos para que estos los examinaran cuanto antes. Al ingresar, al enfermo se le despojaba de la ropa y del dinero que portaba, registrándose y guardándose en un ropero, se les rapaba la barba y el pelo como medida de higiene, entregándoles ropas que eran confeccionadas por el sastre del hospital. La gratuidad de la estancia del enfermo no era la regla sino la excepción. Sólo la indigencia extrema y manifiesta del afectado o de sus familiares podía exonerarlos de costear dicha estancia, siendo habitual que fueran llevados por las familias[13].

No parece que el hospital tuviera inicialmente un proyecto definido para la distribución del espacio, sino que fue creándose en función de las necesidades. Inicialmente se realizó una división por sexos, siendo destacable que el control de las enfermas era superior, probablemente por el riesgo de embarazo y escándalo. Una acequia traía el agua al hospital, siendo costumbre la del baño de los internos. Una segunda subdivisión se realizó para alojar a los enfermos de familias acomodadas y una tercera para la construcción de celdas aisladas del exterior o cerradas por reja de hierro en el caso de enfermos violentos.

Desde los inicios del hospital se dispuso de instrumentos de contención como grilletes, esposas, bozales de hierro y cadenas largas con collares. No obstante, la existencia de estos mecanismos de contención no era sino fruto de las limitaciones de la terapéutica entonces existente, constando siempre la prohibición de administrar malos tratos a los enfermos. Se trataba de formas de control, no de castigo[14].

Desde sus inicios, médicos famosos ejercieron en el hospital, incluso renunciando a sus honorarios a favor de los internados. En los primeros tiempos del hospital, tenían libertad de prescripción y de visita, no estando su intervención

---

Ordinacions e Indults apostolichs concedits a favor del Espital General de Valencia), puede consultarse en Tropé, Hélène, *op. cit,* página 104

[13] Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 103 a 107 y 168 a 173

[14] Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 239 y ss

reglada, situación que duró hasta el siglo XVII en el que se empezó a reglamentar las visitas. La actuación de los médicos no sólo se ceñía a la intervención en las enfermedades físicas, abundantes en los enfermos debido al lamentable estado en que llegaban al hospital, sino a la prescripción de fármacos como purgantes y sedantes (adormidera, eléboro, jarabe de absenta...) según las ideas provenientes de Hipócrates y Galeno, dominantes entre los médicos de la época, llegando a ser obligación del personal subalterno la administración de la medicación prescrita por los médicos, incluso sin la aquiescencia o con la manifiesta oposición del enfermo. La alimentación de los enfermos era abundante, disponiendo el hospital de un huerto, estimándose que la nutrición adecuada formaba parte del tratamiento[15].

Característica del hospital era la actividad de los enfermos[16]. Las enfermas estaban obligadas a realizar trabajos de hilado. El objetivo de estos trabajos no puede inscribirse en el concepto actual de trabajo ocupacional, ni tampoco en la intención de los administradores de conseguir un rendimiento económico, sino en el concepto de la época de que cada persona debía realizar un trabajo para eliminar la ociosidad y las malas costumbres, como elemento de virtud. Los enfermos desarrollaban también tareas diferenciadas en ciertos quehaceres domésticos al servicio del hospital.

Si bien las enfermas tenían un grado mayor de sujeción, los enfermos sí que salían fuera del hospital. Era práctica de la época la salida de los enfermos para pedir limosnas, provistos de una cajita de hierro y ataviados con una vestimenta de colores chillones, acompañados de un burro cubierto de un paño con cruces verdes. La indumentaria ofrecía una visión de los enfermos amable y desprovista de toda connotación que indujera al miedo o al rechazo[17].

[15] Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 245 y ss
[16] Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 271 y ss
[17] Tropé, Hélène, *op. cit,* páginas 290 y ss.

III. LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ASILAR EN EUROPA

III. LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ASILAR EN EUROPA

Durante esta etapa, se consolidará la visión de la locura como enfermedad, naciendo una disciplina médica propia y específica: el alienismo, germen de la actual psiquiatría. Como veremos, los principios éticos que fundamentaban la intervención del sistema público asilar no experimentarán una alteración sustancial: el posible daño que pueda causar el enfermo a sí mismo o a los demás continuarán constituyendo las razones fundamentales de la asistencia. Aunque la masificación de los asilos públicos será un fenómeno constatable hasta la llegada de los procesos de reforma psiquiátrica en la década de los 60 a los 80 del siglo XX, no cabe duda de que la intervención particular (tanto en lo que se refiere a la creación de manicomios privados como a la intervención de las familias afectadas) siguió desempeñando una labor importante en el tratamiento de la locura.

1. EL SURGIMIENTO DEL SISTEMA ASILAR

1.1. La situación en el Reino Unido

En Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVIII, surgió un amplio número de manicomios privados como el *St. Luke* en Londres en 1751 (dirigido por William BATTIE, que, desde el primer momento, se apartó radicalmente de la costumbre de la exposición pública de los internos y de los escándalos por malos tratos del tristemente célebre manicomio de Bedlam [18]), el *Manchester Lunatic hospital* en 1766, el *York Retreat* en 1792 (fundado por el cuáquero William TUKE). Por otro lado, la imagen del Dr. WILLIS, que trató con éxito los ataques de locura del Rey Jorge III en 1788/1789 mediante el *moral management* [19] , favoreció el prestigio de los médicos alienistas. También en Escocia, pese a su Derecho particular que no dio lugar a legislación especial para personas con enfermedad mental hasta muy entrado el siglo XIX, desarrolló su propia escuela a partir de 1750 con los trabajos de WHYTT y sobre todo su discípulo William CULLEN que influyó mucho en los fundadores de los restantes países. Junto con una detallada clasificación teórica de las enfermedades, en el plano terapéutico CULLEN estimaba que «hay que considerar la violencia como un medio de curación» [20], es decir, como medio para reconducir el pensamiento al camino recto.

---

[18] Dörner, Klaus. *Ciudadanos y locos. Historia Social de la Psiquiatría.* Ed. Taurus. Madrid, 1974, páginas 64 y 65. Una inspección realizada en el Asilo de Bedlam, en 1814, reflejó que el edificio se encontraba deteriorado y, en algunos lugares, inhabitable, los enfermos aparecían medio desnudos y atados con cadenas. Particularmente dura era la situación de un interno llamado William Norris, enjaulado y encadenado con escasa movilidad. (Roberts, Andrew 1981-/timeline 1814- Mental Health History Timeline <http://www.mdx.ac.uk/www/study/mhhtim.htm> Middlesex University)

[19] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 112 y 113

[20] «Restraint is also to be considered as a remedy» Cullen, William. *First lines of the practice of physic.* Edimburgo, 1777-84, Página 51. Citado por Dörner, *op. cit.*, página 77 y nota 74.

La *Madhouses Act* de 1774 (posteriormente reemplazada por la de 1828) reguló el floreciente negocio de Manicomios privados creando una Comisión elegida por el Colegio Real de Médicos para su autorización e inspección en Londres, confiriendo similares prerrogativas a los Jueces de Paz en el resto del país. La solicitud de un familiar y dos certificados médicos de profesionales no ligados al Manicomio constituyeron requisito necesario para el internamiento en el ámbito privado. Las facultades de inspección en todo el país, posteriormente, pasaron a desempeñarse por un cuerpo de inspectores (*Commissioners in Lunacy*).

Más tarde, la *County Asylums Act* de 1808 y la *Lunatic Asylums Act* de 1845 establecerían un sector público de Manicomios y estructurarían su dirección y regulación. Estos establecimientos estaban dirigidos hacia los enfermos que carecían de recursos económicos y su regulación, diferenciada de la de los manicomios privados, estaba directamente vinculada con el problema de los «locos errantes» en la legislación sobre vagabundos del siglo XVIII (la *Vagrancy Act* de 1714 permitió el confinamiento de los «locos furiosos» pobres y, posteriormente, la *Vagrancy Act* de 1744, continuando esta tendencia, permitía a tales lunáticos ser excusados del castigo corporal por faltar al trabajo). La ley de 1845 constituyó un paso decisivo para la reforma del tratamiento de la enfermedad mental en Inglaterra: la construcción de los Manicomios del condado llegó a ser obligatoria; una Comisión nacional permanente fue establecida junto con una elaborada estructura de reglas. La admisión en los Manicomios públicos se realizaba, por orden del Juez de Paz, en virtud de la solicitud de un funcionario de la Beneficencia que incluía un certificado médico casi siempre firmado por un médico también de la Beneficencia. Los establecimientos fueron supervisados hasta 1888 (*Local Government Act)* por un Comité de Jueces de Paz (es decir, los *Commissioners in Lunacy* no tenían esta competencia), pasando a partir de esta fecha al control de las autoridades locales.

Si el paciente era ingresado en un establecimiento privado, el pariente que costeaba su alojamiento podía solicitar la liberación del paciente; si era ingresado en un establecimiento público, el derecho a ordenar la liberación estaba condicionado al compromiso de la persona ordenante de que el individuo no iba a estar más al cargo de la Ley de Beneficencia y estaba limitada al hecho de que el paciente no fuera «peligroso para otras personas o para sí mismo». En 1890, con *The Lunacy Act* se produjo una cierta reunificación de normas y los pacientes de pago, desde entonces, ya no serían admitidos a los establecimientos psiquiátricos sin la orden de un juez de paz. Finalmente, en 1930, la *Mental Treatment Act* permitió, por primera vez, los ingresos voluntarios dado que, hasta entonces, no existían diferencias entre la admisión y confinamiento [21].

La nota constante fue el paulatino y desmesurado incremento de la población internada. En 1847 existían 21 manicomios del condado, mientras en 1914 la

[21] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003, páginas 21 a 28 y 82 a 96. Unsworth, Clive. «Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order». *Journal of Law and Society,* Volumen 18, número 2, verano de 1991

cifra alcanzó los 97. En 1850, el total de internos ascendía a 7.140 (4'03 por 10.000 habitantes), en 1930, ascendió a 119.659 (30'14 por 10.000 habitantes), alcanzando, en 1954, la cifra de 148.000 (33'45 por 10.000 habitantes)[22]. La sobrepoblación dio lugar a la insuficiencia de personal, a la deficiente dotación económica y a la mala calidad de la asistencia, dando al traste con los buenos propósitos de los iniciales reformadores[23].

1.2. La situación en Francia

Antes de la revolución, existía una pluralidad de establecimientos destinados a las personas con enfermedad mental y a otras personas con conductas socialmente perturbadoras para la época. Junto con los hospitales de tratamiento como el Hôtel Dieu, se podían identificar cuatro o cinco tipos, como las fundaciones religiosas (los de la orden de los Hermanos de San Juan de Dios, los conventos de Franciscanos, de «Bons-fils» de los Hermanos de las escuelas cristinas, la casa de San Lázaro fundada por Vicente de Paul, etc.), prisiones del Estado, los Hospitales Generales (entre los que se encontraba Bicêtre y la Salpetrière) y pensiones llevadas por seglares de las que, en París se encontraba una veintena (como la famosa pensión *Belhomme*)[24].

Al igual que en Inglaterra, el establecimiento de la psiquiatría pública está ligado a la legislación sobre mendicidad. Un edicto del Rey de 16 de junio de 1676 ordenó el establecimiento de un *Hôpital General* en cada una de las ciudades del reino, aunque ya existían establecimientos de estas características en Francia[25]. No se trataba de hospitales, en el sentido sanitario del término, sino de establecimientos de corrección por el trabajo en los que convivían mendigos, delincuentes o personas que, de una u otra forma, no encajaban en el molde social de la época y mantenían conductas perturbadoras[26]. El sistema de detención en el Antiguo Régimen no era exclusivamente judicial, sino también administrativo *(lettres de cachet)* lo que permitía una gran discrecionalidad en la selección de los individuos[27].

Las críticas hacia la arbitrariedad de tales secuestros junto con las nuevas tendencias económicas de los fisiócratas (consideraban que la población ingresada debía integrarse en la comunidad que se beneficiaría del aprovechamiento de su fuerza de trabajo) hicieron más estricto su uso. Sin embargo, quedaba el problema

---

[22] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *op. cit.*, página 83

[23] Rollin, Henry R. «Psychiatry in Britain one hundred years ago» *British Journal of Psychiatry,* nº 183, páginas 292 a 298, año 2003.

[24] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico*. Ediciones La Piqueta. Madrid, 1980. Páginas 36 y 37.

[25] Foucault, Michel. *Historia de ...* Vol. I, página 83.

[26] Huertas, Rafael. *Del manicomio a la salud mental. Para una historia de la Psiquiatría Pública.* Fondo de Investigaciones sanitarias de la Seguridad Social. Madrid, 1992. Páginas 28 y 29

[27] Dörner, Klaus. *Op. cit.,* páginas 145 y ss.; Foucault, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.* Alianza Editorial. Madrid, 2004. Página 83.

de las personas con enfermedad mental cuya integración en el cuerpo social era más difícil. La separación de estos de los restantes constituyó un objetivo tanto de diferenciación de los «útiles» como de mejora para la curación de los enfermos. En este contexto, los médicos COLOMBIER (encargado por el Ministro NECKER de la Inspección general de hospitales y prisiones del reino) y DOUBLET publicaron en 1785 la *Instrucción impresa por orden y a expensas del gobierno, sobre la manera de gobernar y tratar a los insensatos* donde llegaron a la conclusión de que en Francia no había ninguna institución que satisfaciera las necesidades de estos enfermos y fuera apta para su curación. En la Instrucción recomiendan la creación de departamentos separados en los depósitos de mendicidad (creados en 1767) organizando el espacio con fines terapéuticos. El también médico TENON, encargado por la Academia de Ciencias, redactó un informe en 1788 previa visita de las innovaciones introducidas en los establecimientos ingleses, particularmente St. Luke, observando el retraso respecto a ellos [28].

La Revolución viene a alterar todo este panorama. Al abolir la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* las detenciones arbitrarias [29], la Asamblea Constituyente publicó una serie de Decretos entre el 12 y el 16 de marzo de 1790 por el que todos los detenidos por *lettres de cachet* u otro procedimiento deberían ser puestos en libertad en el plazo de seis semanas. Se recogía la excepción de los detenidos o condenados por infracciones penales y de las personas *encerradas a causa de locura,* para las cuales se estableció la siguiente disposición:

> Las personas detenidas por causa de demencia, durante tres meses, a contar del día de publicación del presente decreto, serán puestas a disposición de la diligencia de nuestros fiscales, interrogadas por los jueces en las formas habituales, y, en virtud de sus ordenanzas, visitadas por los médicos que, bajo la vigilancia de los directores de distrito, se explicarán sobre la verdadera situación de los enfermos a fin de que, según la sentencia que haya sido pronunciada sobre su estado, sean atendidas en los hospitales que serán indicados para este efecto [30].

En vísperas de la revolución, París contaba con unos 660.000 habitantes y 20.000 personas en los establecimientos citados (12.000 en el Hospital general, 3.000 en los inválidos, 2.500 en el Hôtel Dieu y el resto en unas cincuenta

---

[28] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 169 a 174; Castel, Robert. *Op cit.,* Páginas 66 a 68; FOUCAULT, Michel. *Historia de ...* Vol. II, páginas 142 a 150.

[29] Disponía el artículo 7 de la *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789* (declaración general de derechos elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente a fin de proporcionar un marco previo a la redacción de una constitución en los primeros momentos de la Revolución Francesa): «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance». (www.conseil-constitutionnel.fr).

[30] Artículo IX del Decreto. Foucault, Michel. *Historia de…* Vol. II. Páginas 127 y 128. En el original, aparece traducido «procuradores» en vez de «fiscales» (la voz francesa es *procureur)*

fundaciones, algunas de las cuales contaban con un escaso número de camas). En la misma época, en toda Francia se contaba con más de un millar de establecimientos de este tipo [31]. En 1788, 42 hombres con enfermedad mental y treinta y cuatro mujeres se encontraban hacinados en dos salas insalubres del Hôtel Dieu. Si se resistían al tratamiento más de dos veces en seis semanas eran transferidos a Bicêtre y a la Salpêtrière, donde tampoco tenían método curativo, lo que no impedía que curasen —o más bien salieran— uno de cada cinco [32].

En aplicación del nuevo Decreto, el 29 de marzo de 1790, el Alcalde de París (Jean-Sylvain BAILLY), el Fiscal (Marguerite-Louis-François DUPORT-DUTERTRE) y un administrador de Policía se dirigieron a la Salpêtrière y a Bicêtre para ver la forma de aplicar la norma [33]. El problema fue que no existían establecimientos destinados a las personas con enfermedad mental ni formación científica para su tratamiento. Al ser suprimidos muchos hospitales y muchos establecimientos que la Iglesia llevaba de una forma relativamente humana (como la mencionada casa de San Lázaro en París que llevaba funcionando desde 1632) [34], la Administración no tuvo más remedio que concentrar a las personas con enfermedad mental en la Salpêtrière y Bicêtre; en las provincias el lugar de concentración fue, con frecuencia, la cárcel [35]. El desconcierto y los problemas de orden público que esto causó en una época en que el «loco» era considerado como un ser perjudicial, peligroso e incluso bestial se tradujo en disposiciones regresivas como las normas dictadas del 16 al 24 de agosto de 1790 cuyo artículo 3 del Título XI confió la vigilancia y a la autoridad de los cuerpos municipales [36]:

> El trabajo de obviar o de remediar los acontecimientos desagradables que podrían ser ocasionados por los insensatos o los furiosos dejados en libertad y por los animales nocivos y feroces.

La equivalencia ya había sido recogida en el Derecho, aberración que se reforzará en una ley posterior de 22 de julio de 1791 que estableció el deber inicial de los padres de velar por ellos e impedirles que anduvieran errantes o cometieran desórdenes, añadiendo que las autoridades municipales actuarían en caso de que los particulares observaran negligencia en tal deber. Esta disposición,

---

[31] Castel, Robert. *Op cit.,* Página 73.

[32] Castel, Robert. *Op cit.,* Páginas 69 y 70.

[33] Foucault, Michel. *Historia de* ... Vol. II, página 128.

[34] El 2 de noviembre de 1979, la Asamblea constituyente decretó como bienes nacionales los hospitales y hospicios eclesiásticos, quedando a cargo de la nación «proveer de manera conveniente a los gastos de culto, mantenimiento de sus ministros y alivio de los pobres». El 22 de agosto de 1791 quedaron abolidos los privilegios y exenciones de los hospitales. El decreto de 18 de abril de 1792 suprimió las congregaciones religiosas y el 23 de mesidor del año II, la Asamblea decreta la venta de los bienes hospitalarios. Esta tendencia se invertirá luego tras la llegada del Directorio y la época napoleónica (Castel, Robert. *Op cit.,* Páginas 77 y 78)

[35] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 176 y 177

[36] Foucault, Michel. *Historia de* ... Vol. II, página 128 y 129; Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 177 y 178.

con la amenaza de sanción, se consagrará en el artículo 475 nº 7 del Código Penal francés posteriormente [37].

Urgía organizar tales establecimientos y el hombre que realizaría dicha tarea sería Philippe PINEL. El citado trabajó durante cinco años, a partir de 1783, en una institución privada para enfermos mentales motivado por el suicidio de un amigo suyo. Fue la enfermedad del anterior, precisamente, la que le puso en contacto con el director del sanatorio, BELHOMME. En 1784 tradujo la obra del escocés CULLEN. Participó en política, estando vinculado a los también médicos CABANIS y THOURET quienes le recomendaron para la dirección de Bicêtre en 1793. La obra de este autor se verá influenciada por el cambio social y político y la nueva reorganización hospitalaria, la filosofía de CONDILLAC sobre el método de recopilación de hechos y reducción analítica, el conocimiento de la obra de los británicos y la prolongada estancia primero en Bicêtre y, posteriormente, a partir de 1795, en la Salpêtrière. PINEL expuso en su *Traité médico-philosofique sur l'aliénation mentale ou la manie* (1801) los principios de su obra dirigida a distinguir las diferentes especies de la enajenación, su descripción, los remedios curativos, las reglas de policía interior del hospital y las bases del denominado tratamiento moral. Las reformas de PINEL sólo pudieron llevarse a cabo en la región de París por las propias circunstancias de la revolución [38]. El Directorio abrió de nuevo Charenton y lo promovió a establecimiento nacional para el tratamiento de los enfermos que pronto quedó saturado. En 1806 se agrandaron y modernizaron la Salpêtrière y Bicêtre conforme a los principios sentados por PINEL [39].

La situación era distinta fuera de París. El principal discípulo de PINEL, Jean-Etienne-Dominique ESQUIROL, por encargo del Ministerio del Interior, realizó una gira a los establecimientos de 13 ciudades en los departamentos en 1818, poniendo de relieve las enormes deficiencias (sólo existían 8 establecimientos para toda Francia, carecían de dirección médica y de las mínimas condiciones de infraestructura y los enfermos se amontonaban en las cárceles, hospicios y depósitos de mendicidad [40]) y la necesidad de crear una ley que organizara y garantizara la asistencia, lo que dio lugar finalmente a la ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre el régimen de los asilos de alienados (completada con la Ordenanza Real de 18 de diciembre de 1839 y la Circular de 20 de marzo de 1857). La influencia de la escuela francesa será notoria en la evolución posterior de la asistencia pública en Europa.

La ley de 1838 [41] establecía la obligación de cada departamento, organización administrativa similar a nuestras provincias, de crear un establecimiento público

---

[37] Viada y Vilaseca, Salvador. *Código Penal reformado de 1870,* Madrid, 1890, página 737

[38] Marset Campos, Pedro. *La nueva psiquiatría de Pinel como expresión de la nueva situación Europea en los comienzos del siglo XIX,* recogida como prólogo a la obra de Pinel, Philippe. *Tratado médico-filosófico de la enagenación mental o manía.* Colección Clásicos de la Psiquiatría. Ediciones Nieva, 1988, páginas 13 a 35.

[39] Castel, Robert. *Op cit.,* Página 163

[40] Castel, Robert. *Op cit.,* Página 164

[41] Incluida, como anexo, en la obra de Robert Castel ya citada, páginas 327 a 336.

destinado especialmente para recibir o curar a los alienados o establecer un convenio con uno privado o con uno público de otro departamento (artículo 1). Diferenciaba entre los internamientos «voluntarios» (artículos 8 a 17; voluntarios no en el sentido de que el interno consintiera, sino que era peticionado por una tercera persona particular) y los internamientos ordenados por la autoridad pública (artículos 18 a 24). La preservación del orden público y la seguridad de las personas impregna toda la ley (artículos 14, 18 y 19) aunque no es el único motivo de internamiento (artículos 8 y 25). Diferencia el sistema de abono de los gastos (a cargo de las personas internadas o de las personas que le deben alimentos o público en caso de ausencia o insuficiencia de ellos que abonará el departamento al que pertenece sin perjuicio del concurso de la comuna donde tiene su residencia) que justificará una diferenciación y privilegios de los pensionistas[42]. Por último, el sistema de la ley francesa no recogía la intervención directa de los jueces sino un sistema de recurso del internado o retenido (si era menor de su tutor, curador, pariente o amigo) que podría dirigirse al tribunal del lugar donde estaba situado el establecimiento, el cual, tras las oportunas verificaciones, podía ordenar la salida. Las personas que hubieran solicitado el internamiento y el procurador del rey, de oficio, podían también dirigirse al tribunal con el mismo fin. En el caso de incapacitación, la demanda sólo podía ser formulada por el tutor (artículo 29).

Desde 1838 a 1852, sólo se establecieron siete nuevos manicomios de los cuales sólo tres fueron de nueva creación. En casi todas partes se restauraron viejos edificios, rehabilitaron partes de los hospicios existentes o se negociaron las estancias con los establecimientos públicos o privados ya existentes con el objeto de cumplir la ley. En 1874 sólo cuarenta departamentos de los 88 existentes contaban con este tipo de establecimientos. El número de internos evolucionó al alza: 5.153 en 1818; 10.000, en 1834; 16.255, en 1844; 24.524, en 1854; 34.919, en 1864 y 42.077, en 1874. La demanda crecía sin cesar como consecuencia de la crisis de la sociedad rural, saturando los servicios. El número de ingresos de oficio superó con creces al de «voluntarios»[43].

1.3. La situación en Alemania

También en Alemania surgieron instituciones de represión de la mendicidad. El primer establecimiento fue creado en Hamburgo en 1620, generalizándose esta situación tras la guerra de los Treinta Años (Brieg y Osnabrück las construyeron en 1656, Basilea en 1677 y Breslau en 1688) hasta finales de siglo XVIII[44]. Junto con estos establecimientos, también se encontraban muchas personas con trastorno

[42] Castel, Robert. *Op cit.,* Páginas 267
[43] Castel, Robert. *Op cit.,* Páginas 165, 242, 243, 246 y 247
[44] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, página 30

mental en las cárceles[45] o en instituciones a cargo de órdenes religiosas. A finales del siglo XVIII aparecieron algunos tímidos intentos de reforma al ser puestos los enfermos bajo custodia médica. Así, en Berlín, pasaron del manicomio y casa de trabajo Federico II (tras el incendio de 1798) a la Charité y, en Hamburgo, en 1841, del asilo de caridad al hospital municipal. Singularmente en Viena (Austria), Jose II creó, al mandar edificar el hospital central, una «torre de locos» en 1784, con cinco pisos y 139 celdas individuales que, aunque tuvo en cuenta factores médicos, sus grandes muros y aspecto carcelario no dejaba dudas de que el problema de la seguridad estaba en primer plano[46].

Pronto comenzará el proceso de construcción de establecimientos especiales como el plan de reforma de Bayreuth (1805)[47]. Sin embargo, estas reformas pronto se vieron superadas por los Estados que aceptaron la influencia francesa (Renania, Westfalia, Sajonia, Baden, Würtemberg y Baviera). A partir de 1810, el viaje de los médicos alemanes a Francia y a Inglaterra se convirtió en una constante hasta la guerra franco-prusiana de 1870[48]. En Sajonia se suprimió el reformatorio de Waldheim que funcionaba desde 1716 dispersando sus antiguos ocupantes, según sus características, a otras instituciones. Permanecieron en Waldheim los pacientes incurables mientras que los curables fueron trasladados a la fortaleza de Sonnenstein que se adaptó. El médico que la dirigió, Ernst PIENITZ se formó con PINEL y ESQUIROL en el período 1805/1806. En el Manicomio de Sonnenstein (1811) se aplicó por vez primera el tratamiento moral francés. Se diferenciaba entre los internos distinguidos, semidistinguidos y sencillos a efectos de pago y se desarrolló una novedad que fue el contacto con los pacientes dados de alta[49]. La primera construcción específica para manicomio fue la de Schleswig (1817-1820) cuya arquitectura fue, según refiere JETTER, «una mezcla de la torre de los locos de Viena, del panóptico de Bentham y sobre todo del estilo de las edificaciones de Esquirol»[50]. Citamos también el Manicomio de Siegburg (1825) que fue dirigido por Maximilian JACOBI que tradujo la obra de TUKE al alemán en 1822[51] que tuvo una gran importancia en la reforma psiquiátrica de la Europa central.

La distinción entre establecimientos para enfermos curables (*Heilanstalten)* y establecimientos para enfermos incurables (*Pflegeanstalten*) se generalizó. Entre los primeros se crearon, entre otros, los de Sachsenberg (1830), Greifswald (1834), Winnental (1836) y, entre los segundos, entre otros, Brieg (1820), Colditz (1829) y Rugenwald (1850). Sin embargo, la dificultad de observar esta división en la práctica condujo pronto a los de tipo mixto como Eichberg (1850) y Nietleben (1851) y Wehlau (1852)[52].

---

[45] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, página 241
[46] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 242, 243 y 301
[47] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 299 y 300
[48] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 306 y 307
[49] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, páginas 308 y 309
[50] Citado por Dörner, Klaus. *Op. cit.*, página 313
[51] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, página 368
[52] Bauer, *Lo que debe ser el manicomio provincial.* Imprenta de Jesús López. Madrid, 1925. Página 43.

Probablemente, la mayor aportación de la psiquiatría alemana fue la clínica universitaria. A partir de 1865, Wilhem GRIESSINGER accedió a convertirse en profesor de psiquiatría en el Hospital Charité de Berlín estableciendo el modelo moderno de departamento de psiquiatría dedicado a la enseñanza y la investigación más que al custodialismo[53], extendiéndose este modo de practicar la psiquiatría por todo el país.

Desde 1860 comenzaría el sistema de asistencia familiar (el enfermo queda al cuidado de una familia con la cual vive, que se encarga de su vigilancia y manutención a cambio de un precio) y de colonias agrícolas anejas a los Manicomios. La situación de los Manicomios alemanes, austríacos y suizos era la de mayor calidad en la Europa de principios de siglo[54].

En Alemania el índice de confinamiento creció desde un paciente por cada 5.300 personas en 1852 a uno por cada 500 en 1911[55]. No cabe duda que esta presión daría lugar finalmente a una mala calidad asistencial, particularmente en el período de entreguerras. Lamentablemente, del final del período anterior al fin de la II Guerra Mundial quedará el horrible recuerdo del exterminio masivo de los enfermos en el que la medicina académica alemana también estuvo implicada[56].

1.4. La situación en Italia

En Italia, la construcción de manicomios comenzó propiamente a finales del siglo XVIII. En la Lombardía, en 1624, se abrió S. Vicenzo hasta que en 1780 se produjo un traslado a la *Pia Casa della Senavra* por orden de la emperatriz María Teresa. En el Piamonte, el 22 de junio de 1728, Victorio Amadeo II firmó la *Regie Patenti* con la que decretó la construcción de un *Spedale dei Pazzi*. Los internos comenzaron siendo 50 al inicio, llegando a alcanzar los 200 en 1780. En Florencia, en 1788, se abrió el Hospital Bonifacio por el Gran Duque Leopoldo de Austria, administrador de la provincia de Toscana, que fue dirigido por el médico reformista Vincenzio CHIARUGI que abogaba por la creación de un establecimiento propiamente terapéutico y no meramente custodial y vino a sustituir a las instituciones anteriores (Hospital de S. Dorotea creado en 1750 y otras anteriores creadas en el siglo XVII). A estos siguieron otros a comienzos del siglo XIX, como el de Aversa en Nápoles o la *Real Casa de' Matti* en Palermo (Sicilia)[57].

En su obra *Della pazzia in genere e in ispecie. Trattato medico-analitico con una centuria di osservazioni* (1793), CHIARUGUI expone su clasificación de las

---

[53] SHORTER, Edward. *Historia de la Psiquiatría.* Ediciones Médicas, S.L. Barcelona, 1999. Páginas 73 y ss.
[54] BAUER, Ignacio. *Op. cit.* HUERTAS, *Op. cit.* Páginas 86 y 87
[55] SHORTER, Edward. *Op. cit.*, Página 47
[56] SHORTER, Edward. *Op. cit.*, Página 99 y 353 (nota 101)
[57] Ampliamente, CANOSA, Romano. *Storia del manicomio in Italia dall'unità a oggi.* Feltrinelli Editore, Milano, 1979, páginas 19 a 48 correspondientes al primer capítulo «la situazione manicomiale al momento dell'Unità».

enfermedades mentales. El Reglamento que impone en el hospital estaba basado esencialmente en el respeto de la persona y excluía los castigos corporales y los instrumentos de contención (salvo en lo estrictamente necesario), contemplando el trabajo de los internos. Este fue el gran médico reformador italiano que, del mismo modo que después Pinel en Francia, realizó el acto de liberar de las cadenas a los enfermos[58].

Al igual que en los restantes países europeos, todas las estadísticas muestran un aumento vertiginoso del número de internados entre 1870 y el primer decenio del siglo XX[59]. En 1875 había un total de 12.913 internos; 17.471 en 1881; 24.128 en 1892; 36.845 en 1902; 45.009 en 1908 y 54.311 en 1914[60]. La situación continuó al mismo ritmo en la primera mitad del siglo XX, así, en 1926, la cifra ascendía a 60.127 internos; 83.541 en 1935; 96.423 en 1941. La segunda guerra mundial supuso un gran descenso del número de internos motivado por la privación de alimentos, las enfermedades infecciosas y el aumento de la mortalidad en el interior de los manicomios, descendiendo a 61.697 internos en 1946, volviendo a aumentar a 70.482 en 1949 y a 86.685 en 1954[61].

A finales del siglo XIX los manicomios se clasificaban en provinciales, de fundación pía y anexos a los hospitales. Propiamente el Estado no poseía ninguna institución manicomial porque, aunque el manicomio de Turín era de Fundación Real, el Estado se desentendió de su sostenimiento. Entre los particulares se contaban, en Milán, el de Senavretta, la Villa Antonini, la casa de curación de Dufour, el de San Vicente; en Turín, la Villa Cristina y el Miano; en Toscana, el establecimiento de Pistoya. En general se ubicaban en edificios antiguos destinados a otros usos y reformados. Los manicomios públicos, un total de 39 repartidos en toda la península, sin embargo, estaban uniformemente reglamentados e inspeccionados: los provinciales administrados por una Comisión administrativa especial que daba cuenta de sus gestiones al Consejo provincial; los anejos a los hospitales se regían por los reglamentos comunes a estos asilos y los de fundación pía, aunque gozaban de autonomía, no estaban exentos de la inspección del delegado especial[62].

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, diversas inspecciones realizadas en los manicomios demostraron que el estado de los internos distaba mucho de ser óptimo. Así, en S. Servolo (Venecia) una inspección realizada en 1901 por una Comisión encargada por la Diputación Provincial de Venecia descubrió el uso frecuente de medios coercitivos como cepos y cadenas de hierro de forma habitual, con condiciones higiénicas desastrosas y la asistencia médica prácticamente inexistente (un médico joven e inexperto para un total de 608 internos)[63].

---

[58] Otros tratadistas italianos de la época fueron Pietro Cornacchini (Siena) o Andrea Comparetti (Venecia) que, en 1780, publicaron trabajos sobre la locura.

[59] Canosa, *op. cit.*, página 87

[60] Canosa, *op. cit.*, página 91

[61] Canosa, *op. cit.*, página 155

[62] Galcerán Granés, Arturo. *La medicina mental y los manicomios en Italia (apuntes de un viaje científico).* Tipografía de la Casa Provincial de la Caridad. Barcelona, 1895. Páginas 7 y 8.

[63] Canosa, *op. cit.*, páginas 120 y 121

Condiciones indignas fueron también denunciadas en el manicomio de Brescia en 1884[64] y San Colombano (Milán) en 1903[65]. No obstante, la situación de los manicomios variaba mucho de uno a otro. En términos generales, la reivindicación de los alienistas era un poder más amplio en la gestión administrativa, económica y técnico-científica de los manicomios[66].

A diferencia de Francia e Inglaterra, Italia no tuvo en el siglo XIX legislación manicomial unificada para todo el territorio. Las normas de admisión variaban según la región. Así, en algunas regiones como Napolés y Turín se exigía la autorización del Gobernador Civil que era dada con fundamento en un certificado médico jurado ante el Juez de paz y 4 testimonios en acta de notoriedad. En otras, como Génova y Caserta, bastaba la autorización del Gobernador y el certificado médico. En algunas era necesario el concurso de otras autoridades como el Alcalde o el Presidente de la Diputación. En la Provincia de Toscana era necesaria la autorización del Tribunal. En la mayor parte de las provincias, en los casos de urgencia, bastaba una simple orden de la autoridad de orden público[67].

La primera legislación italiana de internamientos la constituye la *legge* de 14 de febrero de 1904, n. 36, y el *regolamento di esecuzione* de 16 de agosto de 1909. El primer artículo de la ley expresaba que las personas afectas de cualquier causa de alienación mental deben ser *custodiadas y curadas en manicomios* cuando sean *peligrosas* para sí o para otros o incurran en escándalo público, siempre que no sean o no puedan ser convenientemente custodiadas o curadas fuera del manicomio. La institución manicomial provincial se consolidó como alternativa a la enfermedad mental, estableciendo el artículo segundo de la ley que el ingreso debía ser solicitado por los pacientes, tutores o protutores y estar basado tanto en el interés del propio enfermo como en el interés de la sociedad. La norma distinguía entre un internamiento provisional (en observación) que no podía durar más de un mes y otro definitivo. Se diferenciaba también entre ingresos ordinarios y urgentes, siendo necesario en ambos casos el certificado médico. Los internamientos provisionales eran comunicados al Fiscal y la decisión sobre el internamiento definitivo era competencia del Tribunal. La ley regulaba también una comisión para la vigilancia de los manicomios compuesta del Gobernador Civil, del médico provincial y de un medico alienista nombrado por el Ministerio del Interior (artículo 8)[68].

---

[64] Canosa, *op. cit.*, página 127

[65] Canosa, *op. cit.*, página 128

[66] Canosa, *op. cit.*, página 130

[67] Lombroso, C./Tamburini, A./Ascenzi, R. *Relazione a S.E. il Ministro dell'Interno sulla ispezione dei manicomi del Regno.* Roma, 1 de octubre de 1891 (incluida en Canosa, *op. cit.*, páginas 199 a 211)

[68] Ampliamente, Bercovitz, Rodrigo. *La marginación de los locos y el derecho.* Ed. Taurus. Madrid, 1976. Capítulo III «El control judicial del internamiento de los enfermos mentales en Italia», páginas 91 a 104

1.5. La situación en Portugal

Hasta 1848, fecha de la creación del primer manicomio en Portugal, la asistencia de las personas con enfermedad mental que carecían de medios económicos se desarrolló, en el sur del país, desde 1775, en las enfermerías del Hospital de S. José. Los ingresos se producían por orden administrativa y la separación de sexos en las citadas enfermerías era la regla. Las condiciones distaban mucho de ser óptimas y, según el médico Clemente Bizarro (1805-1860), refiriéndose a una de las enfermerías de mujeres, se trataba de un cubículo oscuro e infecto donde las enfermas, desnudas y desgreñadas, mal podían obtener un haz de paja, con impropia ventilación y donde yacían cerca de 150 infelices a cargo de sólo tres empleadas[69].

En 1837, Bizarro sugirió la creación de un hospital para internamiento de los enfermos mentales de S. José. En 1841 se creó una Comisión Administrativa de la Santa Casa de Misericordia y Hospital de San José con la intención de transferir a los alienados a un hospital especialmente destinado a ellos. En 1843 se elaboraron dos informes por Bernardino António Gomes e António Maria Ribeiro en los que se estudió la posibilidad de realizar el traslado a un antiguo Colegio Militar, solución que se había ordenado por la Reina Maria II por Decreto de 23 de julio de 1842. Los autores citados habían visitado los establecimientos manicomiales europeos de la época.

A pesar de todo, la mala situación de las citadas enfermerías se prolongó durante más tiempo denunciándose repetidas veces en la Sociedad de Ciencias Médicas. Finalmente, el 14 de noviembre de 1848, la Reina decretó el traslado de los alienados al hospital de Rilhafoles aunque el edificio todavía no estaba convenientemente adaptado, recibiendo el 13 de diciembre de dicho año las primeras 179 enfermas procedentes de S. José. El 9 de enero de 1850 fueron transferidos la totalidad de los pacientes, tiempo en el que se procedió a realizar la remodelación mínima del establecimiento que se convirtió en el primer manicomio de Portugal. Pocos años después albergaría más de medio millar de internos y fue modernizándose gracias a la labor del médico Miguel Bombarda (1851-1910) que luchó contra los métodos represivos que se usaban en aquel entonces.

En el norte, concretamente en la ciudad de Oporto, desde el siglo XVIII el Hospital de San Antonio recibía alienados en dos enfermerías situadas en los sótanos del edificio en condiciones similares a las de las enfermerías de S. José anteriormente descritas.

Gracias a un legado del Conde de Ferreira, el 24 de marzo de 1883 se abrió un Hospital con el nombre del benefactor que fue dirigido por el médico António María de Sena (1845-1890). Sena fue, sin duda, el alienista portugués más importante del siglo XIX. El Hospital do conde de Ferreira fue el primer

[69] Graça, Luis. «A emergência da hospitalizaçao psiquiátrica em Portugal (1848-1971)» en *Textos sobre saúde e trabalho*, página 176. Disponible en internet: www.ensp.unl.pt/luis.graça/textos176.html.

hospital psiquiátrico para tal fin construido de la nación portuguesa. Junto con su labor a cargo del hospital, el insigne médico publicó un importante estudio en 1884[70] y fue el principal impulsor de la primera ley sobre esta materia, la *Lei de assistência à loucura* de 4 de julio de 1889, popularmente conocida como Ley Sena. En la citada norma se creó un fondo de beneficencia pública destinado a la construcción de una red asistencial que se componía de 4 instituciones ubicadas en Lisboa, Coimbra, isla de S. Miguel y Oporto y de enfermerías anejas a las prisiones centrales en condiciones propias para el tratamiento de los alienados[71].

No obstante el propósito de la ley, en el siglo XIX la red asistencial portuguesa se redujo a los dos grandes manicomios anteriormente citados aunque se crearon establecimientos como el Instituto de S. Joao de Deus no Telhal (Sintra, 1893) o el Instituto do Sagrado Coraçao de Jesus na Idanha (Belas, 1895), ambos de capacidad muy reducida.

En el plano de la aplicación de las ideas psiquiátricas, la influencia de los modelos europeos tuvo claro reflejo en el territorio luso. La primera cátedra de la especialidad se creó en 1911 en la Facultad de Medicina de Lisboa y fue ocupada por Júlio de Matos (1857-1923) que, ya en 1884, había publicado el primer tratado de psiquiatría portuguesa, *Manual das Doenças Mentaes,* e impulsó también el estudio de los aspectos legales de la psiquiatría en una obra en tres volúmenes titulada *Os alienados nos tribunais* (1902-1907).

Los primeros datos estadísticos sobre el porcentaje de alienados en Portugal se obtuvieron en el censo de 1878 (9.106 comprendiendo tanto a verdaderos pacientes mentales como a personas con deficiencia psíquica, en una población total de 4.160.315 habitantes)[72].

En lo concerniente a la práctica del internamiento, tanto Rilhafoles como Conde de Ferreira eran instituciones públicas con reglamentos aprobados por ley y estaban sometidos a inspección gubernamental. En el primero de estos establecimientos se distinguía entre la hospitalización a requerimiento de un particular y la realizada a instancia oficial. En la mayoría de los casos el internamiento comenzaba siendo provisional con una duración de 15 días y, finalizado este período, el médico-director del establecimiento decidía si, verificada la situación de locura, procedía el internamiento definitivo.

En el caso del Hospital Conde de Ferreira, Sena elaboró un reglamento en 1883 que se inspiraba en el anterior pero reducía el tiempo de hospitalización provisoria a 8 días y limitaba la amplitud del internamiento decretado por las autoridades al reducir su número a los gobernadores civiles, jueces y autoridades militares, expresando que tales peticiones debían ser motivadas y que, en

---

[70] Sena, António Maria de. *Os alienados em Portugal.* Colecçao Classicos de Psiquiatria. Ed. Ulmeiro. Lisboa, 2003.

[71] Pereira, Ana Leonor. «A institucionalizaçao da loucura em Portugal» en *Revista Crítica de Ciências Sociais,* nº 21, Noviembre de 1986, páginas 85 a 100.

[72] Pereira, Ana Leonor. *Op. cit.*

cualquier caso, el internamiento definitivo dependía del juicio de los médicos del hospital, sobre todo del parecer del médico director, como ya acontecía en Rilhafoles [73].

1.6. La situación en Estados Unidos

Benjamín RUSH constituirá el primer iniciador de la psiquiatría en este país. Desarrolló su actividad en el Hospital Pennsylvania de Filadelfia que, aunque era un hospital general, admitió a tratamiento a los alienados desde 1752. Su obra *Medical Inquires and Observations upon the Diseases of the Mind* (1812) constituyó el primer tratado (y único hasta 1883) en EE.UU.

El Estado de Virginia era el único que poseía un asilo público de alienados creado en 1773. En 1820 comenzó el desarrollo de hospitales mentales junto con una serie de pequeños establecimientos privados. No obstante, la implantación en el siglo XIX fue relativa. En 1860, 28 de los 33 Estados de la Unión poseían al menos un asilo de alienados pero para una población de 31.443.322 habitantes y un número de personas con enfermedad mental de 24.042, no hay más que 8.500 plazas incluso contando las que les son reservadas en hospitales ordinarios. Por ejemplo, en el Nueva York de 1856, para un número de 2.123 alienados en el Estado, sólo 293 son tratados en el *Utica State Asylum*. La mayoría de los demás se encuentran en las cárceles, en los correccionales para jóvenes y, sobre todo, en las *almhouses* (casas de caridad donde se amontonaban vagabundos indigentes, invidentes, personas con minusvalías físicas, enfermos, ancianos, huérfanos, niños abandonados y personas con enfermedad mental).

En 1844, los trece primeros directores de establecimientos públicos y privados para alienados crearon la *Association of Medical Superintendants of American Institutions for Insane* que, en 1893, se convertirá en la *American Medico-psychological Association* y, en 1923, la *American Psychiatric Association*. La Asociación impuso una capacidad máxima de 250 camas por establecimiento.

Existen importantes diferencias de evolución del sistema manicomial respecto al modelo europeo. CASTEL et al. [74] las agrupan en:

- La preeminencia de los poderes locales. El papel de los municipios y los condados impidió la rápida asunción estatal de las competencias en materia de asistencia a las personas con enfermedad mental. Así, por ejemplo, en el Estado de Nueva York, será necesario esperar a la *New York Care Act* de 1890 que exigió el tratamiento en los hospitales públicos (con traslado

[73] Pereira, Ana Leonor. *Op. cit.*

[74] Castel, François/Castel, Robert/Lovell, Anne. *La sociedad psiquiátrica avanzada. El modelo norteamericano.* Editorial anagrama. Barcelona, 1980. Páginas 17 a 33.

obligatorio desde las *almhouses*) y la distribución del territorio del Estado en distritos alrededor de un *State Mental Hospital* (cuya cifra llegará a alcanzar los 22). Pero, incluso con la ley, una encuesta de 1908 demostraba que un 18% de los pacientes de los manicomios eran ingresados previamente en las prisiones y, todavía en 1937, todavía existían numerosas personas con enfermedad mental en las cárceles, *almhouses* y colonias agrícolas, donde se encuentran incluso encadenados a los árboles.

- La exclusión del poder federal. Si los Estados de la costa este y, más tarde, California lograron imponer una línea de asistencia pública, no sucedió lo mismo con los Estados conservadores, particularmente los del Sur, donde el poder político estaba en manos de los intereses locales. A mediados del siglo XIX se intentó la intervención federal en la asistencia pública, llegando a obtenerse el voto de las Cámaras favorable a la asignación de terrenos federales para la construcción de manicomios públicos pero fue vetada por el presidente Pierce (1854) que defendía una asistencia local y, preferentemente, privada de la asistencia.
- La regulación tardía. La situación de las personas con enfermedad mental planteó a todos los países problemas de Derecho que fueron resueltos de forma más o menos satisfactoria pero en Estados Unidos, a diferencia de Europa, no se le otorgó un verdadero estatuto que los diferenciase de la legislación ordinaria. La razón de ello consistió en la disparidad de los sistemas y de las estructuras que hemos visto. La primera legislación especial sobre alienados *(Bill for the Protection of Personal Liberty)* surgió en 1867, en el Estado de Illinois, como consecuencia de un caso de detención ilegal, el caso Packard[75]. La norma garantizó un proceso ante jurado para cualquier persona internada involuntariamente en un manicomio. Esta ley dio lugar a una evolución que desembocó en el desarrollo de diferentes legislaciones en cada uno de los Estados, pero no una ley federal.
- La pésima asistencia. La llegada masiva de inmigrantes, los conflictos sociales, la miseria que les acompaña y la débil capacidad de los manicomios fueron circunstancias que dieron lugar a la dramática situación de estos establecimientos en la segunda mitad del siglo XIX. Las dimensiones de las nuevas construcciones (hasta 10.000 camas), su alejamiento de las comunidades a las que atendía y la baja cualificación del personal generaron una asistencia centrada en la vigilancia y la exclusión con escasa relevancia terapéutica y buenas dosis de crueldad y carencias materiales, desprestigiando el alienismo como profesión.

[75] La Sra. Elisabeth Packard fue internada, en 1860, por su marido, un pastor protestante, por el simple hecho de que temía que su mujer corrompiese a sus hijos con sus ideas liberales. Los administradores del hospital (*Illinois State Asylum* en Jacksonville) la pusieron en libertad tras varios años de encierro (1863), pero su marido la retuvo en su propio domicilio y trató de volver a internarla. Finalmente, en 1864, se celebró un juicio en el que fue declarada sana.

Sin embargo, una característica sí que fue común: la progresiva masificación de los asilos. Como ya señalamos, en 1860 sólo había unos 8.500 internos, situación que pasó a 17.735 en 1870, a 40.942 en 1880, a 74.028 en 1890, a 187.791 en 1910, a 267.617 en 1923, 337.573 en 1931, 480.471 en 1941 y, finalmente, a 558.000 en 1955[76].

1.7. La situación en España

En 1804 fue traducida la obra de PINEL[77] y con la Ley de Beneficencia de 23 de enero de 1822 y su Reglamento se estableció una regulación muy avanzada para la época. El Reglamento habla de las «casas públicas destinadas a recoger y curar los locos». El artículo 107 especifica que dichos establecimientos estarán separados de los otros hospitales. Los artículos 119 y 120 establecían un sistema de manicomios provinciales, estableciendo el principio de separación de sexos y de división del manicomio conforme a criterios de «carácter y período de la enfermedad» (artículo 121). La norma establecía, igualmente, un principio general de prohibición de los malos tratos al señalar que jamás se usarían en esas casas «el encierro continuo, la aspereza en el trato, los golpes, grillos y cadenas» (artículo 122) y la ocupación de los internos en trabajos manuales «según la posibilidad de la casa y el dictamen del médico» (artículo 123). La norma remitía a un reglamento de desarrollo (artículo 126)[78].

Pese a lo anterior, las disposiciones del trienio liberal nunca llegaron a tener efectiva vigencia y la situación socio-económica era pésima: La guerra contra los franceses (1808-1814), la independencia de los cuatro grandes virreinatos de México, Perú, Nueva Granada y Rio del Plata tras la batalla de Ayacucho (1824), la persecución de los liberales durante el reinado de Fernando VII (con el breve paréntesis del trienio liberal 1820-1823) y los problemas derivados de la sucesión de este último que dieron lugar a la guerra carlista (1833-1840) originaron una situación en la que destaca la pérdida de la influencia política en el mundo, la depresión económica, el pauperismo y la ausencia de figuras intelectuales motivada por el cierre de las universidades y la persecución de los liberales

El estado de los manicomios era deplorable. Los textos de la época hablan de la suciedad, el abandono, la existencia de jaulas inmundas y tratamientos crueles. Se rompió así la buena tradición asistencial existente desde el siglo XV. El manicomio de Zaragoza, que sirviera de inspiración a PINEL, sufrió un incendio

---

[76] Castel, François/Castel, Robert/Lovell, Anne. *Op. cit.* Página 30.

[77] Se trata de la traducción de Luis Guarnerio y Allavena, traducción que es la que hemos utilizado en esta obra.

[78] El texto completo de estos artículos puede consultarse en Espinosa Iborra, Julián. *La asistencia psiquiátrica en la España del siglo XIX*. Cátedra e Instituto de Historia de la Medicina de Valencia, 1966, páginas 42, 43 y 183 o Alvarez-Uria, Fernando. *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Tusquets editores, Barcelona, 1983, página 110.

durante la guerra de la independencia; el de Valencia, que tenía el orgullo de ser el primero de Europa y de magnífica asistencia al enfermo, se veía ahora reducido al uso del látigo y las cadenas, estado calamitoso que presidió el contexto de los restantes establecimientos existentes en la época[79].

En el plano asistencial hemos de diferenciar la asistencia pública de la privada. La Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 recogió ambas modalidades. Los establecimientos públicos se clasificaron en generales, provinciales y municipales. El Real Decreto de 14 de mayo de 1852 (Reglamento de la Ley) completará la anterior redacción señalando:

> Son establecimientos generales de Beneficencia todos aquellos que exclusivamente se hallen destinados a satisfacer necesidades permanentes o que reclamen una atención especial. A esta clase pertenecen los *Establecimientos de locos*, sordomudos, ciegos, impedidos y decrépitos.

El número de «casas de dementes» que se proponía ascendía a 6 en todo el Reino (artículo 5). La norma recogía que «ningún Establecimiento de Beneficencia puede excusarse de recibir a pobre alguno o menesteroso de la clase a que se halle destinado» (artículo 8). El Estado se encargaba de abonar los gastos de traslación de los pobres destinados a Establecimientos generales desde el Hospital Provincial que los haya recogido (artículo 10). Disponía que los Establecimientos generales de locos tendrían un departamento especial para aquellos cuyas familias pudiesen costear sus estancias en los mismos, conforme dispusieran sus Reglamentos (artículo 14). A diferencia del detallado Reglamento de 1822, ninguna disposición específicamente destinada a este tipo de establecimientos se recoge.

En aquel entonces predominaba la idea de crear un «manicomio modelo», una institución que, aparte de ser un objeto de estudio práctico, sirviera como ejemplo para los planificadores y administradores. Su germen se sitúa en una comisión creada el 16 de noviembre de 1846 en el Ministerio de la Gobernación de la que formaba parte el médico de Isabel II, el Dr. D. Pedro María RUBIO. Ante la angustiosa situación de Madrid, que contaba con un departamento del hospital con capacidad de apenas 50 enfermos, se inauguró provisionalmente en 1851 el manicomio de Santa Isabel de Leganés. Se realizaron distintos intentos para elaborar un establecimiento en condiciones a lo largo de esta mitad del siglo, pero fracasaron, adoptándose definitivamente este establecimiento como manicomio modelo por Instrucción de 27 de enero de 1885. Lamentablemente, el establecimiento presentaba muchos defectos: no era de nueva planta, los enfermos se encontraban hacinados con escasas condiciones higiénicas, falta de agua potable, la ausencia de publicaciones, trabajos, autopsias procedentes del mismo, la dirección no se atribuyó a un médico sino a un sacerdote y la dirección del régimen interior fue

[79] Espinosa, *op. cit.* página 50, recoge la excepción de Cádiz, aunque los enfermos fueron posteriormente trasladados a un edificio de peores condiciones.

encomendada a la Superiora de las Hermanas de la Caridad, falta de baños y terrenos para la terapéutica por el trabajo[80].

De los seis establecimientos proyectados, este fue el único que se levantó[81]. Dos Reales Decretos de 27 de junio y 19 de diciembre de 1864 disponían que las provincias habilitaran, en los hospitales, locales para establecer dementes[82]. Posteriormente una Orden de julio 1870 señalaba que

> Interín se pidan á las Cortes los fondos necesarios para ensanchar el de Leganés, y se estudien los medios de allegar recursos sin gravamen del Estado para construir el proyectado manicomio modelo, las Diputaciones establezcan en los hospitales, si no contaren con locales á propósito, un departamento para dementes de ambos sexos, ó bien que satisfagan los gastos de traslación de las provincias donde se encuentren sus naturales respectivos á los manicomios de Valladolid, Zaragoza, Valencia y Toledo, así como las estancias que en ellos devenguen, siempre que resulten ser pobres de solemnidad.

Finalmente, la realidad se impone y el R.D. de 19 abril de 1887, tras lamentar en su preámbulo la penuria del erario público que había imposibilitado la construcción de los citados establecimientos, señalaba que las provincias habían sufrido las deficiencias del Estado e incluyendo en sus presupuestos las cantidades necesarias para los gastos de sostenimiento de los dementes pobres, ya en establecimientos propios, ya en los de provincias vecinas, ya en los particulares. El Real Decreto autorizó a las Diputaciones Provinciales a construir manicomios y a enajenar los bienes de Beneficencia pública en la forma y los requisitos establecidos para Valencia y Zaragoza por las leyes de 11 de julio de 1878 y 21 de julio de 1880 (artículo 2) y señaló que las Diputaciones seguirían incluyendo las cantidades necesarias para la atención de los dementes pobres (artículo 1). No sería pacífico el abono de las estancias entre las diferentes Diputaciones como lo demuestra la R.O. de 29 de febrero de 1876 y la R.O de 9 de febrero de 1899[83] y la de 30 de mayo de 1901.

Proliferarán en esta época, sobre todo en Cataluña, los establecimientos privados. Pueden citarse[84] los siguientes: La «Torre Lunática» (fundada en 1844 en Lloret de Mar), Nueva Belén (en la villa de Gracia, del que fuera médico consultor

---

[80] Espinosa, *op. cit.*, páginas 99 y ss. Por R.D. de 12 de mayo de 1885 se aprobó el *Reglamento orgánico para el régimen y gobierno interior del manicomio de Santa Isabel de Leganés* dependiente del Ministerio de la Gobernación y de la Dirección general de Beneficencia (fue declarado de Beneficencia General por R.O. de 1 de noviembre de 1852). Acogía fundamentalmente a pobres, pero también había pensionistas.

[81] Por R.D. de 30 de diciembre de 1912 se aceptó por el Estado la cesión hecha por la Diputación provincial de Zaragoza del manicomio de Nuestra Señora del Pilar, siendo declarado de beneficencia general.

[82] Marquez Moreno, Mª Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX*. Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989. Página 78

[83] Esta última exigía el certificado del padrón para acreditar la vecindad, criterio que se fijaba para abono de las estancias en los manicomios. Sin embargo, este criterio será sustituido por el de la naturaleza en disposiciones posteriores.

[84] Espinosa, *Op. cit.*, páginas 81 y ss.

desde 1864 GINÉ Y PARTAGÁS), el Instituto frenopático de Dolsá y Llorách, en las Corts de Sarriá, Las Fundaciones del Dr. ESQUERDO en Madrid y en Villajoyosa[85] y el manicomio de San Rafael en Valladolid. Junto a estos, por su importancia, destacamos el manicomio de San Baudilio de Llobregat, fundado en 1854 por Antonio PUJADAS Y MAYANS. Fue el de mayor importancia debido a que Pujadas, con escasa visión comercial, ofreció sus servicios a las Diputaciones y al propio gobierno a escaso precio lo que motivó que tuviera más residentes que los propios manicomios públicos y que incluso el Gobierno aconsejara a las Diputaciones, en una Circular de 1870, el envío de los enfermos al citado establecimiento. PUJADAS murió en la ruina[86]. Posteriormente, en 1885, se detectó una epidemia de cólera que causó numerosas muertes. Finalmente el manicomio fue vendido a la Orden de San Juan de Dios en 1895. Las fundaciones de la Orden de San Juan de Dios[87], cuyo establecimiento más importante era el del Sanatorio de San José para enfermos mentales de Ciempozuelos, también tuvieron una importancia considerable. La Orden se caracterizó por un trato más humano propio de la tradición del siglo XV pero no avanzó en el terreno médico. Junto con el manicomio de San Baudilio, también adquirió el de Palencia (1888) y, posteriormente, ya en el siglo XX, el de Málaga y otros. La experiencia se exportó, además, a las antiguas colonias: Zapopan (1903), Cholula (1910), Bogotá (1920), Santiago de Chile (1922), etc. La presencia de las órdenes religiosas, particularmente la de las Hermanas de la Caridad de S. Vicente de Paul, fue una constante de nuestro sistema asistencial[88].

Los manicomios públicos estaban repletos, faltos del mínimo nivel de higiene, de una alimentación suficiente e incluso de agua. La mayoría eran departamentos anejos a los hospitales provinciales, y algunos, locales improvisados en decrépitos edificios, tal y como ocurría en Salamanca, Málaga o Elda (Alicante). El tratamiento médico fue prácticamente nulo debido a que el director era ajeno a la medicina. Continuaron utilizando medios de restricción como las esposas y los grillos. La

---

[85] Contrasta la descripción del esmerado tratamiento que recibían los internos del manicomio de Carabanchel, en el que las vallas y los medios retentivos eran sustituidos por la abundancia de personal medios (véase José de Eleizegui, *Figuras médicas: D. Jose Mª Esquerdo.* Ed. La España Médica, Madrid, 1914, páginas 76 a 85). Sobre el Sanatorio de Villajoyosa puede consultarse la obra de Pulido, Angel/Tolosa, Manuel. *De Carabanchel al Paraíso. Recuerdos de un Manicomio,* Enrique Teodoro impresor. Madrid, 1882.

[86] Sobre la figura de este alienista, Rey González, Antonio. «Clásicos de la Psiquiatría Española del siglo XIX (VI). Antonio Pujadas Mayans (1811-1881)» en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* número 9 (enero-abril de 1984), páginas 73 a 91.

[87] La Orden Hospitalaria de San Juan de Dios fue extinguida en 1835 por la desamortización de Mendizabal y restaurada en España por el párroco italiano Benito Menni. Se establecieron en 1877 en Ciempozuelos abriendo una casa de salud en una espaciosa finca urbana que se convirtió en el manicomio de San José de Ciempozuelos. El padre Menni fundó, igualmente, una congregación femenina, las Hermanas del Sagrado Corazón, quienes en pocos años pusieron en marcha el manicomio de mujeres de Ciempozuelos. La Orden hizo conciertos sucesivos con las Diputaciones de Madrid, Cáceres, Guadalajara, Cuenca, etc. con lo que el número de internados en ambos manicomios crecía sin cesar. (Gonzalez Duro, Enrique. *Historia de la locura en España, III,* páginas 20 y 21. Ediciones Temas de hoy, 1996).

[88] Varela, Julia/Alvarez-Uría, Fernando. *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación.* Editorial Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1989. Páginas 100 y 101.

Estadística realizada en 1880 estableció que, de 15 establecimientos para dementes, siete estaban en malas condiciones, cinco en medianas y sólo los de Cádiz, Málaga y Teruel podían considerarse aceptables. Faltaba una inspección efectiva de los manicomios y un mayor nivel de preparación de los profesionales.

Junto con el retraso en la importación del modelo francés, sí que podemos citar que también sucedió un fenómeno común a los restantes países que fue el progresivo aumento de la población internada. Así, en 1848 (1.626 internos)[89], en 1879 (26 establecimientos y 3.790 internos)[90], 1903 (29 establecimientos, 8.380 internos, 4.590 más que en 1880), 1910 (35 establecimientos, 19.356 enfermos), 1933 (83 establecimientos, la mitad oficiales y la mitad privados, sólo dos de titularidad estatal, 24.554 enfermos)[91].

2. BREVE EXPOSICIÓN DE LAS IDEAS QUE FUERON CONFIGURANDO EL DESARROLLO DE LA PSIQUIATRÍA PÚBLICA

2.1. El «tratamiento moral»

PINEL expondría en su *Traité médico-philosofique sur l'aliénation mentale ou la manie* (1801) los principios del tratamiento moral[92]. Se centraban, en

---

[89] La estadística de 1848 reflejaba un número de 66 establecimientos pero no era real debido a que verdaderamente propios manicomios sólo podían considerarse 4 casas de dementes y los 10 departamentos destinados a locos en los hospicios y casas de misericordia ya que en los demás (inclusas, cárceles, casas-galeras, conventos, presidio y hospitales generales, eran tratados junto a los enfermos que padecían dolencias comunes). Dirección General de Beneficencia y Sanidad. *Memoria acerca de la estadística de los manicomios*. Imp. Manuel Tello, Madrid, 1880, página 6. Según esta estadística, estaban a cargo de sus familias en sus domicilios un total de 5.651 dementes.

[90] Dirección General de Beneficencia y Sanidad. *Memoria*... página 9. La distribución era: 1 estatal (Leganés), 10 provinciales, 8 en departamentos en hospitales provinciales y 7 fundados por empresas particulares. La estadística indicaba que «los seis establecimientos que según la ley deben existir, son insuficientes para albergar la población alienada, porque en nuestro juicio no corresponde a las necesidades y buena atención de los enfermos esa aglomeración de recursos en un mismo edificio» (salía un cálculo de 632 individuos por establecimiento proyectado, páginas 15 y 16)

[91] Gonzalez Duro, *op. cit.*, páginas 117 a 121, 249 a 254 y 327.

[92] El autor señalará: «Pocos objetos hay en la Medicina tan fecundos como la manía por los numerosos puntos de contacto, por las afinidades necesarias entre esta ciencia, la filosofía moral, y la historia del entendimiento humano, y muchos menos todavía en que haya tantas preocupaciones que rectificar, y tantos errores que destruir: la enajenación del alma se considera generalmente como el producto de una lesión orgánica del cerebro, y a consecuencia como incurable, lo cual es en muchos casos contrario a las observaciones anatómicas. (...) La ciega rutina de innumerables médicos no ha salido del estrecho círculo de hacer muchas sangrías, y mandar baños generales y de riego, sin atender casi nada a la curación moral; a consecuencia se ha descuidado por ambas partes el punto de vista, puramente filosófico, que es la enajenación del alma, distinguir sus diferentes especies, formar la historia exacta de las señales precursoras, del curso y terminación de los paroxismos cuando es intermitente, establecer las reglas de policía interior de los hospitales, y determinar exactamente las circunstancias que hacen indispensables ciertos remedios, y las que hacen que sean superfluos; porque en esta como en otras muchas enfermedades, está lejos de consistir la habilidad del médico en solo prescribir remedios. (...) Esta especie de institución moral para curar los locos, y capaz de restablecer el juicio, supone

primer lugar, en la necesidad de lograr el respeto e, incluso, el temor del enfermo oponiéndose de forma constante a su obstinación pero evitando los tratamientos crueles y los excesos (en particular la utilización de aparatos infamantes, utilizando en su lugar la reclusión breve y la camisa de fuerza), sustituyéndolos paulatinamente por la benevolencia y la dulzura a medida que el enfermo recobraba el uso de su razón, labor en la que la persona encargada del hospital precisaba de unas cualidades físicas y morales[93]. En segundo lugar, en la necesidad del aislamiento del enfermo de su medio, al considerarse como fuente de la patología, la separación de sus familiares y la reclusión en el hospital en el momento de conocerse la enfermedad[94]. En tercer lugar, en el trabajo mecánico (fundamentalmente las tareas agrícolas, tomando el ejemplo del hospital de Zaragoza) como medio de mantener la salud, las buenas costumbres y el orden[95].

Jean Etienne Dominique ESQUIROL (1772-1840), discipulo de PINEL, fue el verdadero fundador de la escuela francesa. Su obra más conocida fue *Des maladies mentales considérées sous les rapports médical hygiénnique et médico légal* (1838). HUERTAS subraya que, pese a que PINEL y ESQUIROL han sido considerados frecuentemente de una manera conjunta en el análisis del nacimiento de la psiquiatría asilar, este último no se limita a ser un simple continuador. El «tratamiento moral» de PINEL tendrá como objeto fundamental devolver al paciente su «responsabilidad moral», convencerle de su error y propiciar el retorno a su anterior identidad individual y social. Para el alienismo posterior, señala HUERTAS, el tratamiento moral fue la terapéutica «científica» que exigió y justificó la construcción masiva de asilos, el secuestro de alienados y la instauración de una nueva práctica psiquiátrica al servicio de la Monarquía de julio[96]. La progresiva masificación de los asilos, la propia ambigüedad del carácter de los establecimientos como hospital y medio de control social y las circunstancias materiales de estos dio lugar a que los principios teóricos chocaran con la realidad, dando lugar a que se produjera una regresión doctrinal encaminada a hacer desaparecer los cuidados morales individualizados para llegar al «temor como instrumento de curación»[97].

HUERTAS señala que será François LEURET, médico-jefe de Bicêtre desde 1836 y discípulo de ESQUIROL, quien iniciará esta evolución negativa del tratamiento moral hacia modos de hacer cada vez más agresivos e intervencionistas[98]. Este autor escribirá:

---

que en la mayor parte de los casos no hay lesión orgánica del cerebro ni del cráneo». PINEL, Philippe, *op. cit.*, páginas 58 y 59 (el original consultado está en castellano antiguo; he adaptado el lenguaje al momento presente porque permitía una lectura más sencilla).

[93] PINEL, Philippe, *op. cit.*, páginas 91, 93 a 96, 101 y 102 y 176

[94] PINEL, Philippe, *op. cit.*, páginas 193

[95] PINEL, Philippe, *op. cit.*, páginas 193 a 195

[96] HUERTAS, *op. cit.* Páginas 37 y 38

[97] HUERTAS, *op. cit.*, página 45

[98] En el mismo sentido, CASTEL, R. *op. cit.* , página 297

> El dolor, es verdad, forma parte del tratamiento que recomiendo para curar a los alienados. Pero decir que lo empleo siempre y para todos los enfermos es una aseveración que desmienten tanto mis escritos como mis actuaciones. El sufrimiento sirve de palanca en estos pacientes, al igual que resulta útil en el transcurso cotidiano de la vida y como resulta oportuno en la educación. Se trata de uno de esos mecanismos que provocan la huida del mal y la persecución del bien, aunque no sea así necesariamente. Entre los niños y los alienados existen numerosas semejanzas. Quien para educar y dirigir a los niños sólo sepa hacerlos sufrir les convertirá en personas ignorantes y estúpidas. Quien para curar a los alienados utilice tan solo la intimidación destruirá lo que les quede a esos enfermos de sus facultades intelectuales y morales[99].

Lo cierto es que, durante el siglo XIX aparecieron muchas formas de sujeción y de coerción que configuraron la leyenda negra de los establecimientos de esta época. Estas medidas pueden clasificarse en[100]:

- Medidas de sujeción: concebidas para inmovilizar al paciente. La más inocua y empleada fue la camisa de fuerza. Con posterioridad, aparecieron una gran variedad de objetos como hebillas de tornillo, cinturones de cuero, cestas, armarios, cajas donde el paciente, una vez introducido, sólo podía sacar la cabeza, etc.
- Medios restrictivos: El más empleado fue el total aislamiento del paciente «furioso» en una celda a oscuras e intentar así su calma.
- Medios coercitivos: las máquinas rotativas, las ruedas huecas, las máscaras de cuero que cerraban herméticamente la boca evitando los gritos y las mordeduras, la alimentación forzada...

También merecen ser destacados los medios terapéuticos con que se contaba[101]:

- La terapéutica ocupacional: Al principio se pensaba que los enfermos debían trabajar sobre todo en faenas pesadas, corporales, por creerse que el cansancio físico debía proporcionar un sueño reparador, a la vez que templaba el sistema nervioso. Luego se piensa también que el trabajo ha de ser obligado para que surta efectos beneficiosos, concebido como una carga. Esta forma de pensar suponía que lo más importante era el trabajo en sí, lo que condujo a proporcionar tareas absurdas. Sin duda, el más empleado fue el trabajo agrícola y, en muchos casos, se persiguió más el beneficio del asilo

---

[99] Leuret, François. *El tratamiento moral de la locura.* Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2001. Página 97.

[100] Marquez Moreno, Mª Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX.* Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989, página 59.

[101] Espinosa Iborra. *op. cit.*, páginas 23 a 25.

que el propio interés del paciente, cuestiones que escapaban la mayoría de las veces al actuar del médico.

- La hidroterapia: baños simples a distintas temperaturas, baño de inmersión o sorpresa (finalmente abandonado por los perniciosos efectos que la intensa conmoción producía) y las duchas, rápidamente generalizadas, terapia que el propio LEURET preconizaba[102].
- Remedios físicos: fueron muchos e imposibles de enumerar ya que se fue ensayando todo lo imaginable. Los más importantes fueron el uso de vomitivos y purgantes (se consideraba que el asco que producía el vómito obligaba al paciente a desviar la atención de sus pensamientos y problemas), los tónicos y estimulantes (yoduro potásico, preparados de estricnina y fósforo o arsénico, amoníaco, etc), los calmantes (principalmente el opio y sus derivados), los medios derivativos e irritantes de la piel (cataplasmas e incluso la aplicación de hierros candentes, afortunadamente muy escasa) y los regímenes dietéticos.

El abuso en la utilización de los medios coercitivos dio lugar a un fuerte movimiento de oposición en Inglaterra cuyo máximo exponente fue John CONOLLY (1794-1856) que impuso en el manicomio de Hanwell el reformismo humanitario propio de la tradición inglesa (TUKE, HILL…). Sus obras más conocidas fueron *The construction and government of lunatic asylums and Hospitals for the insane* (1847) y *The treatment of the Insane without Mechanical Restraints* (1856). CONOLLY sustituyó la camisa de fuerza por lo que denomina *seclusion* (aislamiento) en una celda de paredes acolchadas donde permanecía el paciente hasta que se calmaba y por el empleo de enfermeros fornidos para la reducción del paciente. Este método, el *non-restraint*, aunque basado en la persuasión del paciente, descartaba gran parte del aparato de coerción vigente en la época. Paulatinamente fue introduciéndose en los restantes países europeos (así MOREL, en 1860, en Francia hará una firme defensa de estos métodos y GRIESINGER lo introducirá en Alemania) aunque no sin fuertes polémicas[103].

Hacia 1860, comienza el declive del tratamiento moral. El tratamiento moral supuso que la psiquiatría se despegara de las actitudes terapéuticas propias de la medicina general mediante una concepción moral de la locura predominantemente psicogenética y social, aunque no abandonó ni la base fisiológica ni los remedios médicos porque se intentaba entender el frágil nexo entre fisiología y moral. Lo cierto es que, pese a sus errores, el tratamiento moral consideraba a las personas con enfermedad mental como «curables» mientras que la evolución posterior, con una percepción organicista y de hondo pesimismo antropológico, los considerará a la gran mayoría como enfermos irrecuperables justificando la reclusión perma-

[102] LEURET, François. *op. cit.*, páginas 98 a 101
[103] HUERTAS, *op. cit.*, páginas 54 a 58 y ESPINOSA, *op. cit.*, páginas 21 y 22.

nente[104] por razones fundamentalmente de control social en el nuevo contexto de las sociedades industrializadas. Una vez rechazado el carácter terapéutico de la institución, esta se vio reducida a un mero «depósito» de personas[105].

2.2. La teoría de la degeneración

La segunda mitad del siglo XIX se caracterizará por el influjo del positivismo, adoptándose una línea somaticista que explicará los trastornos mentales en términos de lesión orgánica específica. Es de destacar, en Francia, la obra de MAGNAN y sobre todo la de Bénédicte-Auguste MOREL (1809-1873) que propuso la teoría de la «degeneración» para explicar la enfermedad mental.

MOREL, alienista que practicaba en el manicomio Saint-Yon (cerca de Rouen) publicó en 1857 el *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales*. En dicha obra entenderá la degeneración como «una desviación enfermiza del tipo normal de la humanidad». Expondrá tres simples principios[106]:

- En la especie humana existe un «tipo primitivo»
- Este tipo primitivo puede degenerar progresivamente —en el plano físico y/o mental— en función de las influencias exteriores como el clima o el sol, pero también el alcoholismo, el tabaco, el opio, el hachisch, el mercurio, el arsénico, es decir, de forma general, todos los venenos vegetales y minerales.
- El nivel de degeneración no cesa de aumentar si las condiciones exteriores permanecen desfavorables. Cuando la degeneración es demasiado importante el individuo se vuelve estéril.

MOREL era hombre de firmes convicciones religiosas. El tipo primitivo era perfecto y había sido creado por Dios a su imagen y semejanza. La causa de la degradación para él era el «pecado original»[107]. La desviación morbosa era transmisible de forma hereditaria y sujeta a una evolución progresiva hacia la decadencia. Para este alienista, no había más que dos soluciones para «regenerar» a los individuos[108]. La primera consistía en practicarles un tratamiento moral concebido como la aplicación de deberes «impuestos por la ley moral divina, fija e inmutable». El segundo consistía en que los «casos agudos» fueran tratados por médicos competentes. Morel insistía en la prevención, estimando indispensa-

---

[104] Huertas, Rafael. «Terapia e intimidación moral» artículo situado como prólogo a la obra de LEURET, François. *El tratamiento moral de la locura.* Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2001. Páginas 7 a 13.

[105] Huertas, *Del manicomio ...* Páginas 73, 75 y 91

[106] Renneville, Marc. «L'anthropologie du criminal en France». *Criminologie,* XXVII, 2, 1994. Páginas 185 a 209.

[107] Campos Marín, Ricardo/Martínez Pérez, José/Huertas García-Alejo, Rafael. *Los ilegales de la natualeza. Medicina y degeneracionismo en la España de la Restauración (1876-1923).* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2000. Página 4.

[108] Renneville, Marc. *Op. cit.*, página 196

ble asociar a las intervenciones curativas un enfoque profiláctico que tendiera a desarrollar la higiene tanto en el plano físico como en el mental.

En 1895, Valentin MAGNAN (director-Jefe del manicomio de Sainte-Anne) y P.M. LEGRAIN publicarían su trabajo *Les dégénérés. Etat mental et síndrome épisodiques* en la que modificarían sustancialmente el concepto al introducir la idea darwinista de la lucha por la vida, desplazando los conceptos místicos de MOREL. Para estos autores, el ser humano no sería originariamente perfecto sino que evolucionaba hasta adquirir distintos grados de mejora de la especie. La degeneración sería un proceso patológico, no normal. El degenerado sería así un sujeto enfermo[109].

La teoría de la degeneración se desarrollará considerablemente durante el último tercio del siglo XIX. La situación de fin de siglo en Francia (los difíciles principios de la Tercera República, la agitación anarquista, los escándalos político-financieros, la crisis económica de los años 1880-1890…) favorecieron una visión pesimista que contrastaba con el pensamiento anterior del progreso lineal de la civilización[110].

La teoría de la degeneración no sólo supuso un aporte doctrinal, sino que tuvo importante trascendencia asistencial en dos planos[111]:

- Primero, al introducir el concepto de prevención y profilaxis. Ya no se tratará tanto de curar como de prevenir, de evaluar riesgos, de detectar anomalías. La profesión de alienista deja de estar circunscrita a las paredes del manicomio para introducirse en el tejido social.
- Segundo, al reorganizar el espacio del manicomio. Resulta preciso distinguir entre la «alienación mental» propiamente dicha y «aquellas enfermedades que provocan alteraciones mentales». Ello dará lugar a la necesidad de situar en otros espacios a aquellas personas que padecían trastornos seniles, epilépticos, alcohólicos, a los asociales, etc. De otra parte, se afirmará la necesidad de supresión de los medios coercitivos, siguiendo las ideas de CONNOLLY. Por último, la introducción de *l'alitement* (clinoterapia) para los enfermos agudos y subagudos que supuso la recepción en el Servicio de Admisiones de este tipo de pacientes que eran encamados durante tiempos variables, generalmente entre uno y ocho días, dado que los casos de alcoholismo agudo, delirios agudos, estados maníacos y melancólicos agudos y subagudos mejoraban de forma rápida y constante. Sin embargo, pese a su voluntad reformadora, para MAGNAN el asilo cerrado seguirá constituyendo el eje central de la asistencia introduciendo una importante diferenciación entre enfermos que eran susceptibles de tratamiento y los que no lo eran.

La teoría de la degeneración tuvo una importante expansión en Europa. Así, el vienés Richard VON KRAFFT-EBING (director del psiquiátrico provincial de Graz)

---

[109] Campos Marín, Ricardo et al. *Op. cit.* Página 5
[110] Renneville, Marc. *Op. cit.*, página 197
[111] Huertas, *Op. cit.*, páginas 58 a 65. Castel, *Op. cit.*, páginas 292 y ss.

o William SANKEY y Henry MAUDSLEY en Inglaterra[112]. En España, inicialmente, el pesimismo que presidía la idea de degeneración no podía ser bien acogido. La necesidad de demostrar las posibilidades de curación de la locura, idea central del inicial optimismo de los alienistas, tenía el objetivo de consolidar la posición de éstos como profesión ante la sociedad y la Administración Pública y la defensa del interés mercantil en la práctica privada. La idea de que existieran individuos «irrecuperables» no podía ser bien acogida durante el proceso de implantación de la especialidad que experimentaba un considerable retraso respecto a los restantes países de Europa. Sin embargo, a principios del siglo XX, debido a la extensión de estas tesis en Europa, la caída de muchos manicomios privados en el custodialismo y la vocación higienista dio lugar a la aceptación de estas tesis entre los alienistas españoles[113].

Hacia la Primera Guerra Mundial, las tesis regeneracionistas habían caído en el absoluto descrédito entre los psiquiatras. Aparecieron también interpretaciones no biológicas (como la fenomenología de Karl JASPERS en 1913), aunque estas ideas tardarían en desaparecer del contexto social mucho tiempo después.

2.3. El auge de la clínica universitaria

En la segunda mitad del siglo XIX surge el apogeo de la escuela alemana que irá transformando la psiquiatría asilar en psiquiatría científica y universitaria. La figura más destacada fue, sin duda, Wilhem GRIESINGER (1817-1868). En 1865 accedió a la cátedra de psiquiatría en Berlín, en el hospital de la Charité, donde establecería el modelo moderno de departamento de psiquiatría, dedicado a la enseñanza y la investigación más que al custodialismo. La orientación será, fundamentalmente, somática (la enfermedad mental es una «enfermedad de los nervios y del cerebro»). Los médicos en formación de la Charité trabajaban en psiquiatría como en un hospital general, colaborando con otros servicios. Editó un Manual *(Die Pathologies und Therapie der psychischen Krankheiten)* cuya segunda edición (1861) se convertiría en un texto básico para la época y fundó una revista psiquiátrica *(Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten)*[114]. Defendió la construcción de centros asistenciales para los enfermos mentales agudos en el centro de la ciudad a modo de pequeñas clínicas, diferenciándolos claramente de los crónicos[115] y cuyos establecimientos se ubicaban en las afueras de las ciudades. Para este autor, la diferenciación en «curables e incurables» debía ser sustituida por la de «agudos y crónicos» por ser la primera normativa en exceso y poco práctica. Los establecimientos tenían que dividirse conforme a esta distinción

[112] Shorter, *Op. cit.* Páginas 95 a 97
[113] Campos Marín, Ricardo et al. *Op. cit.* Páginas 15 y 16
[114] Shorter, *op. cit.*, páginas 73 y ss.
[115] Marquez Moreno, *op. cit.*, página 63

para una estancia transitoria o más duradera. Cada municipio debería tener un «asilo municipal» para este objetivo, debiendo configurarse el ingreso de forma inmediata y suprimir el complicado proceso jurídico que ralentizaba los ingresos dado que esa aceleración es necesaria para impedir suicidios y otros sucesos y para aumentar las posibilidades de curación[116].

Pronto esta orientación se extendería a otras universidades[117] como a Hamburgo (1866, gracias a la actividad de Ludwig MEYER), Munich (1872, gracias a Bernhard VON GUDDEN), siendo Heidelberg, en 1878, la primera clínica que se construiría dentro de una universidad (gracias a la actividad de Carl FÜRSTNER).

Por otro lado, en Austria, Theodor MEYNERT fue nombrado profesor de psiquiatría en Viena en 1870, introdujo la investigación con el microscopio de los tejidos cerebrales buscando lesiones patológicas. Aunque sólo logró descubrir las lesiones de la neurosífilis, desde 1880 la utilización del microscopio y la búsqueda de lesiones anatómicas constituyó una práctica ordinaria en las universidades alemanas, austríacas y suizas. Del estudio de la neuroanatomía pueden destacarse nombres como los de Paul FLECHSIG, Eduard HITZIG y, sobre todo, Carl WERNICKE que, en 1885, fue nombrado profesor de psiquiatría en Breslau que centró su investigación en la conexión de los síntomas con determinadas áreas del cerebro. Este primer modelo biológico de la psiquiatría tuvo como contrapartida el escaso interés de estos autores por el tratamiento de los enfermos que, de por sí, consideraban incurables[118].

En 1911, Alemania contaba con 16 clínicas universitarias, 187 manicomios públicos, 225 manicomios privados, sin hablar de las numerosas instituciones austríacas y suizas de habla germana. Alemania contaba con casi 1.400 médicos especializados. Su primacía en el desarrollo de la investigación de la psiquiatría era indiscutible[119].

El proceso, en Francia, fue mucho más tardío y dispar. Hasta 1877 no se crearon cátedras de psiquiatría, momento en que un decreto gubernamental mandó su instauración en cada una de las cuatro facultades de medicina (la Sorbona de París, Lyon, Nancy y Marsella). Los procesos de selección fueron burocratizados y dirigidos desde el poder central. Fue nombrado Benjamin BALL quien careció de influencia. Muchas figuras francesas, como Josef BABINSKI fueron apartadas de las cátedras. Los propios tratadistas franceses, como Paul SÉRIEUX, reconocerían su retraso respecto a los modelos germánicos a principios de siglo[120].

En Inglaterra, la intervención pública en investigación apenas existía. Pese a figuras como SANKEY o MAUDSLEY, que alcanzaron cargos de enseñanza en 1865 y 1869 en la University College Hospital, la orientación fundamentalmente clínica y poco investigadora de los psiquiatras británicos influyó decisivamente en

---

[116] Dörner, Klaus. *Op. cit.*, página 405
[117] Shorter, *op. cit.*, páginas 76 y ss.
[118] Shorter, *op. cit.*
[119] Shorter, *op. cit.*, página 81
[120] Shorter, *op. cit.*, páginas 81 a 87; Huertas, *Del manicomio* ... Páginas 86 y ss.

este retraso. Hasta 1923 no surgió la primera clínica universitaria en Londres y gracias a los esfuerzos de MAUDSLEY[121].

En Italia, pronto se crearon cátedras de psiquiatria, iniciandose en la Universidad de Nápoles en 1863 y siguiendo otras en Pavia, Bolonia y Cagliari durante la misma década a impulso de los padres de la psiquiatría italiana A. Verga y S. Biffi[122]. A finales del XIX, en nueve de las 21 universidades italianas se enseñaba oficialmente la patología mental y en otras, como Palermo, Peruza y Pisa, se realizaban cursos libres de la especialidad. También en Florencia y en Milán se establecieron cursos de psiquiatría. Todas ellas contaban con enseñanza clínica en establecimientos manicomiales que normalmente eran los manicomios de sus ciudades (caso de Turín, Génova, Roma y Palermo, por ejemplo)[123].

En Estados Unidos, el modelo partía de la separación de la enseñanza y la investigación, contrariamente al modelo continental. En 1910, Adolf MEYER llegó como profesor de psiquiatría al John Hopkins Hospital y pudo conciliar ambos extremos. La psiquiatría, en esos momentos carecía prácticamente de investigación científica que pudiera considerarse análoga al modelo alemán[124].

En nuestra patria la obra de GRIESINGER no fue traducida ni comentada en el siglo XIX. Los psiquiatras españoles, entonces llamados alienistas, incluso los más somaticistas como GINÉ o MATA, fundarán sus esquemas en la escuela francesa. A lo sumo se conocía a algún autor inglés. Podemos destacar varias generaciones[125]:

- La «generación de 1841» en la que destacan Pedro MATA Y FONTANET (médico legista), José RODRÍGUEZ VILLARGOITIA, que desempeñó un importante papel en la elaboración del concepto del «manicomio modelo»[126], y Antonio PUJADAS Y MAYANS que fundó el manicomio de San Baudilio de Llobregat. De la denominada «generación de 1856» destacamos a Juan Bautista PESET Y VIDAL y Emilio PI Y MOLIST que fue encargado del Hospital de la Santa Cruz y recorrió Europa visitando los diferentes establecimientos manicomiales (visitó la colonia de Gheel, entre otros, en 1854), siendo autor de numerosas publicaciones.
- La «generación de 1871» en la que destacan, en Madrid, Jose Mª ESQUERDO Y ZARAGOZA quien colaboró en la cátedra de Mata y fundó un manicomio

[121] Shorter, *op. cit.*, páginas 87 a 90
[122] Canosa, *op. cit.*, página 66
[123] Galcerán, *op. cit.*, página 4
[124] Shorter, *op. cit.*, páginas 91 a 93
[125] Rey Gonzalez, Antonio. «La psiquiatría en la España del siglo XIX». En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 43 y ss.
[126] El autor expresaba a mediados del siglo XIX que «la mayor parte de los males que en nuestro suelo tienen que deplorar estos desgraciados emanan principalmente de dos orígenes: 1º la equivocada idea de incurabilidad universalmente extendida, y 2º la falta de establecimientos oportunamente dispuestos para su acogida y tratamiento» (Rodríguez Villargoitia, José. *De los medios de mejorar en España la suerte de los enagenados.* Imprenta de M. Rojas, 2ª Edición, Madrid, 1857, páginas 9 y 10)

privado en Carabanchel y otro en Villajoyosa, destacando su actuación en el terreno de la política. Entre los discípulos de Esquerdo destacará Jaime VERA Y Ángel PULIDO. De mayor importancia, hay que mencionar a Juan GINE Y PARTAGAS, director desde 1864 del manicomio de Nueva Belén, donde fundó la primera escuela de la psiquiatría española, de la que destacaron MARTI JULIA, RODRIGUEZ MORINI, RIBAS PUJOL y sobre todo GALCERÁN. Fue fundador de la *Revista Frenopática española*, siendo su obra muy extensa, destacando su *Tratado de frenopatología (1876)*. A reseñar también la convocatoria del I Certamen frenopático español.

- La «generación del 14»[127]. Es en este momento cuando se produce una progresiva mejora de la enseñanza de la disciplina y la profesionalización de los psiquiatras. Es la generación de Nicolás ACHÚCARRO, Jose M. SACRISTÁN, Gonzalo RODRÍGUEZ LAFORA[128], SANTOS RUBIANO, VILLAVERDE, GAYARRE, SANCHÍS BANÚS, LÓPEZ ALBO, etc. Bajo la influencia de RAMÓN Y CAJAL, la mayor parte de los componentes de esta generación ampliaron sus estudios en países extranjeros (particularmente en Alemania) y fomentaron una práctica psiquiátrica privada que paralelamente combinarían con la investigación neurológica. Fruto de esta tarea fue la creación de la Asociación Española de Neuropsiquiatras en Barcelona el 29 de diciembre de 1924. Es de destacar el notable incremento de las publicaciones en esta época y la creación de la revista «Archivos de Neurobiología» en la que tendría participación ORTEGA Y GASSET.

En España, en el siglo XIX, en los establecimientos en los que se practicó asistencia médica, fundamentalmente en los privados, se aceptaba el manicomio como único lugar de tratamiento. Seguía predominando el *restraint*. Las fuentes doctrinales eran las francesas y el tratamiento moral. El tratamiento más empleado fue la hidroterapia, con escasa utilización de la farmacología. No fueron muy aceptados los procedimientos quirúrgicos (trepanación, craniectomía y cerebrotomía) y fueron, en general, asumidas las ideas degeracionistas[129]. Fue reivindicación

---

[127] También es conocida como «el costado médico de la generación del 27» (Laín Entralgo) o la «generación de los Archivos de Neurobiología (Gracia Guillén). Aparicio Basauri, Víctor/Sánchez Gutierrez, Ana-Esther «Norma y Ley en la Psiquiatría Española (1822-1986)» En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España*. Editorial ELA, Madrid, 1997, página 30.

[128] Gonzalo Rodríguez Lafora fue, sin duda, la figura más destacada de esta generación. Nacido en 1886, en 1908 consiguió una beca para ampliación de estudios en Berlín y Munich donde trabajó con Kraepelin y Alzheimer. En 1910 se trasladó a Washington y allí descubrió los corpúsculos amiláceos de la epilepsia mioclónica, alcanzando por ello fama mundial. Dos años después volvió a España, trabajando con RAMÓN Y CAJAL en un laboratorio de fisiología experimental del sistema nervioso en el Instituto de Investigaciones Biológicas. Trabajó en el período 1914-1917 como vicesecretario del Patronato Nacional de Anormales, al tiempo que mantenía su actividad publicando artículos en revistas científicas y desempeñando la práctica privada de la psiquiatría, presidiendo posteriormente el Consejo Superior Psiquiátrico. En 1954, tras la guerra civil, consiguió reiniciar la publicación de la revista Archivos de Neurobiología, falleciendo finalmente en 1971 (Gonzalez Duro, *op. cit.*, páginas 133 y ss.)

[129] Marquez Moreno, *op. cit.*, páginas 81 y ss.

constante de los alienistas el establecimiento obligatorio de la enseñanza de la psiquiatría en las Facultades de medicina. Mata introdujo en el plan de estudios de 1843, dentro de los estudios de medicina legal, los exámenes y estudio de los dementes, sin embargo, durante todo el siglo XIX no habrá un definitivo impulso a la creación de las cátedras de psiquiatría, de hecho, el R.D. de 1885 sobre internamiento de los enajenados se creó al margen de los profesionales y de la universidad. La ausencia de un lugar para la práctica clínica condicionó el proceso. Con algunas tímidas mejoras como la creación del Instituto Central de Medicina legal, toxicología y psiquiatría en 1914, no se avanzó mucho. Las primeras cátedras de la especialidad se crearon en la Universidad Central (por Orden de 7 de julio de 1933), cátedra que no se cubrirá hasta pasada la guerra civil, y, entre 1933 y 1936, en la Universidad Autónoma de Barcelona que ostentará Emilio MIRA Y LÓPEZ [130]

2.4. De los inicios del siglo XX a la segunda guerra mundial

En este apartado vamos a reproducir, de forma muy sintética, algunas ideas necesarias para comprender el proceso posterior a la segunda guerra mundial. El tratamiento de los enfermos continuó desarrollándose básicamente en su entorno asilar y el número de internos siguió aumentando; sin embargo, ciertos avances (y retrocesos) sí que son dignos de mención:

2.4.1. La clasificación de las enfermedades

Con la sexta edición del Manual de Emil KRAEPELIN [131] *(Psychiatrie)*, se desarrolló un sistema nosológico que tuvo gran aceptación, centrado en la distinción entre la que llamó demencia precoz (posteriormente denominada esquizofrenia por Eugen BLEULER) y la psicosis maníaco-depresiva, con un criterio descriptivo y organicista propio de las ciencias naturales. El Decreto de 1931, en España, por ejemplo, lo adoptó.

En la actualidad, la más importante es la Clasificación estadística internacional de las enfermedades y trastornos relacionados con la salud (CIE) publicada por la Organización Mundial de la Salud. En 1893, William Farr (Inglaterra), Marc D´ Espine (Suiza) y Jacques Bertillon (Francia) trabajaron para conseguir una clasificación de causas de muerte que se adoptara universalmente. Este sería el germen de la primera clasificación internacional de enfermedades. A partir de la publicación del

[130] Espino Granado, Jose-Antonio. «La formación del psiquiatra en España: Apuntes a modo de introducción». En *Orígenes y Fundamentos…*, páginas 107 a 143

[131] Emil Kraepelin (1856 a 1926), figura central de la psiquiatría del siglo XX, forma parte de una generación de importantes psiquiatras alemanes entre los que destacan Aloys Alzheimer y Franz Nissl

año 1900 se empezó a utilizar en España. En ese mismo año, tuvo lugar en París la Primera Conferencia Internacional para la revisión de la Clasificación de Causas de Defunción, en la que además se aprobó un sistema de revisión decenal. Las tres primeras revisiones fueron dirigidas por el Dr. Bertillon, pero a la muerte de este, las revisiones fueron realizadas por la Organización de Higiene de la Sociedad de Naciones, con la cuarta y quinta revisión que se adoptaron en España en 1931 y 1941, respectivamente. Esta clasificación se mantuvo, con mínimas modificaciones introducidas en las revisiones decenales, hasta el año de 1948. En esta fecha la Comisión Interina de la Organización Mundial de Salud (OMS) se encargó de la publicación de la CIE-6, lo que representó un cambio sustancial en la organización interna de la clasificación, sobre todo porque fue la primera vez en que se incluyeron los trastornos mentales. A partir de 1955 la OMS produjo, a intervalos de aproximadamente 10 años, sucesivamente las CIE-7, 8 y 9. A raíz de los avances en la utilización de la epidemiología, y basados en una intensa y extensa colaboración internacional, se publicó en 1992 la CIE-10 que representa un cambio radical en la concepción de la clasificación de los trastornos mentales.

Algunos países como Estados Unidos o Japón, sin embargo, adoptaron sus propias clasificaciones. Con fundamento en la clasificación de Kraepelin, en 1952, la *American Psychiatric Association* (APA) publicaría el Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales, conocido como DSM-I[132] que posteriormente fue modificado en 1968 (DSM-II), 1980 (DSM-III, con una revisión en 1987, DSM-III R) y 1994 (DSM-IV, con una revisión en el año 2000, DSM-IV R)[133]. No obstante, ambas clasificaciones guardan ya homogeneidad dado que, de acuerdo con los tratados entre los Estados Unidos y la Organización Mundial de la Salud, a partir del año 2000, los diagnósticos y los códigos del DSM deben ser idénticos a los utilizados en la CIE para asegurar uniformidad en la referencia a las estadísticas psiquiátricas nacionales e internacionales[134].

2.4.2. Las distintas teorías

Desde los inicios del siglo XX, se desarrollaron un buen número de elaboraciones psiquiátricas como el conductismo y el psicoanálisis. Su estudio excedería del propósito de este apartado. En particular, es destacable la obra de Sigmund FREUD (1856-1939). En 1910 se creó la Asociación Psicoanalítica Internacional que mantendrá el psicoanálisis ortodoxo, desarrollándose posteriormente varias disidencias (JUNG, ADLER, KLEIN, LACAN…). La importancia de esta corriente es indiscutible, particularmente en la evolución de la psiquiatría en Estados Unidos, sin

---

[132] *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*

[133] Sobre el proceso de elaboración de la clasificación norteamericana, SHORTER, Edward. *Op. cit.*. Páginas 298 y ss.

[134] KAPLAN, Harold I./SADOCK, Benjamin J. *Sinopsis de Psiquiatría.* Editorial Médica Panamericana S.A., Madrid, 1999. Página vii.

embargo, para los efectos de nuestra exposición, debemos señalar que el psicoanálisis se ha centrado más en los problemas de terapia individual o de gabinete que en las relativos a su posible aplicación a las instituciones hospitalarias por lo que carece de interés para un estudio centrado en la psiquiatría pública[135]. De hecho, actualmente, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización recoge expresamente que el psicoanálisis y la hipnosis no son servicios comprendidos en la atención a la salud mental[136].

De mayor interés fue la aparición de terapias biológicas como la piretoterapia para el tratamiento de la parálisis general progresiva derivada de la sífilis (Julius VON WAGNER-JAUREGG, 1917) que supuso un avance extraordinario debido a que esta enfermedad era de gran frecuencia en los manicomios, el uso del coma insulínico (Manfred Joshua SAKEL, 1927), la terapéutica convulsiva usando el cardiazol (Ladisla Jos MEDUNA, 1934) o métodos eléctricos (Ugo CERLETTI y Lucio BINI, 1937), y el empleo de métodos quirúrgicos por Antonio Caetano de EGAS MONIZ (1935). Este tipo de terapias, sin embargo, generó gran polémica que ha llegado hasta nuestros días en las dos formas que mantienen su uso: la terapia electroconvulsiva (TEC) y la psicocirugía[137]:

Los fundamentos de la TEC partieron de los presupuestos de VON MEDUNA bajo el supuesto antagonismo que se postulaba entre esquizofrenia y epilepsia. VON MEDUNA utilizaba el alcanfor para producir convulsiones y lograr un efecto semejante que redujera los efectos de la esquizofrenia. En 1937, BINI mencionó la posibilidad de provocar convulsiones mediante la corriente eléctrica. En 1938, CERLETTI mediante el paso de una corriente apropiada entre ambos polos temporales aplicó el método a un paciente esquizofrénico alucinado e incoherente. Recibió 14 tratamientos durante dos meses, tras los cuales fue dado de alta con una remisión completa de la sintomatología. Aunque se obtuvieran resultados favorables ante diversas manifestaciones de esquizofrenia, en 1940 se descubrió que las depresiones eran el objeto de elección para tal terapia. Hasta los primeros años de la década de los 50, cuando se introducen los primeros fármacos neurolépticos y antidepresivos, la TEC es una de las escasas terapéuticas eficaces en psiquiatría. Quizás fuera esa la razón de su utilización masiva, a veces indiscriminada y que en algunos casos dio lugar a abusos. Durante los años 70 una creciente corriente de opinión que aludía a su carácter represivo y deshumanizador, así como a posibles lesiones cerebrales, que forzó medidas y regulaciones legales para la práctica de

---

[135] El psicoanálisis tuvo una tímida entrada en España a través de la difusión de Ortega y Gasset en 1910, comenzándose a publicar las obras completas de Freud en 1923, influyendo notablemente en Mira y en Angel Garma (Gonzalez Duro, *op. cit.*, páginas 147 y ss. Rodriguez Pérez, Juan-Francisco. *La significación de Angel Garma en el psicoanálisis hispánico*. En *Orígenes y fundamentos…,* páginas 215 y ss.

[136] R. D. 1030/2006, Anexo III, nº 7. Con anterioridad, tampoco se recogían en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (Anexo III, nº 6).

[137] Sobre la historia de estos tratamientos, Shorter, *op. cit.*, páginas 218 a 219 y 281 a 287; sobre los problemas éticos que plantean, Merskey, Harold. «Aspectos éticos de la manipulación física del cerebro», en VV.AA. *La ética en psiquiatría; Madrid, 2001,* páginas 263 a 284

esta terapéutica, que incluso fue prohibida en algunos países. A partir de estas críticas, diversas entidades como el Royal College of Psychiatrist en 1977 y la Asociación Psiquiátrica Americana en 1978 emitieron informes que avalaban la eficacia de la TEC y su escaso riesgo de mortalidad y efectos adversos.

En 1935, el médico portugués EGAS MONIZ propone al mundo científico una técnica psicoquirúrgica para el tratamiento de determinadas enfermedades mentales: la lobectomía o leucotomía del lóbulo frontal. Un año después aparece en Francia la primera publicación sobre el método, con la presentación de una casuística sobre 20 sicóticos intervenidos. La técnica fue aceptada inmediatamente por numerosos neurólogos y psiquiatras europeos y americanos, siendo los americanos FREEMAN y WATTS los que, con algunas modificaciones, contribuyeron de manera decisiva a la utilización de la lobectomía en su país donde, a lo largo de los años 40, se convirtió en práctica extendida en el tratamiento de sicóticos y criminales. Una de las primeras y más llamativas consecuencias de la técnica es la ausencia, en los sujetos leucotomizados, de todo tipo de iniciativa y espontaneidad, el llamado «síndrome del lóbulo frontal». Estas complicaciones obligaron al desarrollo de técnicas más selectivas que minimizaran estos efectos, mediante la cirugía estereotáctica, utilizando isótopos radiactivos, sondas criogénicas o radiocirugía, con lo que se consiguen intervenciones mínimas sobre el tejido cerebral con la misma eficacia. Con el advenimiento de los psicofármacos, a principios de los años 50, el uso de esta terapia encontró su declive.

2.4.3. La mejora de la organización y de los medios humanos y materiales

En los establecimientos cerrados se produjo una importante reorganización que podemos resumir en lo que sigue:

A. La construcción de los establecimientos. La evolución del manicomio al hospital psiquiátrico tuvo como motivo principal el intento de sanitarizar este tipo de centros para lo cual fue decisivo el modelo de construcción. Inicialmente, en el siglo XIX, el principal problema era la fuga por lo que se construían en grandes caserones (en ocasiones, antiguos conventos, cuarteles o fábricas en desuso) con altas tapias y celdas que se abrían a grandes corredores y patios sombríos similares a los de las prisiones. Posteriormente, se consideró la idea de mantener en cama a los enfermos y, en caso de excitación, someterlos al baño, por lo que primó la existencia de salas de guardia o de encamamiento (clinoterapia) y de baños (hidroterapia). El hospital evolucionará hacia un sistema de pabellones de alrededor de 120 enfermos cada uno con un aspecto menos carcelario y más agradable. La disposición ordinaria era de dos pisos, conteniendo el primero el comedor, los salones de día, las salas de lectura y el superior destinado a dormitorios y baños. En los sótanos o en edificios centrales de servicios se instalaban

talleres para el trabajo de algunos enfermos. Todo pabellón debía disponer de una o dos habitaciones con un par de camas para aislamiento en los casos de urgencia. Un despacho para el médico, el botiquín y los cuartos para los enfermeros de guardia completaban la distribución. En pabellón separado se encontraba un salón de fiestas destinado a cine, teatro, conciertos, etc. La idea era no sobrepasar los 1.000 enfermos por hospital. La división de los enfermos por grupos solía realizarse según se tratara de «tranquilos» (con régimen de puerta abierta en la que los enfermos pueden entrar y salir a los patios y jardines del centro libremente), «semitranquilos», «agitados», «sucios e impedidos». También era importante el departamento de ingreso, donde eran situados los pacientes de nueva admisión para su observación y constatación de su estado[138].

B. La mejora de las condiciones higiénicas y materiales. Las condiciones higiénicas era uno de los principales problemas de los manicomios. El suministro de agua, la escasa ración de alimentos y las deficiencias de higiene fueron factores que motivaron epidemias que, en ocasiones, diezmaron la población de los manicomios. La mejora de tales condiciones a lo largo de la primera mitad del siglo XX supuso el descenso de las tasas de mortalidad y una importante mejora en la situación de los pacientes.

C. La formación del personal sanitario subalterno. Quienes estaban en contacto directo con los pacientes eran los enfermeros y restante personal (mozos, sirvientes, criados…) de los establecimientos. La carencia de maneras, conocimientos y criterios de selección se tradujo en innumerables abusos que forman parte de la crónica negra de los manicomios en el siglo XIX. En las distintas regiones de Alemania se impuso la necesidad de realizar exámenes públicos con arreglo a un temario obligatorio.[139] Esta tendencia también se impuso en España tras la publicación de un Decreto[140] que creó las profesiones de practicante y enfermero psiquiátricos (exigiendo la obtención de un diploma con arreglo a un programa oficial de estudios) y recogía también las categorías del personal subalterno no sanitario (Jefes de taller para laborterapia y mozos o sirvientes para labores de limpieza, cuidado y restantes actividades no técnicas).

D. La hospitalización voluntaria y los servicios abiertos. El tránsito de los establecimientos de ser lugares de reclusión forzada a permitir los ingresos

---

[138] Valenciano, Luis. *La asistencia al enfermo mental.* Publicaciones de Archivos de Neurobiología, Madrid, 1933. Páginas 307 y ss.

[139] Por ejemplo, en Prusia se adoptó y publicó como texto obligatorio el «Manual para la asistencia de enfermos» de los profesores Dietrich, Korting y Salzwedel, publicado por el Ministerio de Instrucción en 1909. (Barbéns, Francisco de. *Los enfermos de la mente. Estructura, funcionamiento y reformas que se imponen en los manicomios.* Luis Gili Editor. Librería Católica Internacional, Barcelona, 1914. Página 100.)

[140] Gaceta de Madrid de 20 de mayo de 1932. La orden reconocía que era preciso que desapareciera «el estado de cosas que entregaba a los enfermos psíquicos al cuidado de personas sin preparación alguna previa, ni psiquiátrica ni médica», cuya consecuencia había sido «el tratamiento inadecuado e incluso perjudicial a que han estado sometidos los enfermos mentales».

voluntarios tuvo plasmación legislativa en varios países como Inglaterra (1930) o España (1931). En otros lugares, como Francia, la situación se formalizó de manera extra-legal[141]. Los servicios abiertos eran de distintos tipos[142]:

- Dispensario psiquiátrico: consistía en un consultorio público urbano donde los enfermos son tratados de forma ambulatoria, tanto los que acudían al mismo como los que eran dados de alta del hospital.
- Departamentos hospitalarios anejos al hospital psiquiátrico
- Sistema escalonado: consistía en pabellones, en su mayor parte con servicio abierto, destinados a psicopáticos jóvenes, toxicómanos, nerviosos y enfermos neurológicos. Estaban próximos al hospital psiquiátrico cerrado pero separados, con el mismo cuerpo médico, pudiendo realizarse el traslado de uno a otro pabellón según el estado del paciente.
- Pabellones libres, donde los propios enfermos, seleccionados en grupos de 15 ó 20 y dirigidos por el que estuviera en mejores condiciones, cuidaban y administraban el pabellón. Se trataba de enfermos tranquilos y sociables cuyo estado, sin embargo, no les permitía el alta. Se estimaba beneficioso el sentido de responsabilidad y deber que despertaba este tipo de atención.

En España, el primer Dispensario de Higiene Mental se estableció en la Dehesa de la Villa (Madrid) en 1935, dirigido por el Dr. Enrique Escardó, constaba de una consulta abierta y 24 camas (12 para cada sexo) donde se llevaban a cabo tratamientos breves. Quedó totalmente destruido al principio de la Guerra Civil[143]. Como ya señalamos en otro apartado, este tipo de servicios abiertos y urbanos ya existían en Alemania con las clínicas psiquiátricas, en Estados Unidos, desde 1920 con los denominados *Psychopathic Hospitals*, aunque ya existía una clínica psiquiátrica en Baltimore en 1909. En Inglaterra con el Hospital Maudsley y en Francia con el Hospital Henri Rouselle (1921)[144]

2.4.4. La liga de higiene mental

En 1908, Clifford BEERS publicó su obra *A mind that found itself.* BEERS era un antiguo paciente que había sufrido la falta de humanidad del tratamiento psiquiá-

---

[141] Hasta 1981 no se recogió normativamente esta posibilidad (Boumaza, A. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Vol. II,* Éditions du Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations. París, 2002, 4ª edición, páginas 36 y ss y 65 y ss.)

[142] Rodríguez Lafora, Gonzalo. «Lo que debe ser un manicomio provincial». *Archivos de Neurobiología,* 3, Madrid, 1931 (páginas 296 a 315)

[143] Rodríguez Lafora, Gonzalo. «La asistencia al enfermo mental en las provincias españolas y en la capital». Artículo publicado en el periódico *ABC Madrid* el 22 de noviembre de 1961.

[144] Huertas, Rafael. *Del manicomio a...* Páginas 100 y ss.

trico de su época. Su propósito consistía en conseguir una política de educación del público y el desarrollo de formas de intervención menos invalidantes. Recibió fuerte apoyo de los psiquiatras americanos. Por consejo de Adolf MEYER, fundó el *National Committee for Mental Hygiene* en 1909, obteniendo financiación gracias a diversas fundaciones privadas. La primera guerra mundial supuso un gran impulso para el movimiento, tanto por la creación de una unidad neuropsiquiátrica destinada a la selección de los reclutas, tratar los trastornos psíquicos en el frente y, sobre todo, preparar la readaptación de los soldados en el regreso al hogar [145].

Consecuencia de los efectos del psicoanálisis y de la higiene mental fue la intervención del trabajo social en el área psiquiátrica. El trabajo social hunde sus raíces en la tradición de la caridad y asistencia domiciliaria desarrollando, posteriormente, sistemas racionalizados de intervención. Hacia 1904-1906 aparecen en Nueva York las primeras asistentes sociales encargadas de seguir atendiendo a los pacientes psiquiátricos dados de alta del hospital. Esta tendencia se extiende con la creación de servicios hospitalarios externos, como el *Boston Psychopathic Hospital* o la *Phipps Clinic* de Baltimore. En 1913, Mary JARRET desarrolló un programa de formación para el trabajo social psiquiátrico [146].

El movimiento de higiene mental se expandió primero a Canadá y Francia y luego a buena parte de los países europeos (así, Bélgica, Gran Bretaña, Alemania, Checoslovaquia, Italia, Dinamarca, Holanda, Rusia, Suiza, Suecia, etc.) que crearon sus propias ligas de higiene mental. El primer Congreso Mundial de la Liga se celebró en 1929 en Washington, reuniendo a cerca de 5000 personas de 53 países [147] y el segundo en París, en 1937, bajo la presidencia de Edouard TOLOUSE [148].

Desde 1918 se sucedieron las peticiones de creación de una *Liga de Higiene Mental* en España. Así E. FERNÁNDEZ SANZ, J. M. SACRISTÁN y S. VIVES, entre otros, propusieron la creación de una *Liga* con el objeto de presionar a las autoridades en pro de la reforma asistencial [149]. Tras una reunión preparatoria a fines de 1924, en junio de 1926 se fundó, en Barcelona, la *Asociación Española de Neuropsiquiatría*. En la reunión de 1926 se discutió y aprobó la ponencia presentada por M. SAFORCADA, E. MIRA y B. RODRÍGUEZ, «Proyecto de creación de una Liga de Higiene Mental» [150]. La *Liga* se creó por Real Orden de 25 de enero de 1927

---

[145] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad...* Páginas 42 a 46.

[146] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad... Op. cit.,* páginas 48 a 52; ROSEN, George. *Op. cit.*, páginas 355 a 361. Según ROSEN, el trabajo individual se convirtió en la faceta dominante de la asistencia social, y ésta, a su vez, se concentró en el individuo, en su fuerza, en sus debilidades, y en los mecanismos psicológicos individuales. Mary RICHMOND había concebido el trabajo individual en términos de diagnóstico y terapia; el psicoanálisis, con su relativamente coherente y sistemática teoría de la personalidad, proporcionaba el fundamento de la diagnosis y tratamiento que hasta entonces había faltado (págs. 357 y 358)

[147] DESVIAT, Manuel. «Salud Pública y Psiquiatría». *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.,* 2001, vol XXI, n.º 77, pp. 125-133

[148] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad...* Página 45, nota 18.

[149] CAMPOS, Ricardo/ HUERTAS, Rafael. «Estado y asistencia psiquiátrica en España durante el primer tercio del siglo XX». *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* nº 65 enero/marzo 1998.

[150] Puede consultarse en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* nº 75 julio/septiembre 2000

con el objetivo «de estudiar y proponer la adopción de medidas sanitarias que tiendan a conseguir la profilaxis de la locura, que mejoren la asistencia médica y social del psicópata y del alienado y que condensen las reglas más indispensables de la higiene individual», organizándose en diferentes secciones.

Por aquel entonces la ambición de la Liga de Higiene Mental era convertirse en un Organismo oficial y con esta idea fueron redactados todos los estatutos; es decir, se trataba de que la Liga fuera reconocida, no sólo como una organización de utilidad pública, sino como formando parte de la Administración[151]. Inicialmente, tras la V Asamblea de la liga en Granada, se acordó proponer a los poderes públicos que se promulgara una disposición sobre las relaciones que habrían de mantener los comités provinciales con las Autoridades civiles, lo que se alcanzó con la Real Orden de 26 de marzo de 1928[152].

2.4.5. La privación absoluta de derechos: el movimiento eugenésico y la operación eutanasia

La eugenesia como aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana, tiene precedentes antiguos. Sin embargo, la primera exposición completa fue planteada por el científico inglés Francis GALTON (primo de Charles Darwin)[153] que en su libro *Hereditary Genius* (1869) propuso que fueran creadas las condiciones para que las razas y las familias más dotadas prevalecieran sobre las inadaptadas (eugenesia positiva) y que se adoptaran las medidas tendentes a hacer bajar la tasa de reproducción de los que se encontraban en el extremo inferior de la escala social (eugenesia negativa)[154].

En 1900, con el nacimiento de la genética moderna, surgieron muchas organizaciones que compartían los objetivos de la eugenesia, pero entre 1910 y 1940 el

---

[151] Santo-Domingo Carrasco, J. «Pasado, presente y futuro de la higiene mental en España (1972) » puede consultarse el texto en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* nº 75 julio/septiembre 2000

[152] Gaceta de Madrid de 28 de marzo de 1928. El texto puede consultarse en Chacón Giménez-Cuenca, Fernando. *Reclusión de dementes*. Madrid, 1941, páginas 459 y 460.

[153] El precedente de estas teorías puede situarse en el denominado darwinismo social. Se originó en Inglaterra durante la segunda mitad del siglo XIX, después de que Charles Darwin aplicara sus teorías de la selección natural a los seres humanos en su obra «La descendencia humana y la selección sexual» (1871). Sin embargo, fue el sociólogo inglés Herbert Spencer quien formuló el principio sobre la «supervivencia de los más aptos» seis años antes. En su obra «La estática social» (1851) y en otros estudios, Spencer defendió que a través de la competencia la sociedad evolucionaría hacia la prosperidad y libertad individuales, una teoría que ofrecía la posibilidad de clasificar a los grupos sociales según su capacidad para dominar la naturaleza. Desde este punto de vista, las personas que alcanzaban riqueza y poder eran consideradas las más aptas, mientras que las clases socioeconómicas más bajas, las menos capacitadas. El darwinismo social tuvo una gran influencia a principios del siglo XX, aunque fue perdiendo popularidad después de la I Guerra Mundial. Durante las décadas de 1920 y 1930 fue duramente criticado por contribuir al auge del nazismo. Otras figuras a destacar del movimiento eugenista son el matemático británico Karl Pearson y el zoólogo estadounidense Charles Benedict Davenport.

[154] Queiroz, Clara, «Eugenesia y racismo» en VV.AA. *Entre el nacer y el morir,* Editorial Comares, Granada, 1998, páginas 92 a 116.

movimiento fue especialmente intenso en Inglaterra, Estados Unidos[155] y Alemania. En Estados Unidos ejerció una influencia muy importante sobre la opinión pública que tuvo impacto legislativo. Entre 1911 y 1930, se aprobaron en 24 estados leyes de esterilización dirigidas a diversos «inadaptados» sociales: personas con deficiencia mental, delincuentes y personas con enfermedad mental. Se adoptaron también leyes que restringían el matrimonio entre miembros de varias razas.

La primera norma europea en esta materia se publicó en Suiza en 1928, concretamente en el cantón de Vaud[156]. Sin embargo, la más conocida fue la ley alemana de 14 de julio de 1933 (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) que entró en vigor el 1 de enero de 1934. Conforme a su artículo 1, podía ser esterilizado quien padeciera una enfermedad hereditaria que, conforme a la experiencia de la Ciencia médica, era muy probable pudiera transmitir a sus descendientes. La norma consideraba como tales al retraso mental congénito, la esquizofrenia, la locura circular, la epilepsia grave, el corea de Huntington, la ceguera grave, la sordera grave, la grave deformidad corporal y el alcoholismo. La solicitud podía realizarla el propio afectado o su representante, si era menor o incapaz. También podían solicitarla un funcionario médico o el Director de un centro hospitalario, asilo o establecimiento penitenciario. Se decidía por un Tribunal de Salud Hereditaria (*Erbgesundheitsgericht*) adscrito al Juzgado de Primera Instancia de cada circunscripción judicial y se llevaba a cabo por personal especializado, conforme a los procedimientos médicos conocidos (en principio, quirúrgicos, extirpación de ovarios en mujeres, de conductos seminales en hombres; luego, por rayos X o con tratamientos medicamentosos)[157].

Desde comienzos del siglo XX se conocían en España las ideas eugenésicas. El propio Dr. LAFORA publicó en *España Médica* dos artículos sobre la *Eugenesia o ciencia de la herencia*, dando el primero noticia de la eugenesia y de su creador GALTON y del desarrollo en EE.UU. y Alemania; el segundo artículo se refería a la aplicación de las leyes de MENDEL y su utilidad para la mejora de la raza. En 1917, el propio LAFORA preconizaba la esterilización de los débiles mentales como forma de evitar la propagación de la deficiencia, estimando útil la legisla-

---

[155] El problema llegó al Tribunal Supremo de EE.UU., caso *Buck vs. Bell.,* 274 U.S. 200 (1927) (Findlaw) que estimó legal la esterilización de una mujer cuya familia engendraba personas con déficit psíquico desde hacía tres generaciones. Gráficamente lo expresaba así el Juez Holmes: *Three generations of imbeciles are enough.* No obstante, la aplicación de la esterilización obligatoria fue relativamente limitada. Si bien todos los Estados se dotaron de una legislación sobre esterilización, únicamente fueron dos o tres los que la utilizaron como recurso sistemático. Por ello, hasta 1944 se procedió a 41.928 esterilizaciones en el conjunto del territorio de los Estados Unidos de las cuales 16.332 se efectuaron en California (Castel, François/Castel, Robert/Lovell, Anne. *La sociedad psiquiátrica avanzada…* Páginas 55 y 56).

[156] Sobre la génesis y aplicación de esta ley y su carácter diferencial respecto de las normas americanas y alemana, Gasser, Jacques/Heller, Geneviève/Jeanmonod, Gilles. «Dégénérescence de l'eugenisme» *Revue médicale de la Suisse romande,* nº 122, páginas 47-533, año 2002. El número de esterilizaciones no fue tan elevado como en Alemania. Así, en el período comprendido entre 1928 y 1985 sólo se autorizaron 187 esterilizaciones involuntarias.

[157] Muñoz Conde, Francisco. «La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-05, año 2002

ción aplicada en algunos Estados de EE.UU. (asi, Michigan). Otros profesionales, como el psiquiatra socialista Jaime Vera, se vieron influidos por tales postulados. A pesar de todo, en España, la eugenesia no llegó a ser un movimiento fuerte. Durante los años veinte la eugenesia era un tema sobre el que se discutía mucho y se publicaban numerosos escritos [158]. Los hitos más importantes del movimiento pueden centrarse en la proposición de ley del Senador B. González Álvarez sobre la regulación higiénica de los matrimonios que pretendió instaurar la obligatoriedad de un certificado médico que demostrase la salud de los contrayentes, prohibiendo aquellos en los que alguno padeciera «enfermedad o estado orgánico transmisible, hereditaria o congénitamente a la descendencia» (1915) y la celebración de las Primeras Jornadas Eugénicas Españolas en 1933 [159].

Hoy día, no es admisible que la esterilización forme parte del tratamiento habitual de una persona con enfermedad mental [160]. Completamente distinto a esto es la aplicación prevista en nuestro vigente Código Penal (artículo 156, párrafo segundo) para el caso de *persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica*, conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que se centra en el hecho de hacer posible el ejercicio de la sexualidad a estas personas sin el riesgo de una posible procreación no prevista ni asumida al no poder cumplir los deberes inherentes a la paternidad y maternidad [161].

No fue la ley de 1933 el peor recuerdo del III Reich, sino la denominada «Operación Eutanasia» [162]. En la década de los 20, la mayoría de los autores estaban de acuerdo en la aplicación de la eutanasia a los enfermos terminales que la solicitaran. Sin embargo, penalistas de la talla de Karl BINDING y psiquiatras como Alfred HOCHE sugirieron su aplicación a enfermos ingresados que padecieran un severo retraso mental, considerándoles como «seres carentes de valor vital». Este último estimaba que la solución era compasiva, acorde con la ética médica y daba respuesta al alto coste económico que la sociedad tenía que afrontar para el mantenimiento de estas personas. La respuesta a estos postulados fue desigual pero, durante la República de Weimar fue generalmente negativa a estos

---

[158] González Duro, Enrique. *Historia de la locura en España,* Tomo III, Madrid, 1996, páginas 177 a 179

[159] Campos Marín, Ricardo/Martínez Pérez, José/Huertas García-Alejo, Rafael. *Los ilegales de la naturaleza...* Páginas 178 a 186

[160] Principio 11 apartado 12 de los Principios de Naciones Unidas de 1991

[161] Mediante la Reforma de 1989 se introdujo un inciso final en el párrafo 2 del artículo 428 del Código Penal texto refundido de 1973. La constitucionalidad del anterior precepto (artículo 428) fue declarada por la TC Pleno, S 14-7-1994, núm. 215/1994 (Fecha BOE 18-08-94. Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando, EDE 94/10563), que la configura como un derecho del incapaz *(la medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del art. 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia psíquica no son capaces de desear o asumir de una manera consciente).* Para un estudio amplio de la esterilización: Seoane Rodríguez, Jose-Antonio. *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado.* Editorial Dykinson. Madrid, 1998.

[162] Vega Gutierrez, Javier/Vega Gutierrez, Jose Mª/ Martinez Baza, Pelegrín. *Experimentación humana en Europa. Legislación y aspectos bioéticos,* Universidad de Valladolid, 1997, páginas 23 y 24. El texto del Decreto y un comentario sobre las circunstancias de la época, pueden verse en Marcos del Cano, Ana María. *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico.* Madrid, 1999, páginas 30 y 31.

propósitos. El ascenso del nazismo no fue combatido, sin embargo, por la medicina académica alemana[163]. A finales de octubre de 1939, Adolf HITLER firmó un decreto con el siguiente contenido:

> El jefe del Reich Bouhler y el Dr. Brandt son los encargados de conceder a médicos que nombrarán, la autorización necesaria para poner fin a la vida de los pacientes que, según su leal saber y entender, sean considerados incurables previa exploración de su estado de salud, dándoles una muerte piadosa.

El decreto estaba pensado para individuos «considerados incurables» pero luego se aplicó a los que padecían taras físicas o mentales. La operación fue mantenida en secreto y nunca fue promulgada de manera oficial. Philip BOUHLER, asistido por Karl BRANDT, médico personal de HITLER, fueron los encargados de su aplicación, con la ayuda de los servicios del Ministerio del Interior. La organización encargada de llevarla a cabo tenía su sede en Berlín en la calle Tiergarten nº 4 (T-4).

Las oficinas del T-4 prepararon un cuestionario que fue enviado a todos los centros psiquiátricos de Alemania. Una comisión de tres expertos, elegidos entre los médicos más destacados del T-4, emitía su veredicto con arreglo a los cuestionarios que, en general, sólo registraban los datos del estado civil del enfermo y el nombre de la enfermedad. Posteriormente, el paciente era enviado a una «estación de observación», donde permanecía durante unas semanas. De allí, salvo opinión contraria del director de la estación (lo cual no sucedía más que en el cuatro o seis por ciento de los casos), era trasladado al instituto de eutanasia propiamente dicho (el primero se creó en 1939 en Brandemburgo, inaugurándose otros cinco, durante 1940, en varias regiones de Alemania). Al estimar que la eutanasia era un asunto de Estado, las decisiones se tomaban sin el conocimiento de las víctimas o de sus familiares.

Los posteriores traslados impedían conocer el paradero del enfermo. Al principio se limitaban a asesinarlos de un disparo en la nuca. Con la introducción de médicos en estos centros, se adoptaron métodos especiales. Posteriormente, el jefe del T-4, Viktor BRACK, introdujo a un químico. El sistema definitivo fue el de asfixia por óxido de carbono. Su instalación era sencilla y en cada establecimiento se destinó un pequeño local a «cámara de duchas», siendo introducidos en grupos de 10 ó 15 que, previamente, eran sometidos a inyecciones de morfina, escopolamina o se les drogaba con pastillas de somnífero. Las estaciones estaban provistas de un pequeño crematorio. Las familias recibían cartas estereotipadas que anunciaban el fallecimiento por debilidad cardíaca o por pulmonía. Desde enero de 1940 a agosto de 1941, en que se suspendió el programa de eutanasia, se exterminaron a 70.273 personas con enfermedad mental. Una sección del T-4, denominada «Comité del Reich para investigación sobre enfermedades hereditarias», se hallaba encargada de ocuparse de los niños afectados por enfermedades hereditarias

[163] SHORTER, Edward. *Op. cit.*. Páginas 99 y 353

graves o que padeciesen deficiencias mentales. Esta sección había iniciado sus trabajos en la misma época y la desarrollaba del mismo modo.

2.4.6. La evolución en España

En 1917 RODRÍGUEZ LAFORA publicó un artículo en la revista *España* sobre la situación de los manicomios españoles escandaloso en el que criticaba la falta de higiene, la existencia de medios de coerción como esposas, cinturones metálicos, la ausencia de recursos médicos adecuados como la hidroterapia, hacinamiento, etc., aspectos en los que insistiría en 1919 en dos artículos publicados en la revista *El Sol*, tras la visita de numerosos establecimientos de la época.

La inspección de los manicomios realizada en el período republicano dio lugar a informaciones de las mismas características a las expuestas. Los buenos intentos de mejorar la calidad asistencial durante este período se vieron frustrados por la falta de presupuesto debido a la mala situación económica del país y al creciente aumento de los ingresos en estos establecimientos. La guerra civil no mejoró la situación, dando lugar a una alta tasa de mortalidad entre los internos. Una excepción constituiría la situación un poco más favorable de las instituciones catalanas merced a la labor desarrollada primeramente por la Mancomunidad catalana (tras R.O. de 26 de marzo de 1914) y, posteriormente, por la Generalidad de Cataluña durante el breve período republicano.

Es destacable la elaboración de normas para el desarrollo de la faceta asistencial, particularmente durante la etapa republicana. Así el Decreto de 3 de julio de 1931 sobre asistencia psiquiátrica, el Decreto de 10 de noviembre de 1931 por el que se crea el Consejo Superior Psiquiátrico, la Orden de 27 de noviembre de 1931, estableciendo las estadísticas de enfermos mentales, el Decreto de 17 de diciembre de 1932, que crea el primer Patronato de Asistencia Social y la Orden de 10 de octubre de 1933 que reglamenta el acceso a los establecimientos psiquiátricos, estableciendo los programas para las oposiciones.

La guerra civil no mejoró la situación, dando lugar a una alta tasa de mortalidad entre los internos por la falta de recursos económicos para dotar la asistencia debido a la general situación de penuria económica. Destacar que el programa de progresión de camas psiquiátricas previsto por el Gobierno del Frente Popular anunciaba un incremento desde 0 camas en mayo de 1937 a 1.050 en enero de 1938. La guerra y la dictadura posterior, como en otras disciplinas, daría lugar al exilio de muchos psiquiatras notables, disminuyendo notablemente la producción científica en el período inmediatamente posterior, aunque se celebró un Congreso de psiquiatras en 1942, en Barcelona, presidido por LÓPEZ-IBOR[164] .

En lo que se refiere a la asistencia, tras la guerra civil, la elevada mortalidad de los enfermos impidió momentáneamente el progresivo incremento de la tasa

[164] APARICIO BASAURI y SÁNCHEZ GUTIERREZ, *op. cit.*, página 39.

de internados, que volvió a aumentar a partir de 1955. Pese a todo, continuaron construyéndose nuevos manicomios desde 1940 a 1955 como el de Granada, Jaén, Alicante, Guipúzcoa, Salamanca, Lugo, etc[165]. A destacar la aprobación del nuevo Reglamento del Manicomio de Santa Isabel de Leganés por Orden de 3 de noviembre de 1941 y la Ley de Bases para la organización de la Sanidad de 25 de noviembre de 1944. La Base 15 de la indicada norma estaba dedicada a la Higiene mental. La misma señalaba que, para la asistencia a los enfermos mentales, se dispondría de las siguientes clases de frenocomios: a) Dispensarios de Higiene mental para el tratamiento ambulatorio; b) Departamentos neuro-psiquiátricos dentro de los grandes hospitales, y clínicas psiquiátricas universitarias destinados al tratamiento de los enfermos agudos, en los que no esté indicado el tratamiento ambulatorio; c) Frenocomios u hospitales psiquiátricos regionales o provinciales, indistintamente, destinados al internamiento de enfermos crónicos o agudos; d) Colonias agrícolas o industriales organizadas para utilizar como terapéutica la ocupación de los enfermos crónicos; e) Establecimientos para la hospitalización de débiles mentales, epilépticos, toxicómanos, post-encefalíticos y de enfermos mentales asilables; f) Lucha contra la toxicomanía, particularmente contra el alcoholismo y la morfinomanía.

También a reseñar son la Orden de 22 de febrero de 1954 que establece los Estatutos de la Liga Española de Higiene Mental. De singular importancia es la creación del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica por Ley de 14 de abril de 1955[166] y su Reglamento de fecha 21 de diciembre de 1956[167]. El artículo

---

[165] González Duro, *op. cit.*, página 327.

[166] B.O.E. de 15 de abril de 1955 (número 105). Ar. 560. La citada Ley señala, en su Exposición de Motivos que «La prevención y asistencia de tales padecimientos constituye primordial cometido del Estado en servicio del bien común, a cuya consecución vienen cooperando eficazmente las Diputaciones Provinciales, aparte de la meritoria labor en el propio aspecto de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios, tan digna de ser destacada. La frecuencia e importancia que revisten semejantes alienaciones queda reflejada en el hecho de que en la mayoría de los países el número de camas que se destina a estos enfermos iguala o supera al de las dedicadas a las demás dolencias, y, por otra parte, la trascendencia de su repercusión no sólo al ámbito familiar, sino al nacional, hacen de ella la enfermedad social por excelencia: el Estado, por tanto, ha de prestar igual atención a salvaguardar la salud psíquica que la salud física, y si bien con anterioridad no asumió íntegramente la misión que esta lucha contra la enajenación mental le corresponde, acaso por la concepción de que los dementes necesitan más asistencia que tratamiento y por la magnitud misma de la empresa dada al desánimo, hoy una serie de motivos hace de suma perentoriedad que recabe para sí todas las funciones preventivas y asistenciales y las insanias, pero en especial por la proporción creciente, sin cesar, de éstas, debida, de un lado, a la complejidad de la vida moderna, y de otra al perfeccionamiento en el diagnóstico determinante de que multitud de casos antes ignorados latentes bajo mera apariencia de comportamiento anti-social o de enfermedad somática, queden ahora científicamente catalogados dentro del campo de la psiquiatría, haciendo que se considere a ésta como una disciplina biológica, y, por tanto, como parte de la Medicina, con especialidad médica de notorio relieve, aunque sin olvidar el carácter psíquico, inevitable en su contenido. Actualmente el Manicomio debe ser sustituido por el Hospital psiquiátrico, dotado de la plenitud de recursos científicos que la técnica del día exige, llevando la acción médica a fases de la enfermedad más precoces bajo el signo de una prevención eficiente. Con la propia idea de alcanzar la mayor eficacia, se impone unificar los servicios varios relacionados con la psiquiatría, crear diversas instituciones especializadas cuya falta se advierte cada vez más y coordinar la acción terapéutica con la preventiva y una y otra con la docente, todo lo cual justifica cumplidamente la presente Ley»

[167] B.O.E. de 6 de enero de 1957

14 de la Ley señalaba que cada ámbito psiquiátrico estaría integrado por un Dispensario de Higiene Mental, por Clínicas neuropsiquiátricas y por manicomios provinciales. Lo cierto es que los dispensarios de higiene mental, aparte de su escasa dotación presupuestaria y de plantilla, su desvinculación con el resto de los servicios psiquiátricos y de la red sanitaria general y su difícil accesibilidad para la mayoría de la población (ubicados sólo en las capitales de provincia), los ha hecho escasamente útiles. Más extendidos y accesibles fueron las llamadas Consultas ambulatorias de los neuropsiquiatras de la Seguridad Social. Las críticas de estos servicios se centraron, entre otras, en la necesidad de separar la Neurología de la Psiquiatría, la insuficiente dedicación de los profesionales, la ausencia de otros profesionales esenciales en un Servicio de Salud Mental, escaso tiempo dedicado a los usuarios y el abuso de la prescripción de psicofármacos en detrimento de otros enfoques terapéuticos [168].

La asistencia, básicamente, seguía siendo la tradicional, asilar, centrada en el ámbito de las Diputaciones Provinciales que en algunos casos crearon una red de dispensarios o ambulatorios psiquiátricos en las diversas comarcas de su provincia (experiencia iniciada en Asturias, y seguida en otras áreas del país); no obstante, tales programas, fruto de situaciones coyunturales debidas a la iniciativa de los profesionales y con un efímero respaldo del responsable político local, por su desconexión con el sistema general de la red sanitaria y su incapacidad para asumir todos los casos, resultaban insuficientes, no pudiendo evolucionar hacia formas de psiquiatría comunitaria que estaban desarrollándose en los restantes países. Tras el Decreto Ley 13/72 de 29 de diciembre de 1972 [169], el Patronato será absorbido por el Organismo Autónomo «Administración Institucional de la Sanidad Nacional» (AISNA).

[168] Montoya Rico, Jose-Luis. «Los Centros (Unidades) de Salud Mental». En VV.AA. *Medio siglo de Psiquiatría en España,* páginas 73 y 74

[169] B.O.E. de 10 de enero de 1979 (nº 9). Ar. 24

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Aunque el internamiento en el asilo fue la forma aceptada de tratamiento de las personas con enfermedad mental durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, no fue esta la única forma de asistencia. En el siglo XIX se conocía el ejemplo de la Colonia belga de Gheel, cuya tradición se perdía en el tiempo[170]. El propio Esquirol visitó Gheel el 29 de agosto de 1821 y se mostró sorprendido de que los «alienados» marcharan libremente por las calles y por el campo, aunque no pareció interesarle mucho el modelo[171]. Se trataba de un sistema en el que el enfermo gozaba de total libertad y estaba a cargo de las familias de la localidad que le proporcionaban la nutrición y alojamiento con prohibición expresa de todo maltrato. Sólo en casos de violencia se admitía el uso de medios coercitivos, poniéndolo en conocimiento de las autoridades. Por otro lado, en Escocia también se conoció el sistema de manicomio de puertas abiertas *(open-door)* en los servicios de alienados y su política de atención familiar. Con posterioridad a 1860, se instaurará de nuevo la discusión y, sobre todo, nacerá el sistema de la colonia agrícola con asistencia familiar implantándose en Alemania (Alt-Schrebitz y Uchtspringe), Francia (Ville Evrard, Sainte-Anné, Dun-sur-Auron), Inglaterra (Exeter, Leicester, Birmingham), Estados Unidos (Newhaven, Crofton), Suiza (Burgholzli, St. Gall) e Italia (Monbello, Monza)[172]

Si la característica de la época anterior fue que el internamiento en una institución psiquiátrica se consideraba socialmente como lugar adecuado para las personas con enfermedad mental (inicialmente como tratamiento, posteriormente como forma de atención de pacientes con graves problemas de autonomía personal o con trastornos de conducta), el cambio se producirá al estimar que la institución no sólo no cura ni es la ubicación ideal para atenderlas sino que, por sí misma, genera enfermedad o, si se prefiere, deterioro de las personas afectadas.

En 1959, BARTON definía lo que llamó «neurosis institucional» de este modo[173]:

---

[170] Dimpne, hija de cierto rey de Hibernia (Irlanda), huyendo del incestuoso amor de su padre fue a refugiarse en las inmediaciones de Gheel a finales del siglo VI, en compañía de Gereberto que se había convertido al cristianismo. Su padre la descubrió y, tras matar a Gereberto, mandó decapitar a su hija y, como nadie cumplió la orden, lo hizo él mismo. La leyenda cuenta que entre los testigos se encontraban algunos orates que, impresionados por el horrendo espectáculo, recobraron el uso de la razón. Este milagro alcanzó fama en toda la comarca y, desde entonces, Santa Dimpne fue invocada como la patrona de los orates. (Sanz Gómez, Timoteo. *Tratamiento extramanicomial de locos y neurasténicos.* Madrid, 1914, páginas 38 y 39.)

[171] Huertas, *op. cit.*, página 81. El autor refiere que a principios del siglo XIX, alrededor de 400 alienados estaban repartidos entre los 10.000 habitantes de Gheel y que la colonia experimentó un proceso de transformación donde se fue derivando a los alienados y se fue institucionalizando hasta la creación de reglamentos como el de 1851, momento en que la colonia fue dividida en cuatro secciones o sectores con un médico y cuatro enfermeros cada una y a la cabeza un médico inspector (págs. 75 y ss). Todavía en 1861, el alienista Jules Falret leía un informe ante la Sociedad médico-psicológica que expresaba: «Tiene más que ganar Gheel aproximándose a los manicomios que éstos aproximándose a Gheel». Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* página 280.

[172] Bauer, *op. cit.* Página 32.

[173] Barton, Russel. *La neurosis institucional.* Editorial Paz Montalvo. Madrid, 1974, página 17.

> Enfermedad caracterizada por apatía, falta de iniciativa, pérdida de interés, más notable en las cosas y los acontecimientos personales que no están inmediatamente presentes, sumisión, y algunas veces inexpresión de sentimientos o resentimiento ante órdenes desagradables e injustas. Existe también una falta de interés por el futuro y aparentemente una incapacidad para realizar planes prácticos para el mismo. Deterioración en las costumbres personales, aseo, las reglas en general, pérdida de la individualidad, aceptación resignada de que las cosas continuarán exactamente como están —sin cambiar, inevitable e indefinidamente.

El autor manifestaba que sólo en los años anteriores a la publicación del trabajo estos síntomas habían sido reconocidos como un trastorno separado de aquel que condujo al internamiento del paciente y que la causa de la enfermedad son los métodos de cuidado que operan en los hospitales mentales y que no forman parte de la enfermedad mental precedente[174]. Aunque la etiología es incierta, clasificó siete grupos de factores asociados: 1) la pérdida de contacto con el mundo exterior; 2) ocio forzado; 3) actitud autoritaria de médicos y personal enfermero; 4) pérdida de amigos íntimos, propiedades y acontecimientos; 5) drogas (medicación); 6) medio ambiente en las unidades; 7) pérdida de perspectivas fuera de la institución[175]. Obviamente, el tratamiento debía ser considerado en atención a los factores etiológicos mencionados, así era necesario restablecer los contactos con el mundo exterior, proveer diariamente de una serie de ocupaciones útiles, recreativas y sociales, cambiar la actitud del personal médico y enfermero, hacer todo lo posible para que el paciente cultive amistades, tenga objetos personales y pueda celebrar acontecimientos diversos, reducir la medicación en lo posible, crear un ambiente agradable y hogareño en las unidades y hacer que el paciente se dé cuenta de que existen posibilidades fuera del hospital de llevar una vida mas satisfactoria, trabajar y tener amistades[176]. Probablemente, uno de los acentos básicos de la obra de este autor es atender al factor humano en el tratamiento del paciente.

Desde nuestra perspectiva, distinguiremos el proceso que se llevó a cabo en los diferentes países que analizamos con anterioridad para, posteriormente, realizar un análisis de las causas que lo motivaron.

2. EL PROCESO DE CAMBIO

2.1. Inglaterra y Gales

Durante la segunda guerra mundial se fueron desarrollando los principios de establecimientos abiertos con terapias de grupo, particularmente tras los trabajos

[174] *Op. cit.*, páginas 18 y 19
[175] *Op. cit.*, páginas 22 y ss.
[176] *Op. cit.*, páginas 41 y ss.

de Maxwell JONES en el hospital de Mill Hill (Londres). Al comienzo de la contienda, el Ministro de Sanidad creó este centro psiquiátrico de 100 camas para realizar tratamientos a militares y civiles traumatizados. Los grupos de pacientes comenzaron por reuniones informales que realizaban las enfermeras y los médicos para informar a los pacientes sin ninguna finalidad terapéutica. Sin embargo, pronto comprobaron que se trataba de algo más que simples reuniones, siendo beneficiosa la participación de los pacientes que se impulsó tanto por su intervención en las discusiones como bajo la forma de representaciones parodiadas de asuntos cotidianos (psicodrama). Así nació la idea de «comunidad terapéutica», denominación que dio Thomas MAIN a la forma de trabajar en el Northfield Military hospital en Birmingham que se basaba en principios similares[177]. Posteriormente, JONES exportó esta idea a otros hospitales en Dartford (1945), luego a lo que se denominó «división de rehabilitación industrial» (luego social) en el hospital Belmont en 1947 (luego llamado hospital Henderson, donde trabajó hasta 1959) que trataba a «neuróticos crónicos desempleados», donde trabajó hasta 1959, pasando luego al Hospital Dingleton en Melrose (Escocia).

Otras comunidades terapéuticas se crearon en hospitales psiquiátricos como la del Claybury Hospital de D. MARTIN o la del Fulbourn Hospital de D. H. CLARK[178]. La difusión de esta forma de trabajar se realizó también gracias al papel de la Clínica Tavistock en el centro de Londres en la que participó el propio MAIN.

El Manicomio no era un lugar adecuado para la práctica de la psicoterapia de grupo, naciendo así la idea del hospital psiquiátrico de día como departamento de consultas externas. En Inglaterra, el primer hospital de día se creó en 1948 por Joshua BIERER en un suburbio de Londres. Pronto se popularizó como alternativa humana y menos costosa que el cuidado institucional, partiendo de la filosofía de Bierer (quien años antes —1939— había formado el primer club social en el hospital de Runwell) de que «el tratamiento debe incluir todo el medio social del paciente y todas sus relaciones sociales». En 1959 existían en Gran Bretaña más de 38 de este tipo de hospitales.

Por otro lado, la introducción en el Reino Unido de la cloropromacina (con el nombre de «Largactil») en 1954 dio lugar a una progresiva reducción del número de internos en los hospitales psiquiátricos[179].

Gran Bretaña modernizo su legislación sanitaria y de asistencia social tras la segunda guerra mundial con *National Health Service Act* de 1946 y con la *National Assistance Act* de 1948. En 1959 modificó su legislación de salud mental cuyos principios se fundaron en que nadie debía ser admitido en un hospital si el tratamiento en la comunidad podía ser más apropiado y que debía evitarse al máximo posible la involuntariedad, lo cual era un asunto médico en vez de

---

[177] SHORTER, Edward. *Op. cit.* Páginas 229 a 236

[178] SCHITTAR, Lucio. «La ideología de la comunidad terapéutica» en BASAGLIA, Franco, *La institución negada.* Barral Editores S.A., Barcelona, 1979, páginas 173 a 185.

[179] BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *op. cit.*, páginas 92 a 96

judicial[180]. La admisión ya no se realizaría a través de una orden de los Jueces de Paz sino mediante el acuerdo de un funcionario de bienestar mental y del pariente próximo del paciente, adjuntando un certificado de dos médicos de salud mental. La ley introdujo los denominados *Mental Health Review Tribunals* (pese a su nombre, son organismos de carácter administrativo).

El Plan de Hospitales de 1962 del Ministro de Sanidad británico Enoch POWELL dio lugar a que los servicios de hospitalización se ubicaran dentro de los hospitales generales, dando lugar al paulatino cierre de los antiguos hospitales psiquiátricos. Con el fin de facilitar la readaptación de los enfermos y evitar el estrés subsiguiente al alta, se fueron creando los denominados *half way houses* («puentes asistenciales» o «casas a medio camino»), tales como dispensarios, talleres protegidos, hospitales de día o de noche, clubes sociales, etc.

La reducción del número de camas psiquiátricas fue espectacular. Se pasó de 344 camas por 100.000 habitantes a 171 en el período comprendido entre 1954 y 1978, con una reducción efectiva de 160.000 camas a 80.000. La disminución fue debida en parte a la salida de los antiguos residentes como a la minoración general del período de estancia media de los pacientes. Surgió así la era de la denominada puerta giratoria («revolving door»)[181].

En enero de 1975, el gobierno laborista anunció su propósito de modificar la ley de 1959 en atención a los cambios acaecidos en el tratamiento y asistencia, en las estructuras de los servicios de salud mental y en las corrientes de opinión, proceso que culminó con la *Mental Health Act* de 1983, actualmente en vigor (aunque en proceso de revisión).

La ley de 1959 supuso una intensa revisión de la legislación sobre enfermedad y deficiencia mental por una Comisión Real (*Percy Commission*) establecida durante un periodo de optimismo terapéutico y reformas legislativas sociales. Tras ella surgieron los movimientos de derechos humanos y la creación de instrumentos internacionales en el marco de las Naciones Unidas. La nueva ley de 1983 partirá del esquema de la anterior pero supondrá un avance en la mejora de los derechos de los pacientes. La esencia de la nueva legislación y la preocupación repetida de los miembros del Parlamento fue fomentar la atención comunitaria donde sea posible y limitar el ingreso en el hospital, particularmente el involuntario, a un reducido grupo para el cual fuera la única alternativa. La nueva ley introdujo una comisión independiente (*Mental Health Act Commission*) para el control de los procedimientos de admisión, recepción de quejas, inspección de prácticas y estándares profesionales y el establecimiento de códigos de práctica. La ley también define los motivos para tratar a los pacientes sin consentimiento, distinguiendo el internamiento involuntario del tratamiento propiamente dicho e introduciendo una

---

[180] Jones, Richard. *Mental Health Act Manual.* Sweet & Maxwell Ltd., London, 2003. Página 6.

[181] Roth, Martin. «The historical background: the past 25 years since the Mental Health Act of 1959». En Roth, Martin/Bluglass, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985. Páginas 1 a 8

regulación específica de la TEC y de la psicocirugía. Escocia e Irlanda del Norte poseen regulación diferenciada[182].

En el plano estadístico, en Inglaterra (excluyendo Gales, Escocia e Irlanda del Norte) podemos citar el sorprendente aumento del número de hospitalizaciones involuntarias. Así, de 16.297 en el período 1989-1990 a 26.669 en 1999-2000. Ello ha sido motivado, fundamentalmente, por el problema del «revolving door» ya comentado, debido al reducido número de camas para ingreso, consiguientes altas prematuras y altos índices de readmisiones en urgencias[183].

La OMS señala que el Reino Unido gasta el 10% del total de su presupuesto global de sanidad en la atención a la salud mental y dispone de un número total de 11 psiquiatras por 100.000 habitantes y un número total de camas psiquiátricas de 5'8 por 10.000 habitantes para una población de alrededor de 60 millones de habitantes[184].

2.2. Francia

También la segunda guerra mundial supuso un cambio de mentalidad hacia las personas con enfermedad mental, particularmente por las condiciones de los asilos. En Francia se creó un importante movimiento alternativo protagonizado por psiquiatras de orientación marxista que recibirían la denominación de «doctrina post-esquiroliana» (Lucien BONNAFÉ, Francisco TOSQUELLES[185], Georges DAUMEZON, etc). Siguieron dos orientaciones diferenciadas: la psicoterapia institucional y la Política de Sector. La primera orientación tratará de reutilizar el hospital psiquiátrico desarrollando actividades y proyectos útiles, creando espacios terapéuticos en el interior de las viejas instituciones y partirá de experiencias como la del Hospital Saint Alban o el de Fleury-les-Aubrais. La otra vertiente es la que contemplará la atención psiquiátrica extrahospitalaria y la idea de que el hospital debe encuadrarse dentro de unos servicios más amplios que potenciasen la psiquiatría comunitaria[186].

---

[182] Hasta fechas recientes, en Escocia regía la *Mental Health (Scotland) Act* de 1984. Su principal diferencia con la ley inglesa, en lo concerniente al internamiento involuntario, radicaba en que la solicitud para detención por más de 28 días precisaba de autorización del *Sheriff,* que es una figura que ostenta funciones judiciales, no existiendo equivalente a los *Mental Health Review Tribunals.* El *Sheriff* también juzgaba los recursos contra las detenciones. La nueva *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland)* Act de 2003 deroga este texto e introduce la figura del *Mental Health Tribunal for Scotland* (artículo 21 y apéndice 2). En Irlanda del Norte rige la *Mental Health (Northern Ireland) Order* de 1986, muy influenciada por la norma inglesa pero con algunas diferencias como la exclusión de los trastornos de personalidad como motivo de internamiento. (Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Compulsory Admisión and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients – Legislation and Practice in EU-Member States.* Central Institute of Mental Health. Mannheim —Germany—, 2002, página 143.)

[183] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, páginas 144 y 145.

[184] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 486 a 488

[185] Sobre la figura de Tosquelles: Labad Alquézar, Antonio. «Teoría y práctica en Tosquelles». En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 229 a 243.

[186] Huertas, *op. cit.*, página 113 y ss.; Desviat, Manuel. *La reforma psiquiátrica.* DOR, S.L. Ediciones, Madrid, 1994, páginas 30 a 43.

La introducción de la cloropromacina a partir de 1953 en Francia, tras los trabajos de Henri LABORIT, Jean DELAY y Pierre DENIKER, dio lugar a una rápida expansión en el sistema asistencial francés aumentando las posibilidades de terapia ambulatoria y constituyendo un factor fundamental para la salida de los internos de los hospitales psiquiátricos [187].

El 15 de marzo de 1960, el Ministerio de Salud Pública francés publicó una Circular (nº 340) relativa al *programa de organización y equipamiento de los departamentos en materia de lucha contra las enfermedades mentales* en la que se reconoce la necesidad de «transformar el papel jugado por el establecimiento psiquiátrico», especificando que «el principio esencial de la organización de la lucha contra las enfermedades mentales es separar lo menos posible al enfermo de su familia y de su medio», estableciendo un sistema general de actuación por sectores geográficos de población en el que desarrollan su actividad equipos completos (no sólo integrados por psiquiatras sino también por psicólogos, trabajadores sociales, etc), una ampliación de los dispositivos sanitarios que rompería el aislamiento manicomial y permitiría una dotación más amplia que reduciría al máximo el tiempo de internamiento, haciendo hincapié en la prevención y en la postcura y redefiniendo el papel jugado por el establecimiento psiquiátrico como establecimiento sanitario y no como lugar de reclusión, siendo tan sólo una simple etapa del tratamiento. Surgen así los dispensarios de Higiene mental, hospitales de día, Hogares post-cura, talleres protegidos, etc. Por último se modifica el tipo de población a cargo de la psiquiatría, con la aparición de nuevos cuadros clínicos y demandas asistenciales diferentes a las habitualmente cubiertas por el hospital psiquiátrico [188].

Los movimientos sociales del año 68 no pasaron inadvertidos. El 31 de julio dicho año, se produce una reforma del estatuto de los médicos de hospitales psiquiátricos [189] y con la ley 68-5 de 3 de enero de 1968 se reformó el derecho de los adultos incapaces, derogando algunos preceptos de la vieja ley de 1838, aunque la protección de la persona quedará en suspenso en beneficio de los aspectos patrimoniales. Esta última reforma consagrará el principio de independencia del tratamiento médico y del régimen jurídico de protección e instaurará la figura del juez de tutelas como órgano encargado de determinar el régimen más apropiado en función del tipo de alteración mental [190].

No obstante, la política del sector, pese a ser la oficial, no comenzó a ser aplicada de manera general hasta 1971-1972, fecha en que aparecen nuevas circulares que regularon su puesta en marcha. Con la excepción de algunas expe-

---

[187] Huertas, *op. cit.*, página 120; Shorter, Edward. *Op. cit.* Páginas 248 a 255; Castel, Robert. *La gestión de los riesgos. De la anti-psiquiatría al post-análisis.* Editorial Anagrama. Barcelona, 1984. Páginas 109 a 114

[188] Huertas, *op. cit.*, páginas 122 a 124.

[189] Castel, Robert. *La gestión de...* Páginas 37 a 39

[190] Boumaza, Assia. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Le régime medico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique,* Vol. I, París, 2002, página 23.

riencias piloto, como la del Distrito 13 de París, la organización de la psiquiatría continuaba siendo esencialmente hospitalaria[191].

El balance a primeros de los 80 no era muy positivo. En 1960 el número de camas psiquiátricas era de 83.000 para 105.000 enfermos (ocupación de un 127%) y, para luchar contra el hacinamiento se continuó aumentando el número de camas. Sin embargo, en 1977 había tan sólo 72 hogares de postcura (de los cuales 55 eran para exalcohólicos), 255 hospitales de día y 108 hospitales de noche, muchos de los cuales fueron reestructurados dentro de los hospitales psiquiátricos. Los dispensarios tampoco crecieron con gran rapidez, 726 en 1962, menos de 1.000 en 1970, 2.763 en 1978. El hospital seguía siendo el centro de gravedad del dispositivo psiquiátrico. En 1963 había 121.000 enfermos hospitalizados, 120.000 en 1970, 110.000 en 1976, 104.000 en 1978, 107.000 en 1980. Sin embargo, el número de ingresos aumentó considerablemente, 104.000 en 1963, 155.000 en 1970, 246.000 en 1976 y 269.000 en 1978. Lo anterior significa una reducción del período de estancia de los enfermos pero también que un mayor número de enfermos pasa por el hospital psiquiátrico y que el número de reingresos crece igualmente (55'3% de los ingresos en 1975)[192].

Aunque mantendrá el régimen médico administrativo de hospitalización psiquiátrica, la reforma de la ley de 1838 se producirá con la ley nº 90-527 de 27 de junio de 1990 relativa a los derechos y a la protección de las personas hospitalizadas por motivo de trastornos mentales y a sus condiciones de hospitalización que supondrá una mejora en la definición de los derechos de los pacientes y la legalización de determinadas prácticas extralegales como las salidas a prueba (*sorties d'essai*) y la hospitalización voluntaria (*placement libre*)[193]. Reseñar, por último, que, entre 1988 y 1998 el número de hospitalizaciones involuntarias se ha incrementado en un 57% con un paralelo aumento de la utilización de los procedimientos de urgencia[194].

La OMS señala que Francia gasta el 8% de su presupuesto total para sanidad en salud mental y dispone de un número total de 22 psiquiatras por 100.000 habitantes y de un total de 12 camas psiquiátricas por 10.000 habitantes para una población total de alrededor de 60 millones de habitantes[195].

---

[191] Huertas, *op. cit.*, páginas 130 y 131; Castel, Robert. *La gestión de* ... Página 40

[192] Castel, Robert. *La gestión de* ... Páginas 62 y 63

[193] Boumaza, Assia. *Op. cit.*, páginas 20 a 23.

[194] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, páginas 78 y 79. El *Rapport Briot* (apartado II.1) señalaba que la evolución de la hospitalización sin consentimiento en Francia se caracterizaba por una progresión continua de la hospitalización a demanda de un tercero que se elevaba de 31.057 casos en 1992 a 62.894 en 2001. *(Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution, n° 1459, de m. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, par Mme Maryvonne Briot députée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004)*

[195] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 197 y 198

2.3. Estados Unidos

La segunda guerra mundial hizo precisa la realización de exámenes para los reclutas que iban a incorporarse a filas. De 15 millones de estos, 1.875.000 fueron excluidos por causas neuropsiquiátricas, constituyendo el 39% de las causas de exclusión. Además de ello, los problemas psiquiátricos que se originaban en el frente demostraron la utilidad de la psiquiatría en la rápida recuperación de los soldados para devolverlos al frente sin necesidad de largos períodos de internamiento. Al final de la contienda, se creó el *Group for Advancement of Psychiatry*, integrando a jóvenes psiquiatras que se habían formado bajo este contexto, siendo liderados por psicoanalista William MENNINGER. Dentro del grupo también se encontraba Robert FELIX quien, posteriormente, sería nombrado director del *National Institute of Mental Illness*. Alrededor de este grupo se fue gestando la reforma de 1963, con los precedentes de las leyes de 1946 y 1955[196].

La nueva orientación comunitaria la bautizará CAPLAN en 1964 con el nombre de «psiquiatría preventiva» que define como «el cuerpo de conocimientos profesionales, tanto teóricos como prácticos, que pueden utilizarse para planear y llevar a cabo programas para reducir: 1) la frecuencia en una comunidad, de los trastornos mentales de todo tipo (*prevención primaria*); 2) la duración de un número significativo de los trastornos que presentan (*prevención secundaria*); 3) el deterioro que puede resultar de aquellos trastornos (*prevención terciaria*)». En el esquema de CAPLAN, la psiquiatría preventiva «debe ser amplia y ocuparse de todos los tipos de trastornos mentales en personas de todas las edades y clases» porque enfoca el problema total de la comunidad y no sólo los problemas de individuos y grupos particulares y debe coordinar sus actividades con las de otros profesionales en el manejo de los aspectos sanitarios, educativos, legales y sociales de los problemas comunitarios planteados por el enfermo y el deficiente psíquico[197].

Previamente a la reforma de 1963, la introducción de la cloropromacina (bajo el nombre de «Thorazine»), en 1954, dio lugar al inicio del proceso de desinstitucionalización. Así, en los hospitales públicos del Estado de Nueva York, comenzó a utilizarse a partir de enero de 1955 dando lugar a la reducción del número de internos en los doce meses siguientes[198].

El 5 de febrero de 1963, el presidente Kennedy pronunció un célebre discurso ante el Congreso de los Estados Unidos relativo a la enfermedad y al retraso mental[199], en el que expresaba:

---

[196] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad psiquiátrica*... Páginas 64 y ss.

[197] CAPLAN, Gerald. *Principios de Psiquiatría Preventiva (1964),* traducción de Edith Rodríguez Daverio, Ed. Paidós Ibérica S.A. Barcelona, 1996. Páginas 34 y 35.

[198] SHORTER, Edward. *Op. cit.*. Páginas 279 y 280.

[199] *Message from the Presidente of the United States relative to Mental Illness and Mental Retardation.* Febrero 5, 1963, 88º Congreso, 1ª Sesion, *House of Representatives*, Documento nº 58. Citado por CAPLAN, Gerald, *Op. cit.*, Páginas 22 y, fundamentalmente, 25.

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

> En un nuevo programa de salud mental, la amplia asistencia comunitaria es una cuestión central. Si nos limitamos a destinar más fondos federales para continuar con el tipo de asistencia institucional anacrónica que ahora prevalece, la diferencia será poca. Necesitamos un nuevo tipo de atención de la salud, que vuelva a integrar el cuidado de la salud mental en el curso principal de la medicina americana, y que al mismo tiempo mejore los servicios de salud mental.

El proyecto presentado a la Cámara de los Representantes se denominó *Community Mental Health Centers Act* de 1963 y proponía el establecimiento de un sistema nacional de centros de salud mental, cada uno de los cuales actuaría como punto de apoyo de un amplio programa comunitario. Este programa debía proporcionar «servicios para la prevención o diagnóstico de la enfermedad mental, para la asistencia y el tratamiento de los enfermos mentales y para la rehabilitación de estas personas».

Paralelamente, también se fue creando un clima de opinión contrario a la hospitalización psiquiátrica que tuvo importante reflejo en diferentes sentencias judiciales que configuraron un estatuto de derechos de las personas con enfermedad mental. Así, podemos citar sentencias del Tribunal Supremo de EE.UU como *O'Connor vs. Donaldson*[200] o *Zinermon v. Burch*[201].

Una característica diferencial del sistema norteamericano respecto de sus homólogos europeos es la falta de estructuración de un sistema de seguro médico público que se ve limitado a programas de cobertura parcial de los gastos médicos para personas de más de 65 años de edad (*Medicare*) o para indigentes (*Medicaid*). El *Community Mental Health Center* (CMHC) tenía que suministrar, como mínimo cinco tipos de servicios: hospitalización, tratamiento ambulatorio, servicios de urgencia, servicios de hospitalización parcial y servicios de educación a la población. Dentro de la estrategia de la Administración demócrata de ayuda a las poblaciones menos favorecidas, este tipo de centros iba a implantarse en los barrios más deprimidos[202]. Sin embargo, de los 2.000 CMHC previstos para 1980, en 1975 sólo existían 400 y en 1973 tales centros sólo tenían a su cargo

---

[200] 422 U.S. 563 (1975) (Findlaw). En la misma se relata el caso de Kenneth Donaldson quien, a instancia de sus padres, fue ingresado en el Hospital estatal de Florida «Chattahoochee» en 1956. Permaneció allí 15 años. Persistentemente pidió a los tribunales la salida del hospital. Mientras permaneció ingresado recibió varias ofertas que le ofrecían alojamiento y supervisión. El Tribunal Supremo estimó que el diagnóstico de enfermedad mental, por sí mismo, no permitía la justificación de que el Estado encerrara a una persona contra su voluntad y lo custodiara indefinidamente. Constitucionalmente un Estado no podía confinar sin más a una persona no peligrosa que era capaz de sobrevivir segura en libertad por sí misma o con ayuda de familiares o amigos.

[201] 494 U.S. 113 (1990) (Findlaw). Darrell Burch fue localizado deambulando en la autopista de Florida malherido y desorientado el 7 de diciembre de 1981. Fue llevado a los servicios de salud mental comunitarios de Tallahassee. Tras su evaluación se observó que Burch estaba alucinado, confundido y en estado psicótico, manifestando que se encontraba «en el cielo». Se estimó que precisaba internamiento. Al paciente se le hizo firmar varios formularios, tanto en el primer centro como en el hospital. El Dr. Zinermon, en varias de sus anotaciones, escribió que el paciente rehusaba a cooperar, no respondía a las preguntas y se encontraba confuso. Burch permaneció en el Hospital hasta el 7 de mayo de 1982, durante todo este tiempo no se celebró vista sobre su internamiento. Burch demandó por estimar que no se habían respetado sus derechos porque había sido designado irregularmente como paciente voluntario.

[202] Castel, François/Castel, Robert/Lovell, Anne. *La sociedad psiquiátrica*... Páginas 68, 78, 79

el 12'5% de los enfermos hospitalizados y un 28% de los enfermos en tratamiento ambulatorio [203].

A juicio de CASTEL, el balance de este proceso dio lugar a que la psiquiatría comunitaria se insertara en la práctica psiquiátrica de la vida social bajo el impulso del poder federal, desplazamiento que ya había sido iniciado por el movimiento de higiene mental de forma privada. Este movimiento atrajo a un tipo de población distinta a la procedente de los hospitales psiquiátricos. La crisis del movimiento, por último, no significó que se abandonaran los objetivos esenciales [204].

Lo cierto es que el número de pacientes en los hospitales estatales y de condado se redujo de su máximo histórico de 559.000 pacientes en 1955 a 338.000 en 1970 y, posteriormente a 107.000 en 1988, lo cual representa un descenso de más del 80% [205], oscilando el número actual alrededor de 50.000. LIBERMAN y PHIPPS ponen de relieve el hecho de que desgraciadamente, en aquellas comunidades de Estados Unidos donde han desinstitucionalizado enfermos mentales crónicos no se han reemplazado adecuadamente los servicios hospitalarios públicos por servicios en la comunidad, no recibiendo un tratamiento apropiado e integral. Los autores recogen como problemas más importantes los siguientes: 1) la dificultad para recibir tratamiento de urgencia ya que los hospitales no disponen de camas; 2) escaso o nulo tratamiento en las residencias asistenciales; 3) muchos afectados van a parar a prisión; 4) muchos afectados viven en las calles sin recibir ningún servicio o atención; 4) en muchos casos la carga de la atención y el cuidado recae sobre los familiares del enfermo mental; 5) muchos de los pacientes crónicos precisan de asistencia para actividades básicas de la vida (aseo, vestido, manejo de dinero); 6) la adaptación a la vida ordinaria no es fácil, en muchos casos provoca estrés, dificultades a la hora de conservar un trabajo, baja autoestima y sociabilidad, depresión, etc; 7) pese a precisar medicación psicoactiva, muy pocos la siguen tal y como les fue prescrita [206].

La OMS señala que el país gasta el 6% de su presupuesto total de sanidad para salud mental, siendo de destacar que carecen de un sistema de seguridad social universal. El número total de psiquiatras por 100.000 habitantes asciende a 13'7 y el total de camas psiquiátricas a 7'7 por 10.000 habitantes para una población de alrededor de 297 millones de habitantes [207].

---

[203] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad psiquiátrica*... Página 131

[204] CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad psiquiátrica*... Páginas 163 y 164

[205] SHORTER, Edward. *Op. cit.* Página 280.

[206] LIBERMAN, Paul. *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico*. Ediciones Martínez Roca S.A. Barcelona, 1993, páginas 231 y 232

[207] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Mental Health Atlas 2005*. Geneva, 2005. Páginas 491 a 493

2.4. Alemania

En 1971, el Bundestag mandó elaborar una encuesta estatal para analizar la situación de la Psiquiatría que dio lugar a la creación de una comisión de expertos. La comisión realizó un estudio en hospitales psiquiátricos de gran tamaño que indicaba que el servicio era catastrófico. Muchos enfermos y minusválidos vivieron situaciones infrahumanas. Casi el 60 % por ciento de los pacientes permaneció más de dos años en instituciones. Casi el 40 % estaba en dormitorios de más de 11 camas, con práctica desaparición de objetos personales, estado higiénico insatisfactorio, escaso personal y práctica imposibilidad de continuar el tratamiento en libertad. En 1975 se editaron unas directrices que desarrollaron un programa modelo (1980-1985) con el objetivo de comprobar el funcionamiento de los servicios sociales psiquiátricos [208].

El resultado de todo ello fue la reforma psiquiátrica de 1988 con el convencimiento y recomendaciones de reformar para una política de psiquiatría cercana, más próxima al ciudadano. Los principios de la reforma estructural se centraron en los siguientes: 1) equiparación del enfermo psíquico y somático; 2) la definición de las medidas está en función de las necesidades específicas del paciente; 3) la ayuda disponible debe abarcar el espectro de las necesidades de la vida diaria con objeto de potenciar la autonomía del paciente; 4) la atención psiquiátrica debe estar integrada en el entorno próximo del enfermo; 5) el plan de tratamiento debe ser integral abarcando tanto los aspectos sanitarios como sociales; 6) equipo multiprofesional; 7) cooperación y coordinación de todos los servicios; 8) prevalencia de los servicios ambulatorios externos; 9) limitación de los internamientos de larga duración y rehabilitación de los internados.

Desde entonces la Psiquiatría ha experimentado cambios fundamentales. Las instituciones de cuidado y ayuda se han modernizado, más pequeñas y profesionalizadas. En todos los hospitales generales existe un departamento de psiquiatría: de 21 (1971) a 160 (2000). Casi el 40 % de las camas se encuentra en hospitales ordinarios. Las camas se han reducido a más de la mitad (en la parte occidental, de 117.600 en 1973 a 55.000 en 2000) y la estancia media en los hospitales se ha reducido hasta llegar a una media entre 20 y 40 días. También el número de psiquiatras ha aumentado, desde los años 70, de 1.000 a 5.400 aproximadamente. Las estructuras de cuidado próximo y servicios sociales psiquiátricos, formas de vivienda alternativa, hogares, centros de día, hospitales de día, dispositivos externos y el número de psiquiatras de guardia permanente se han visto ampliadas.

En el año 2000, una reforma de la legislación sanitaria supuso que los hospitales psiquiátricos y departamentos de psiquiatría de los hospitales debían

---

[208] World Health Organization. *Mental Health in Europe. Country reports from the WHO European Network on Mental Health.* WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 2001. Páginas 30 a 32; Bühring, Petra. «Psychiatrie-Reform: Auf halbem Weg stecken geblieben». *Deutsches Ärzteblatt/Jg. 98/* Heft 6/ 9 Februar 2001, Páginas A-301 a A-307.

disponer de una unidad externa (*Institut Ambulanz*) para suministrar cuidados, especialmente para pacientes severos y crónicos por un equipo multidisciplinario de enfermeras, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y psicólogos en adición a los psiquiatras.

En 1985 se constituyó una asociación de familiares de enfermos psíquicos y en 1991 una asociación de usuarios de los servicios psiquiátricos. En la actualidad, esas asociaciones, que se iniciaron 1976, ahora cuentan con unos 18.000 asociados. Tienen ofertas para viviendas tuteladas, grupos de autoayuda y centros de día que se ocupan del derecho de un enfermo psíquico para realizar en su vivienda una vida digna.

BÜHRING estima que la reforma psiquiátrica en Alemania, después de 25 años, solamente ha alcanzado soluciones parciales porque los hospitales especiales todavía van a existir durante mucho tiempo al lado de los departamentos de psiquiatría de los hospitales generales. La atención social psiquiátrica próxima todavía manifiesta muchos agujeros y es muy dispar en las diferentes regiones y la coordinación y cooperación entre los servicios de atención hace falta mejorarla bastante. Los pacientes de larga duración, aunque ya no están en el hospital, muchas veces son remitidos a centros de atención o de tutela y muchos enfermos psíquicos crónicos están viviendo en el umbral de pobreza y ante la ley social no puede decirse que estén igualados a los enfermos somáticos. Y mucho menos ha cambiado el pensamiento de la sociedad sobre este tipo de enfermedades, que no se ven pero siguen considerándose amenazadoras.

En la zona correspondiente a la antigua República Democrática Alemana la reforma del sistema de salud mental comenzó tras la unificación en 1990 y, aunque se ha avanzado bastante, todavía queda mucho para alcanzar los mismos estándares que en el resto de la República Federal Alemana.

En el ámbito de la legislación, también se han producido importantes mejoras. Así, el sistema alemán de protección para incapaces adultos se modificó, rompiendo completamente con la tradición latina y la dualidad tutela/curatela, mediante un novedoso sistema que se introdujo con la *Betreuunggesetz* de 12-9-1990 que entró en vigor en 1992. En lo concerniente al internamiento involuntario, pueden distinguirse dos fuentes legales:

- La derivada de los preceptos referentes a la guarda legal (*Betreuung*) existentes en el Código Civil Alemán (*Zivilrechtliche Unterbringung-BGB*).
- La contenida en las diferentes leyes regionales sobre internamiento de enfermos mentales (*Öffentlich-rechtliche Unterbringungsgesetze der Länder*).

Tras la segunda guerra mundial, cada región (*Land*) reguló su propia ley especial para el internamiento involuntario. En la actualidad, tras la adición de cinco nuevos *Länder* por causa de la reunificación, se encuentran en vigor 16 leyes de internamiento. Las diferencias entre las mismas afectan a la formulación de las condiciones, de los objetivos y en la forma de los procedimientos para el interna-

miento urgente[209]. En la generalidad de estas normas, con diferente precisión, se contempla que el ingreso forzoso sólo es admisible para evitar el peligro para el propio enfermo o para terceros. Los estatutos de primera generación siguieron la tradición prusiana de los siglos XVIII y XIX cuyas normas de policía se centraban, como motivo primario para la detención de los individuos, en la protección de la población por los posibles daños que pudieran causar las personas con enfermedad mental. Una segunda generación de estatutos se desarrolló a partir de 1969 ubicando el énfasis en las necesidades y derechos de los pacientes para lograr un tratamiento y asistencia adecuados. Tras la reunificación, una tercera generación de estatutos centró su atención en la filosofía de la legislación federal de protección de adultos incapaces, reforzando los derechos humanos y garantías de los afectados y los principios del sistema de salud mental comunitario[210]. En lo concerniente a los aspectos procesales, se recogen en la *Ley sobre los asuntos de la jurisdicción voluntaria* (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, FGG)

La OMS señala que no tienen datos disponibles sobre el gasto en salud mental en Alemania siendo financiado tanto por el Gobierno Federal como por las diferentes regiones. El número total de psiquiátras por 100.000 habitantes asciende a 11'8, siendo el número total de camas psiquiátricas por 10.000 habitantes de 7'5 para una población de alrededor de 82 millones de habitantes[211].

2.5. Italia

En los años 70, se desarrolló una actitud crítica, con bases marxistas, contra las instituciones custodiales. Esta corriente de opinión consideraba a las personas que padecían la enfermedad mental como población marginada por su falta de alternativas sociales y económicas frente al sistema. Se pretendía poner fin a la figura tradicional del paciente interno, eliminando primero todos los aspectos de detención a través de un proceso de desinstitucionalización, restaurando la dignidad y autoestima del paciente, y reorganizando el tratamiento, dirigiéndolo hacia estructuras abiertas en el contexto comunitario. Sin duda, no son sólo los autores italianos los integrantes de este movimiento, pero debido a la propia transformación social del país y a la fortaleza del partido comunista, el movimiento italiano ha sido el más radicalizado, siendo el único que se ha visto plasmado en una reforma legislativa, la ley 180/1978, conocida popularmente como *Ley Basaglia*[212].

---

[209] Brill, Karl-Ernst, *Psychisch Kranke im Recht. Ein Wegweiser.* Ed. Psychiatrie Verlag, Bonn, 1999, página 122.

[210] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, páginas 82 a 86; Helmchen, H. «Recent developments in relation to mental health and the law in the Federal Republic of Germany». En Roth, Martin/ Bluglass, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985. Páginas 58 a 71.

[211] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 205 a 207

[212] Solivetti, Luigi Maria. *De-institutionalization, psychiatric treatment and mentally disordered offenders in Italy: a difficult transition from the old to the new.* Università degli studi di Roma «La Sapienza» (1996). Páginas 174 y 175.

El psiquiatra italiano Franco BASAGLIA, (1924-1980), influenciado por el psiquiatra británico Maxwell JONES, realizó una transformación asistencial, inicialmente en Gorizia en los años 60 y, posteriormente, en la región de Triestre. Pronto, a resultas de estas experiencias, se originó un movimiento con un marcado signo político denominado *psiquiatria democratica* (su primer Congreso nacional tuvo lugar en Arezzo durante los días 24 y 26 de septiembre de 1976, donde se afianzó la alianza con el partido comunista italiano), que aglutinaba a profesionales de la psiquiatría, pacientes y otras personas, fundamentalmente procedentes de las regiones de Gorizia, Parma, Triestre, Arezzo y Verona, donde empezaban a originarse los cambios[213].

El hospital psiquiátrico de Triestre, *San Giovanni*, participaba de las características de los establecimientos de este tipo en la región mediterránea, observándose el progresivo incremento de internados que ascendía, el 31 de diciembre de 1970, a 1.260 pacientes (el 90% involuntarios)[214]. La designación de BASAGLIA como director del establecimiento tuvo lugar en julio de 1971, por el gobierno de la región presidido en aquel entonces por el demócrata-cristiano Michele ZANETTI, momento en el que comenzó a descender el número de internados en el hospital (a principios de 1975 sólo quedaban ingresados en el hospital 800 pacientes, un tercio había encontrado fuera del hospital un lugar donde vivir, ninguno fue trasladado a otras instituciones)[215].

BASAGLIA no sólo se limitó a realizar un trabajo de rehabilitación en el interior del hospital desterrando los tradicionales sistemas terapéuticos basados en la coerción sino que trabajó para que fuera de los muros se desarrollara un servicio adecuado. Era necesaria la integración del hospital psiquiátrico provincial en la estructura de la ciudad, comenzando por el fácil acceso del transporte urbano y establecer mecanismos para la reinserción de los antiguos internos mediante fórmulas de empleo, vivienda y tratamiento adecuados. Se buscó la cooperación de los sindicatos, se potenció el cooperativismo y se desarrollaron servicios asistenciales en la comunidad distribuidos en sectores de población. Se organizaron grupos de convivencia en el hospital que luego se convirtieron en grupos de convivencia en la ciudad (grupos-piso).

---

[213] Para Basaglia, el hospital psiquiátrico es una institución de violencia en la que los psiquiatras desarrollan una relación de exclusión en su condición de técnicos que actúan en una concesión de poder realizada por el propio sistema socio-económico. El acto terapéutico es así un acto político. La comunidad terapéutica corre el riesgo de transformarse en una técnica más al servicio de la realidad institucional, perpetuando el sistema. La única alternativa es de rechazo de este papel de concesionarios del poder y la negación que implique una destrucción y superación de este sistema («La institución de la violencia» en *La institución negada. Informe de un hospital psiquiátrico.* Barral Editores, S.A., Barcelona, 1970, páginas 126 a 169.)

[214] Dell'Acqua, Giuseppe. «Triestre veinte años después: de la crítica de las instituciones psiquiátricas a las instituciones de salud mental», artículo disponible en Internet (www.triestresalutementale.it). El autor es el Director del Departamento de Salud Mental de Triestre. Dos estudios bastante detallados del proceso operado en Triestre es el realizado por Windisch, Norbert. *Die Praxis-Theorie der Psichiatria Democratica.* Salzburg, 1978 (disponible en internet http://kulturkritik.net/Download/Psychiatria%20Demokratica.pdf) y Constantino, Maurizio. *Dangereux por lui-meme ou pour les autres.* Memoire pour le Diplôme de l'Ecole. Ecole des Hautes Etudes en Sciencies Sociales, Paris, 1985.

[215] Dell'Acqua, *op. cit.*

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

En febrero de 1973 se creó la primera cooperativa con unos 60 pacientes asignados a la limpieza de los departamentos, la cocina y el parque, que trabajaban por primera vez bajo un contrato sindical regular conforme a la normativa. Se organizaron actividades culturales en el hospital (conciertos, festejos…) contando con la colaboración de asociaciones políticas y culturales de la ciudad, lo que atrajo a numeroso público. Una de estas actividades fue la creación en el primer pabellón, que quedó vacío, de un taller de pintura, escultura, teatro y escritura. Se construyó un gran caballo azul (*Marco Cavallo*) de madera con la barriga llena de los deseos de todos los pacientes ingresados, organizando un gran festejo el último domingo de marzo de 1973. Se dividió la organización del hospital en cinco áreas con cinco equipos de personal. Entre 1975 y 1977 comenzaron a funcionar los primeros grupos territoriales, estructuras instituidas como lugar de apoyo para los pacientes dados de alta que, posteriormente, evolucionaron como lugar de tratamiento para los pacientes en crisis, pronto se transformaron en centros de salud mental abiertos 24 horas diarias con una población de referencia de, aproximadamente, 50.000 personas. El Hospital se mantenía abierto apoyando al Servicio de Urgencias del Hospital General para dar soluciones adecuadas a las crisis y mientras este último se desarrollaba plenamente, cerrando definitivamente en 1980 [216].

En la década de los 90, Triestre contaba con varios sectores, cada uno de ellos con un centro comunitario de salud mental provisto de personal suficiente que ejercía como hospital de día y de terapia comunitaria y una unidad hospitalaria en el Hospital General de Triestre. Se visitaba regularmente a los pacientes en su domicilio y existían grupos de personas con problemas mentales serios en viviendas que albergaban a enfermero/as que convivían con los enfermos de forma rotatoria. Se desarrolló un sistema cooperativo para los pacientes con establecimientos de diferentes signos con una actividad productiva valorable cuantitativamente [217] y, en términos generales, la experiencia ha sido considerada por la Organización Mundial de la Salud como satisfactoria [218].

Los planteamientos del movimiento *psiquiatria democratica* giraban en torno al desmantelamiento de la institución psiquiátrica con un planteamiento liberador

---

[216] Dell'Acqua, *op. cit.*

[217] Desviat (*La reforma*... páginas 64 y 65) señala que, en septiembre de 1993, las sociedades cooperativas del Consorcio tenían 200 miembros/empleados, la mitad de ellos problemáticos a efectos de la cooperación social: pacientes mentales, drogadictos, expresidiarios. Además, 100 personas, procedentes de áreas de marginación social, contaban con becas de formación laboral en dichas empresas (las 300 personas representan el 0'3 % de todo el mercado laboral de Triestre). Dell'Acqua, *op. cit.*, señala que, existían cinco cooperativas entre cuyas actividades se encuentra la gestión de un hotel, un restaurante, un bar, un taller de encuadernación, un equipo de mudanzas, un equipo para la construcción, una sastrería, una tienda de bolsos, una carpintería que produce objetos y muebles de diseño, un taller de producción de vídeos, una radio comercial, un taller de teatro, un taller de pintura, algunos invernaderos, una frutería-verdulería, un equipo de mantenimiento de jardines públicos y un equipo de limpieza.

[218] Kendall, Tim; «Trieste: The Current Situation». *Third International Conference on 'Psychosis: Integrating the Inner and Outer Worlds'*, University of Essex, Colchester, England, Septiembre de 1996 (disponible en internet http://miramare.co.nz/kendal.htm).

del enfermo. Propugnaron un referéndum al objeto de derogar la ley italiana de 1904, consiguiendo, finalmente, forzar al Gobierno a introducir, en 1978, la ley 180. Ya con anterioridad habían logrado un cierto avance con la reforma realizada por la ley n. 431 de 18 de marzo de 1968 en el intento de eliminar del hospital psiquiátrico todo rasgo de su antigua función represiva y de llevar a un primer plano el fin terapéutico[219]. La ley se aprobó unos meses antes que la Ley del Servicio Sanitario Nacional para evitar los problemas que podrían derivarse de la pura y simple derogación de la normativa existente derivados del posible referéndum que se estaba preparando por el Partido Radical, el legislador italiano procedió, en meteórica tramitación parlamentaria (el Proyecto de Ley fue estudiado, discutido, modificado y aprobado por las respectivas Comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado en 24 días), a la elaboración de esta Ley cuya vigencia estaba condicionada a la entrada en vigor de la ley instauradora del Servicio Sanitario Nacional cuyos debates ya llevaban tiempo en las Cámaras. En el texto de la LSSN se recogerán, reagrupándolos de una manera casi textual, los artículos de la Ley 180, teniendo en cuenta la nueva planta de los servicios sanitarios creada por la LSSN[220].

Podemos resumir los efectos de la citada ley en cuatro: 1) la peligrosidad ya no podrá ser utilizada como criterio para la hospitalización forzosa, el internamiento será restringido a las urgencias terapéuticas; 2) la admisión involuntaria sólo podrá realizarse en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales, no en hospitales psiquiátricos; 3) se imposibilitó inicialmente la hospitalización prolongada, estableciéndose un máximo inicial de 7 días; 4) finalmente, el hospital psiquiátrico fue oficialmente abolido. Es de señalar que la ley estableció un régimen transitorio para los pacientes ya ingresados con fecha límite de 31 de diciembre de 1980, término que fue ampliado en un año más para algunas Regiones, según las posibilidades de cada una de ellas[221].

La valoración de la Ley de 1978 es difícil. Como señala COBREROS MENDAZONA, hay que distinguir la labor realizada en algunas regiones de Italia que ya con anterioridad a la entrada en vigor de la norma habían conseguido efectos muy positivos en el terreno de la salud mental consiguiendo de hecho, en algunos lugares, el vaciamiento de los hospitales psiquiátricos, creando medios alternativos eficaces. Sin embargo, en otros lugares no se crearon o fueron creados de manera insuficiente tales servicios, dando lugar a que el resultado fuera insatisfactorio, logrando sólo una parte de lo pretendido (la deshospitalización), pero no la otra (el tratamiento en comunidad). Los textos legales fueron por delante de la mayoría de los servicios sanitarios y la falta de sincronización entre las viejas estructuras y la creación de las nuevas creó resultados dramáticos particularmente para las

---

[219] VECCHIETTI, Ambretta Maria. *Salute mentale e riforma sanitaria.* Università di Macerata. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, página 21.

[220] COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* HAEE-IVAP. Oñati, 1988, páginas 72 y 73.

[221] MAJ (1985), citado por KENDALL, Tim, *op. cit.*

familias. Subraya el autor que, a pesar de todos los defectos, con la reforma se dieron algunos pasos que, hoy por hoy, resultan auténticas conquistas culturales irreversibles [222].

De hecho, esta dualidad entre las diversas zonas es fácilmente comprobable dado los altos índices de ingresos involuntarios de la zona sur de Italia y de las islas en relación con la zona norte, conforme a los tres estudios del conjunto de la nación llevados a cabo durante la década de los 80 [223]. A lo largo del período de vigencia de la ley se han sucedido diversas tentativas de reforma de la legislación que no han tenido éxito creándose un clima de abierta confrontación.

La propia esposa de BASAGLIA, reconocía en un artículo publicado con ocasión del veinte aniversario de la Ley, que la reforma había sido abortada en parte, pero que lo importante era comprobar que la experiencia práctica desarrollada en Triestre había continuado en el tiempo y que la posibilidad concreta de responder a los padecimientos mentales sin recurrir al internamiento y a la violencia implícita en su lógica era real, experiencia que ha impedido que la ley fuera derogada [224].

La OMS señala que no tienen datos disponibles sobre el gasto en salud mental en Italia. El importe total se define para cada programa regional. El número total de psiquiatras por 100.000 habitantes asciende a 9'8 y el número total de camas psiquiátricas por 10.000 habitantes a 4'63 para una población de alrededor de 57 millones de habitantes [225].

2.6. Portugal

En términos legislativos y de organización pueden distinguirse tres fases en la evolución de la asistencia psiquiátrica en Portugal (FARIA, 1992) [226]:

a) Hospitalización psiquiátrica (1848-1945) que abarcaría desde la creación del primer manicomio en Portugal hasta la ley sobre asistencia psiquiátrica de 1945 que estableció la creación de los primeros servicios abiertos.
b) Regionalización y descentralización de los servicios de salud mental (1945-1970)
c) Integración de la salud mental en el sistema general de atención sanitaria (a partir de 1971)

En la primera fase todavía continuaría la creación de establecimientos asilares como el Hospital Júlio de Matos en 1941 o el Hospital Sobral Cid en Coimbra

[222] Cobreros Mendazona, Eduardo. *Op. cit.*, páginas 153 a 157
[223] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, página 108
[224] Basaglia, Franca Ongaro. «I vent'anni della legge 180» *Psiquiatria On line Italia (POL-IT). Speciale «Vent'anni di 180»*, disponible en Internet (http://www.priory.com/ital/180/index.htm)
[225] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 251 a 253
[226] Citado por Graça, Luis. *Op. cit.*

(1945). En 1958 se creó el Instituto de Asistencia Psiquiátrica que reforzó el carácter intervencionista del Estado al tiempo que formalizaba la red de apoyo primaria, de hospitales y de establecimientos de internamiento de pacientes mentales (D. L. nº 41759, de 25 de julio de 1958)[227].

Tras la publicación de la Constitución de la República en 1976, el país no fue ajeno a los movimientos internacionales de reforma en materia de salud mental. En efecto, Portugal fue uno de los países que en la II Conferencia de Ministros de Sanidad del Consejo de Europa reunida en Estocolmo se comprometió a la reestructuración de los servicios de salud mental tomando como referencia los modelos del sector y de psiquiatría comunitaria. La reestructuración se realizó en tres momentos en el período comprendido entre 1984 y 1994 detectándose una involución entre 1990 y 1994. En 1994 tuvo lugar una Conferencia sobre salud Mental en Lisboa cuyas conclusiones fueron objeto de una decisión ministerial donde se determinó la necesidad de reformulación de la política y del modelo de organización de los servicios de salud mental y la eventual revisión del Decreto-Ley nº 127/92 y de la Ley de Salud Mental[228].

En 1996, el Gobierno de Portugal aprobó el Plan Nacional de Salud Mental cuyos objetivos básicos consistieron en:

- La elaboración de nueva legislación de salud mental
- Desarrollo de una red nacional de servicios de salud mental
- Sustitución gradual de los hospitales psiquiátricos por servicios de orientación comunitaria y por departamentos psiquiátricos en los hospitales generales
- Desarrollo de la rehabilitación psicosocial

De acuerdo con la nueva legislación los servicios locales de salud mental son las bases de la atención especializada. Cada uno de estos servicios es responsable de una población de alrededor de 25.000 habitantes y debe incluir equipos multidisciplinares que trabajen en el ámbito de la comunidad en colaboración con atención primaria, establecimientos de rehabilitación (centros de día, unidades residenciales, etc.), unidades de hospitalización en los hospitales generales y un equipo de psiquiatría infantil[229]. Las normas básicas que deben citarse son la *Lei nº 48/90 de Bases da Saúde*, de 24 de agosto y el *Decreto-Lei nº 35/99*, de 5 de Febrero, que establece los principios orientadores de la organización, gestión y evaluación de los servicios de psiquiatría y salud mental.

---

[227] Graça, Luis. *Op. cit.*

[228] Carvalho, Alvaro de. «Saúde Mental: a efectiva integraçao no Serviço Nacional de Saúde» en VV.AA. *A Ley de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo.* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomedico. Instituto de Medicina Legal de Coimbra. Coimbra Editora, 2000. Páginas 11 a 18. El autor se refiere al Despacho de 23/08/1995 del Ministro Dr. Paulo Mendo, publicado en el *Diário da República,* II Série, nº 25, de 30 de octubre de 1995.

[229] World Health Organization. *Mental Health in Europe. Country reports from the WHO European Network on Mental Health.* WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 2001. Páginas 64 Y 65

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

En el ámbito de la regulación de los tratamientos involuntarios, interesa destacar la publicación de la *Lei nº 36/98, de 24 de Julho de Saúde Mental*[230]. La norma deroga la anterior *Lei nº 2118, de 3 de abril de 1963* que, aunque considerada avanzada para la época, fue entrando en desfase tras la Constitución de 1976[231]. La ley no se limita a la regulación del internamiento involuntario sino que también establece los principios generales de política de salud mental. Su artículo tercero, apartado 1, reseña que, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Bases de Salud, se deben observar los siguientes principios generales: a) la prestación de cuidados de salud mental es promovida prioritariamente en el ámbito de la comunidad para evitar el alejamiento de los pacientes de su medio habitual y facilitar su rehabilitación e inserción social; b) los cuidados de salud mental serán prestados en el medio menos restrictivo posible; c) el tratamiento de los pacientes mentales en régimen de internamiento se realizará normalmente en los hospitales generales[232]; d) en el caso de pacientes que fundamentalmente precisen de rehabilitación psicosocial, la prestación de cuidados se asegurará, preferentemente, en estructuras residenciales, centros de día y unidades de preparación y reinserción profesional insertados en la comunidad y adaptados al grado específico de autonomía de los pacientes. El apartado 3 de este artículo expresa que la prestación de los cuidados está asegurada por equipos multidisciplinares habilitados para responder, de forma coordinada, a los aspectos médicos, psicológicos, sociales, de enfermería y rehabilitación. La Ley crea también el *Conselho Nacional de Saúde Mental* como órgano de consulta del gobierno en materia de política de salud mental.

En lo que concierne al internamiento, la ley establece unos principios generales en su artículo 8 y distingue dos tipos de proceso uno ordinario (artículos 12 a 21) y otro de urgencia (artículos 22 a 27). El internamiento ordinario se funda bien en la situación de peligro para bienes jurídicos de relevante valor, propios o ajenos, de naturaleza personal o patrimonial o en la falta de discernimiento necesario para evaluar el sentido y alcance del consentimiento cuando la ausencia de tratamiento deteriore de forma acentuada su estado (artículo 12), exige una evaluación clínico psiquiátrica (artículo 17) y se realiza una sesión conjunta en presencia del defensor del internado y del Ministerio Fiscal. La decisión es siempre motivada y se establece la colaboración de las fuerzas de orden público en los casos de negativa del afectado a someterse a los distintos trámites (artículos 17.3 y 21.2). En el caso de peligro inminente, conforme al artículo 12.1, puede procederse al internamiento de urgencia que exige también intervención judicial posterior (artículos 26 y 27)[233].

---

[230] Diário da República- I Série-A, Nº 169-24-7-1998 páginas 3544 a 3550

[231] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, páginas 123 a 130.

[232] En Portugal todavía existen seis hospitales psiquiátricos tradicionales; Hospital Conde de Ferreira y Hospital de Magalhaes Lemos, en Oporto; Hospital Sobral Cid y Hospital de Lorvao, en Coimbra; Hospital Miguel Bombarda y Hospital Júlio de Matos, en Lisboa.

[233] Un comentario amplio de la ley puede encontrarse en Latas, António Joao/Vieira, Fernando. *Notas e comentários à Ley de Saúde Mental.* Coimbra Editora, 2004.

La nueva regulación no ha estado exenta de algunas críticas, particularmente en la excesiva judicialización que entraña y la lentitud del procedimiento ordinario. Por otro lado, las carencias de recursos no han dejado de pasar factura a la aplicación de la nueva norma [234].

Para finalizar señalaremos que un nuevo plan de salud mental se está preparando en el contexto del Plan Nacional de Salud 2004-2010. La OMS señala que el país gasta el 2'3% de su presupuesto de sanidad en salud mental y dispone de un número de 4'7 psiquiatras por 100.000 habitantes y un número total de camas psiquiátricas de 7'5 por 10.000 habitantes para una población de alrededor de diez millones de habitantes [235].

2.7. España

En las décadas de los 60 y 70 se produce un cierto movimiento de reforma en el seno de los servicios psiquiátricos de las Diputaciones Provinciales. Por ejemplo, en Asturias, en 1963 se planteó la necesidad de reformar el hospital psiquiátrico de Oviedo, entregando su dirección al psiquiatra Jose-Luis MONTOYA RICO [236] o en Orense, en el Sanatorio Psiquiátrico de Toén, bajo la dirección de Manuel CABALEIRO GOÁS [237]. Surgieron diversos conflictos en los hospitales psiquiátricos de Oviedo, Clínica Psiquiátrica de la Ciudad Sanitaria Francisco Franco de Madrid y el Instituto Mental de la Santa Cruz de Barcelona que fueron objeto de debate en la asamblea administrativa de la Asociación Española de Neuropsiquiatría celebrada en Benalmádena en 1971. De allí surgió un organismo que trató de aglutinar el movimiento de contestación a la psiquiatría tradicional y de luchar contra la desidia en la asistencia psiquiátrica que se denominó «coordinadora psiquiátrica». Los conflictos en hospitales psiquiátricos fueron ocupando un lugar importante en las actividades de la asociación en los 70 y pronto se convirtió en el tema central surgiendo importantes tensiones en la Asociación que cristalizaron en el Congreso de Valladolid de 1973. El grupo progresista logró, finalmente, en el Congreso de Sevilla de 1977, acceder a la Dirección de la Asociación, con la presidencia Valentín CORCÉS y la vicepresidencia de Enrique GONZÁLEZ DURO, comenzando una importante actividad de reuniones debates y proyectos [238].

---

[234] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, páginas 123 a 130.

[235] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 380 y 381

[236] Montoya Rico, Jose-Luis. «Reorganización y reestructuración de un hospital psiquiátrico. Nuestra experiencia actual en el hospital psiquiátrico de Oviedo». En VV.AA. *La asistencia del enfermo mental.* Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica. Madrid, 1967, páginas 37 a 44.

[237] Cabaleiro Goás, Manuel. Memoria sobre la organización de un «área piloto» de asistencia psiquiátrica en la provincia de Orense patrocinada por la Organización Mundial de la Salud y la Excma. Diputación Provincial de Orense.

[238] Lázaro, José «Historia de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (1924-1999)». Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 2000, vol. XX, nº 75, páginas 397 a 515 (particularmente páginas 473 y ss.).

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

También comenzaron a surgir contactos en el plano internacional. BASAGLIA fue invitado en 1971 a pronunciar su primera conferencia en España y se establecieron los primeros contactos con psiquiatras españoles dentro de lo que se denominaría «el grupo internacional del mapa de la vergüenza» [239], con el objetivo de documentar y denunciar la psiquiatría y sus servicios en Francia, Portugal, Alemania, Italia y España, de la que formaron parte, entre otros, el propio BASAGLIA, italianos como Mª Grazia GIANICHEDDA, franceses como Robert CASTEL, el alemán Erich WULF y los españoles Alicia ROIG y Ramón GARCÍA. Muchas otras personas mantuvieron contactos con el citado grupo como el francés Michel FOUCAULT, Félix GUATTARI, el italiano Agostino PIRELLA, el inglés David COOPER o el español Valentín CORCES. Comenzó así un nutrido debate sobre los temas psiquiátricos en los años 70. Posteriormente, el grupo fue absorbido por lo que sería la Red Internacional de Alternativas a la Psiquiatría [240]. También es de destacar el contacto de la Asociación Española de Neuropsiquiatría con el colectivo italiano *psiquiatria democratica*. [241]

El período democrático abierto tras la Constitución de 1978, supuso un cambio progresivo. Del nuevo período podemos subrayar los siguientes extremos: 1) la desaparición del antiguo sistema de beneficencia y la creación de un verdadero

---

[239] García, Ramón. *Historia de una ruptura. El ayer y el hoy de la psiquiatría española.* Virus Editorial. Barcelona, 1995. Página 45; Obiols, Juan. *Psiquiatría y antipsiquiatría.* Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1973, páginas 75 y ss.

[240] La denominada «Red Internacional de alternativas a la Psiquiatría» *(Réseau International d'alternative a la Psychiatrie),* se creó como instancia europea de coordinación en enero de 1975 en Bruselas comprendiendo a grupos, asociaciones, técnicos, familias y usuarios de los servicios de salud mental. Principios que han guiado la posición de este movimiento pueden centrarse en la potenciación de las estructuras de curación, superando las anteriormente elaboradas sobre el principio de custodia en psiquiatría; potenciación de la política de intervención rehabilitadora y reintegradora en contra de la política de exclusión, marginación e internamiento; sostén de la política de intervención en contra del abandono de los enfermos sin caer en la lógica de violencia (custodia-segregación); exigencia de una forma de respeto de los derechos de las personas a su curación, así como el derecho a su contractualidad social, articulando formas de garantía para los pacientes; homogeneización de la legislación y de la política social en el sector, en el nivel de los textos legislativos más modernos y avanzados (La declaración de principios de la Red puede consultarse en la obra de Cooper, David. *El lenguaje de la locura.* Editorial Ariel, Barcelona, 1979, páginas 183 a 190; de interés también el documento «Recomendaciones al Parlamento Europeo», recogido en la Revista de la A.E.N. nº 9, enero/abril de 1984, página 135 y ss.)

[241] Lázaro, José. *Op. cit.*, páginas 495. El autor señala que, por regla general, la Asociación ha mantenido una actitud demandante y crítica ante los sucesivos gestores sanitarios. El punto de máxima convergencia entre la Asociación y la Administración se produjo en los primeros años del período socialista (páginas 492 y 493). Desde una perspectiva crítica, Ramón García subraya la ruptura de la Asociación con el pensamiento crítico (*op. cit.*, páginas 103 y ss.). La asociación no es sólo una asociación de médicos psiquiatras sino que abarca psicólogos y otros profesionales (psicoanalistas, enfermeros, asistentes sociales, auxiliares…). Lázaro concluye señalando que la Asociación ya no engloba a la práctica totalidad de los psiquiatras del país, como ocurría en 1930 o 1960, sino a una cuarta parte, los más identificados con la reforma asistencial de la red sanitaria pública, con el trabajo en equipos de salud mental, con los aspectos sociales y psicoterapéuticos de la práctica clínica. En cambio, los que mantienen una actividad más académica, una orientación más organicista o una identidad profesional más estrictamente médica optan por otras organizaciones científicas, como la Sociedad Española de Psiquiatría (fundada en 1958) y la de Psiquiatría Biológica. Las relaciones entre la AEN y las otras sociedades psiquiátricas ya no tienen la hostilidad de los momentos más tensos. Desaparecida la Liga Española de Higiene Mental, el autor concluye que la Asociación ha asumido gran parte de sus funciones originales (páginas 506 y 507).

sistema de servicios sociales[242]. 2) la modificación del Código Civil en materia de incapacidad y tutela por la Ley 13/1983 de 24 de octubre[243]. 3) la intervención judicial en los internamientos involuntarios con la nueva redacción del artículo 211 del Código Civil y la derogación del Decreto de 31 de julio de 1931; 4) la reforma sanitaria llevada a cabo por la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad; 5) un amplio desarrollo de las materias relativas a las minusvalías psíquicas en todos los aspectos: la educación especial, el matrimonio, la esterilización, ayudas económicas, desarrollo de centros, etc., en el que puede señalarse como eje fundamental la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos; 6) el progresivo avance del movimiento asociativo en el ámbito de los usuarios de los servicios de salud mental y sus familias, representado por la creación en 1983 de la F.E.A.F.E.S. (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental).

En el ámbito propiamente sanitario, por Orden de 27 de julio de 1983, se creó una *Comisión de Expertos para la Reforma Psiquiátrica* que elaboró un informe que presenta las características del modelo y las estrategias para su implantación. Esta comisión de rango ministerial formada por psiquiatras de esquemas teóricos diferentes emitió un informe en 1985[244].

En dicho informe se contienen, a juicio del psiquiatra CORCES PANDO[245], los elementos del modelo psiquiátrico español. Se destacan los siguientes: 1) ámbito territorial definido y participación de los diversos agentes comunitarios; 2) potenciación de las acciones de protección de la salud mental y atención psiquiátrica dentro del entorno social propio de la población en riesgo; 3) desarrollo de programas de rehabilitación para el enfermo mental y establecimiento de unas condiciones mínimas para el mismo en todos los casos (incluyendo al enfermo crónico y los pacientes institucionalizados); 4) reducción de las necesidades de hospitalización por causas psíquicas y, por tanto, la reducción progresiva del

---

[242] Almansa Pastor diferencia entre servicios sociales de la Seguridad Social y externos al sistema. Nos referimos fundamentalmente a la acepción de servicio social ajeno a la Seguridad Social en cuanto instrumento de política social dirigida primordialmente a paliar los desequilibrios que derivan del progreso económico, a fin de conseguir la adaptación social de los individuos y grupos. La aparición y profusión de servicios sociales organizativos tiene lugar al finalizar la Segunda Guerra Mundial, espoleados por la apremiante exigencia de la reconstrucción social posbélica. Tal ha sido una de las preocupaciones esenciales del Consejo Económico y Social de la ONU. Un grupo de expertos de este organismo internacional concibió en 1959 el servicio como *actividad organizada cuyo objeto consiste en contribuir a una adaptación mutua entre los individuos y su medio social (Derecho de la Seguridad Social*. 6º Edición. Madrid, 1989, página 527).

[243] Respecto a la citada reforma, es necesario citar como antecedente el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código civil relativos a la tutela* (Madrid, 1977), que, realizado por los profesores Diez-Picazo, Bercovitz, Rogel, Cabanillas y Cafarena, fue patrocinado por el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales y por el Patronato de ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea.

[244] Ministerio de Sanidad y Consumo. *Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica,* abril de 1985.

[245] Corces Pando, Valentín., «Marco General de la Reforma Psiquiátrica en España» en *Curso sobre internamientos psiquiátricos* organizado por la Fiscalía General del Estado en Córdoba los días 16, 17 y 18 de marzo de 1992.

número total de camas; 5) incremento de las posibilidades de externación de la población hospitalizada mediante el desarrollo de programas interdisciplinares de rehabilitación y reinserción social que faciliten su vuelta al medio sociofamiliar o su integración en los nuevos recursos sociales y sociosanitarios con que se vaya dotando la sociedad para la protección y soporte de estas personas; 6) formación y reciclaje de los profesionales movilizando los recursos humanos y orientándolos hacia otras actividades y unidades asistenciales.

Todo ello dio lugar a que la *Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad* incluyera un capítulo (el III, artículo 20) dedicado a la salud mental cuyas principales novedades respecto a la normativa anterior fueron: 1) la plena integración de los servicios psiquiátricos en el sistema sanitario general; 2) la atención en el ámbito comunitario mediante la potenciación de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y de los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio para reducir al máximo posible la necesidad de hospitalización: 3) la realización de la hospitalización en las Unidades Psiquiátricas de los Hospitales Generales; 4) el desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas de las personas con enfermedad mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

Por último, la Disposición Transitoria Primera número 1 de la Ley expresaba:

> Las Corporaciones Locales que en la actualidad disponen de servicios y establecimientos sanitarios que lleven a cabo actuaciones que en la presente Ley se adscriban a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, establecerán de mutuo acuerdo con los Gobiernos de las Comunidades Autónomas un proceso de transferencia de los mismos.

Desaparecía así, en principio, el sistema creado por la base 15 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 que aprueba las bases para la organización general de la Sanidad.

Una evaluación del impacto de la reforma sanitaria sería parcial puesto que cada Comunidad Autónoma ha tenido un proceso diferente. Ahora bien, las innumerables quejas sostenidas por las familias de las personas con enfermedad mental ante el Defensor del Pueblo (nacional y autonómicos) dejan bien claro que la reforma no se ha cerrado y existen problemas idénticos a los surgidos en los restantes países que realizaron con anterioridad procesos de desinstitucionalización[246]. En términos generales, la orientación era positiva. Los problemas consistieron en que la norma se empezó a aplicar sin la creación previa de las estructuras intermedias y de forma no uniforme en las diferentes Comunidades Autónomas, con problemas de coordinación en cuanto a la asunción del coste

[246] Una visión de la reforma psiquiátrica en el Principado de Asturias, Comunidad Andaluza y Comunidad de Madrid, puede verse en la obra *La psiquiatría en la España de fin de siglo* de García Gonzalez, José, Espino Granado, Antonio/Lara Palma, Ladislao. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid 1998.

entre las diferentes Administraciones territoriales y delimitación del sistema de servicios sociales con el sanitario[247].

El Observatorio Sanitario del Sistema Nacional de Salud emitió un Informe de Situación de Salud Mental en octubre de 2002[248] que subrayaba el ritmo desigual de las distintas Comunidades Autónomas en el proceso de reforma; las deficiencias de los centros de salud mental en cuanto al adecuado ratio de profesionales e integración en la red sanitaria general; la falta de clarificación del espacio socio-sanitario en relación con la problemática específica de los pacientes con necesidades crónicas; la falta de coordinación con la red sanitaria general; los numerosos defectos en lo concerniente a los sistemas de obtención, registro y evaluación de la información que dificultan el conocimiento adecuado de la demanda y de la respuesta de los sistemas; la práctica ausencia de cartera de servicios en materia de salud mental; la variabilidad en los programas o proyectos piloto de cada Comunidad y la carencia relativa de recursos en alguno de los elementos de la red en prácticamente todas las Comunidades, aunque en algunas de ellas se acompaña un desajuste de recursos entre diferentes dispositivos de la red, revelando las dificultades que conlleva una adecuación de los recursos, por un lado a las disponibilidades de la Comunidad y, por otro, a la evolución de la demanda y de los criterios de calidad asistencial.

La OMS señala que no tienen datos globales disponibles sobre el gasto en salud mental en España. El número total de psiquiatras por 100.000 habitantes asciende a 3'6 y el número total de camas psiquiátricas por 10.000 habitantes a 4'4 para una población de alrededor de 41 millones de habitantes[249].

---

[247] Ampliamente se refiere a estas cuestiones el informe del Defensor del Pueblo *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España,* Madrid, 1991. Espinosa Iborra, citando a Basaglia, señala que la «función asistencial ha sido delegada en los nuevos servicios sociales, a mucho menor coste, por no precisar tanto personal ni que este sea cualificado. Servicios sociales que no estaban preparados para asumir sus nuevas competencias de modo que no es raro que sigan rechazando a toda persona que haya pasado antes por algún servicio psiquiátrico. Y, en cualquier caso, la mayoría de esos nuevos espacios no está contemplado para enfermos mentales, con lo cual no es extraño que sean las familias las que hayan tenido que cargar con buena parte del peso de la reforma, entrando en colisión sus derechos con los derechos del propio enfermo. Muchas de ellas, enfrentadas al criterio de los técnicos, son las que pululan con frecuencia por Fiscalías o Juzgados, intentando una solución forzada a su demanda de mayor tiempo de internamiento. De ahí el riesgo de que la generalización de los derechos se transforme en conflicto entre los titulares de estos derechos, si la institución pública no se hace cargo de hacerlos compatibles». (Espinosa Iborra, Julián. *El sistema sanitario de atención al enfermo mental.* En *Salud Mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho civil y penal. La peligrosidad.* Consejo General del Poder Judicial. 1994, páginas 102 y 103).

[248] Ministerio de Sanidad y Consumo. Observatorio del Sistema Nacional de Salud. *Informe de situación de salud mental.* Madrid, octubre de 2002.

[249] World Health Organization. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005. Páginas 435 a 437

3. LAS CAUSAS

Según la Organización Mundial de la Salud, el cambio de paradigma en la atención de salud mental que se produjo durante la segunda mitad del siglo XX se originó, principalmente, a causa de tres factores independientes[250]:

a) En primer lugar, la psicofarmacología hizo grandes progresos con el descubrimiento de nuevas clases de fármacos, en particular, neurolépticos y antidepresivos, y se desarrollaron nuevas formas de intervención psicosocial.
b) En segundo lugar, el movimiento de derechos humanos se convirtió en un fenómeno de auténtico alcance internacional bajo el patrocinio de las Naciones Unidas, recién establecidas, y la democracia progresó a escala mundial.
c) En tercer lugar, la recién creada Organización Mundial de la Salud (OMS, 1948) incorporó de forma inequívoca un componente mental en su definición del concepto de salud.

La combinación de esos acontecimientos ha impulsado el abandono progresivo de la atención en grandes instituciones custodiales a favor de una atención comunitaria más abierta y flexible.

Aceptando esta explicación, dada la estructura del presente trabajo, los aspectos relacionados con el tratamiento se estudiarán en la parte dedicada a los elementos básicos del denominado «tratamiento ambulatorio involuntario»; lo concerniente a la evolución de los derechos humanos, en el análisis preliminar de la evolución de las formas jurídicas; por último, no sólo la definición de salud de la OMS sino sus recomendaciones y estudios guiarán las restantes partes del presente trabajo.

4. LAS CORRIENTES CRÍTICAS

Las transformaciones y el cambio que hemos examinado en los epígrafes anteriores fueron precedidos de un período de fuertes críticas al sistema de atención a la salud mental. Dichas críticas no sólo permanecieron en un ámbito estrictamente psiquiátrico sino que trascendieron al cuerpo social desde distintas perspectivas como las sociológicas, las jurídicas y la de los propios medios de comunicación. ¿Quién no recuerda la película de Milos Forman «Alguien voló sobre el nido del cuco»?, por ejemplo.

De una forma simplista y criticable, estas corrientes críticas fueron denominadas «antipsiquiatría». El origen de ellas se encuentra en Gran Bretaña con la obra de

[250] Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre la salud en el mundo; Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas, 2001, página 49.*

Ronald David LAING, David COOPER y Aaron ESTERSON, siendo el segundo de ellos quien acuñó esta denominación en su obra *Psychiatry and Anti-Psychiatry* (1967). Sin embargo, otros grupos surgidos en las restantes naciones fueron agrupándose bajo esta denominación. Aunque sus postulados no fueron ni son homogéneos, puede afirmarse que fueron dos elementos los que motivaron su aparición[251]:

a) Las actitudes conceptuales que planteaban dudas sobre la vigencia del modelo médico de la psiquiatría y que concebían la locura como producto sociogenético.
b) Las deficiencias asistenciales de las instituciones psiquiátricas, que planteaban la urgente necesidad de modificar esta asistencia acabando con el manicomio-asilo, auténtico productor de trastornos irreversibles.

Puede afirmarse, con VALLEJO-RUILOBA, que la intensidad de la discusión de los años 70 se ha diluido y que las reivindicaciones lógicas de esta corriente (modernización y humanización de los hospitales psiquiátricos, estructuración de la asistencia, protección de los derechos del enfermo mental, creación de estructuras intermedias…) han sido asumidas por la Psiquiatría y las Administraciones Públicas, aunque el desarrollo sea desigual[252].

Desde nuestra perspectiva, sin embargo, estas teorías cobran de nuevo cierta vigencia. Gran parte de las críticas que ha recibido el tratamiento ambulatorio involuntario proceden del movimiento antipsiquiátrico. Por ello, es necesario hacer un pequeño estudio de estas teorías y de los movimientos que actualmente se basan en ellas.

Hemos preferido renunciar a las clasificaciones y realizar un análisis por autores. Naturalmente, es imposible abarcar todo el elenco de los que integraron el movimiento. A algunos de ellos, como BASAGLIA, ya hemos hecho referencia en epígrafes anteriores. La selección es, a nuestro juicio, suficientemente representativa sin perjuicio de que existan otros muchos cuyo análisis sea imposible aquí[253].

4.1. Los sociólogos Erving GOFFMANN y Thomas J. SCHEFF

La obra de Erving GOFFMAN (1922-1982) *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (1961) es, con toda seguridad, uno de los precedentes más importantes de las corrientes críticas[254]. Como el propio

---

[251] Obiols, Juan. *Op. cit.*, página 29

[252] Vallejo Ruiloba, Julio. *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría.* 4ª Edición. Editorial Masson. Barcelona, 1998, página 20

[253] Por ejemplo, Agostino Pirella, Giovanni Jervis, Giovanni Berlinguer, en Italia; Maud Mannoni, Roger Gentis, Gilles Deleuze, en Francia; Ramón García, en España…

[254] La obra de Goffman no está, ni mucho menos, limitada al ámbito de lo psiquiátrico. De menor importancia en este campo es su análisis sobre el estigma, es decir, *la situación del individuo inhabilitado para una plena*

autor expone en el prefacio de la obra, entre 1955 y 1956 realizó un año de trabajo de campo, en una investigación amparada por el *National Institute of Mental Health,* en el Hospital St. Elizabeth de Washington, institución federal que contaba con más de 7.000 internos. El objetivo era tratar de aprender algo sobre el mundo social de los pacientes hospitalizados según ellos mismos lo experimentaban subjetivamente. La forma de realizarlo consistió en someterse personalmente a la rutina diaria de las contingencias de los internos procurando una aproximación diferente a la de los restantes ensayos que, hasta entonces, se habían realizado sobre esta materia, escritos desde el punto de vista del psiquiatra. El propio autor expresaba, respecto a los límites de su investigación, que, probablemente, su punto de vista correspondía demasiado al hombre de clase media, que quizá sufrió más, sustitutivamente, ciertas situaciones, que los pacientes de clase baja expuestos a ellas y que, a diferencia de algunos pacientes, no le inspiraba gran respeto la disciplina psiquiátrica ni las instituciones que se limitaban a su práctica consuetudinaria [255].

Para GOFFMAN, el hospital psiquiátrico era un tipo de «institución total». La definición del concepto es la siguiente [256]:

> Un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente.

El autor las clasificó en cinco grupos, aunque matizó que la clasificación no era precisa, exhaustiva, ni tampoco para su inmediata aplicación analítica; no obstante, aportaba una definición puramente denotativa de la categoría, como punto de partida concreto [257]:

1) Instituciones erigidas para cuidar de las personas que parecen ser a la vez incapaces e inofensivas (hogares para invidentes, ancianos, huérfanos e indigentes).
2) Instituciones erigidas para cuidar de aquellas personas que, incapaces de cuidarse por sí mismas, constituyen además, una amenaza involuntaria para la comunidad (hospitales de enfermos infecciosos, los hospitales psiquiátricos y los leprosarios).
3) Instituciones erigidas para proteger a la comunidad contra quienes constituyen intencionalmente un peligro para ella y que no se proponen como finalidad inmediata el bienestar de los reclusos (las cárceles, los presidios, los campos de trabajo y de concentración).

---

aceptación social. En este trabajo hará también referencia a la situación de las personas con enfermedad mental. *(Estigma. La identidad deteriorada.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1989).

[255] GOFFMAN, Irving. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales.* Ed. Amorrortu. Buenos Aires, 1992, páginas 9 a 11.

[256] *Op. cit.,* página 13

[257] *Op. cit.,* páginas 18 y 19

4) Instituciones deliberadamente destinadas al mejor cumplimiento de una tarea de carácter laboral, y que solo se justifican por estos fundamentos instrumentales (los cuarteles, los barcos, las escuelas de internos, los campos de trabajo, diversos tipos de colonias y las mansiones señoriales desde el punto de vista de los que viven en las dependencias de servicio).
5) Instituciones concebidas como refugios del mundo, aunque con frecuencia sirven también para la formación de religiosos: entre ellos las abadías, monasterios, conventos y otros claustros.

La obra está formada por cuatro ensayos que abarcan las características de las instituciones totales, los efectos de la institucionalización sobre las relaciones sociales de los internos antes y después del ingreso, la adhesión que se espera del individuo a la actividad y fines del establecimiento y la forma en que los internos se ajustan a los mismos (bien cooperando o bien apartándose de ese rol). Voy a centrarme únicamente en el último de los ensayos en el que el autor analiza las características fundamentales que separaban al hospital psiquiátrico de los servicios médicos ordinarios. Muy resumidamente, eran:

- Se trataba de una red destinada a dar alojamiento a varias categorías de personas socialmente perturbadoras [258].
- El carácter generalmente involuntario que tenía el ingreso en un hospital psiquiátrico [259].
- A diferencia de la mayor parte de la hospitalización médica, la estadía en el hospital psiquiátrico era demasiado prolongada y sus efectos demasiado estigmatizantes para que el individuo tuviera un apacible regreso al lugar social de donde partió [260].
- El problema de acomodar la actitud del paciente a la sociedad, se confundía con el problema de acomodar su actitud a la reclusión involuntaria. La vida del paciente se regulaba y ordenaba conforme a un régimen de disciplina elaborado para que un personal reducido manejase una gran cantidad de internos involuntarios. El personaje clave dentro de este régimen resultaba ser el asistente que era quien informaba al interno sobre los castigos y las recompensas que habían de regular su vida, y quien obtendría la autorización médica necesaria para imponer penas y conceder privilegios [261].
- Se establecía un nexo entre dos aspectos de la situación: ser declarado enfermo o sano y estar dentro o fuera del hospital [262].

[258] *Op. cit.,* página 348
[259] *Op. cit.,* página 349
[260] *Op. cit.,* página 350
[261] *Op. cit.,* página 355
[262] *Op. cit.,* página 371

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

En 1966, Thomas J. SCHEFF publicó la primera edición de su obra *Being Mentally Ill.* En el mencionado trabajo se propuso la formulación de una teoría sociológica para la comprensión de la enfermedad mental crónica[263]. SCHEFF estimaba que todavía no existía, en la época de la publicación, un cuerpo de conocimiento riguroso sobre los trastornos mentales[264] y no va a partir por ello del modelo médico (desarrollo de una enfermedad) sino de una perspectiva sociológica de análisis de los síntomas psiquiátricos que considere dos aspectos: la transgresión de las reglas (vulneración de las normas aceptadas socialmente) y la desviación[265]. SCHEFF partirá de la idea de que los síntomas psiquiátricos son casos de desviación residual.

A partir de estas primeras ideas, SCHEFF formulará un conjunto de proposiciones. La primera de ellas estima que la transgresión de las reglas residuales surge de fuentes diversas (orgánicas, psicológicas, estrés externo y actos volitivos de innovación o desafío)[266]. La segunda estima que la incidencia de enfermedades mentales tratadas es muy inferior a la de transgresiones de reglas residuales[267], dicho de otra manera, la mayoría de los casos de enfermedad mental nunca reciben atención médica. En tercer lugar, la mayoría de transgresiones de las reglas residuales no se reconocen o se pretende buscar una explicación racional a las mismas y aquí es donde el autor cuestiona el momento en que surgen las condiciones para que se estabilice la transgresión y una situación se defina como prueba de enfermedad mental, ubicando al transgresor en un status desviado[268].

A diferencia de SZASZ, SCHEFF no considera el juego de roles como un sistema individual de conducta sino que estima que el individuo juega su rol articulando su conducta con las señales y acciones de otras personas implicadas en su relación[269]. El público presenta una serie de imágenes preconcebidas sobre el trastorno mental que se aprenden desde la niñez[270], arquetipos que son distintos a los conceptos médicos y que son reforzados de forma habitual e inconsciente en la interacción social corriente, hecho que puede demostrarse en la visión que presentan los medios de comunicación[271]. En muchos casos la transgresión pasa desapercibida o es transitoria pero, en un pequeño porcentaje, la reacción de la sociedad se exagera y distorsiona, pauta que el autor denomina «rotulación» (*labeling*)[272]. Según SCHEFF la transgresión se vuelve uniforme y estable mediante los procesos sociales que mantienen el status de insano, alcanzando su culmina-

---

[263] SCHEFF, Thomas J. *El rol de enfermo mental.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1970. Página 11
[264] *Op. cit.*, página 15
[265] *Op. cit.*, página 35
[266] *Op. cit.*, página 43
[267] *Op. cit.*, página 49
[268] *Op. cit.*, páginas 53 a 55
[269] *Op. cit.*, página 57
[270] *Op. cit.*, página 64
[271] *Op. cit.*, páginas 67 y ss
[272] A mi juicio sería más correcta la traducción de «etiquetamiento» que se corresponde con una teoría sociológica que parte de la escuela de Chicago.

ción cuando el individuo desviado acepta dicho rol como marco para organizar su propia conducta [273].

De hecho, a las personas que aceptan dicho rol se les recompensa, no sólo por el estamento médico sino también, incluso, por otros pacientes y reciben sanciones sociales cuando intentan regresar a roles convencionales. De hecho, el propio transgresor de las reglas cuando recibe públicamente el cartel de desviado puede aceptar como única alternativa la aceptación de este rol [274]. Todo lo anterior conduce a la última proposición y más importante: «la rotulación es la causa más importante de las carreras de desviación residual» [275]. Si la transgresión no se convierte en motivo para ocupar el rol de enfermo, no se producirá una carrera desviada. Son varios los factores que pueden incidir en lo anterior como el grado, la frecuencia y la visibilidad de la transgresión, o el poder del transgresor y la distancia social entre este y los agentes encargados del control social y, finalmente, el nivel de tolerancia de la comunidad y de la disponibilidad de roles alternativos no desviados en la cultura de la comunidad [276]. Hay una interrelación recíproca entre el transgresor y la sociedad de forma que cuando más se identifica este con su papel, más la sociedad lo identifica con el mismo, en un círculo vicioso.

El propio SCHEFF reconoce que la prueba ofrecida como apoyo de la teoría es irregular y fragmentaria pero puede servir como inicio de posteriores trabajos que permitan seguir caminos distintos a los seguidos hasta ahora para el análisis del trastorno mental. [277] Junto con la teoría, SCHEFF entra en una parte práctica en la que estima que, a diferencia del campo legal, las decisiones en medicina entienden que, en caso de duda, es preferible sospechar la existencia de enfermedad [278]. La idea parte de los presupuestos de que, desde el punto de vista convencional del médico, es preferible aceptar esta posición que la contraria dado que no se ocasiona daños irreparables y que es necesario agotar todas las posibilidades para averiguar si existe o no la enfermedad. Sin embargo, parece que esta posición se está cuestionando en psiquiatría debido a que la consideración de enfermo mental produce un problema relativo al status social del individuo que aproxima al médico al juez a la hora de dar un fallo legal.

El diagnóstico organiza y activa la reacción de la sociedad y permite la segregación y aislamiento de quienes son así considerados [279]. SCHEFF demuestra como los procesos judiciales son estereotipados y las funciones de los tutores *ad litem* ciertamente dejaban mucho que desear, estimando que, tras un examen de 116 audiencias judiciales, las evidencias solían ser arbitrarias, en algunos casos sin prueba, generalmente se tendía a prejuzgar y los exámenes se caracterizaban por

[273] *Op. cit.*, página 81 y 82
[274] *Op. cit.*, página 85
[275] *Op. cit.*, página 89
[276] *Op. cit.*, página 93
[277] *Op. cit.*, página 97
[278] *Op. cit.*, página 104 y 105
[279] *Op. cit.*, página 121

el descuido y el apresuramiento, girando la mayoría de las preguntas sobre las circunstancias que determinaron la hospitalización y sobre el grado de orientación y pensamiento abstracto, realizándose de forma muy rápida y sin dejar tiempo prácticamente a los pacientes para contestarlas, siendo las interpretaciones de las respuestas francamente discutibles [280].

SCHEFF considera que las doctrinas acerca del peligro para sí o para los demás, el tratamiento temprano y la evitación del estigma se invocaban en parte porque los funcionarios creían en su validez y en parte porque justificaban en forma adecuada una política preexistente de acción sumaria, investigación mínima, evitación de la responsabilidad y, una vez que el paciente se hallaba en el hospital, de indecisión y demoras. Concluye señalando: [281]

> La presunción de enfermedad es, probablemente, causa y efecto de la presión política que la comunidad ejerce sobre el tribunal. El juez —funcionario elegido por votación— corre el riesgo de que lo censuren con mayor severidad por dar el alta erróneamente que por mantener internados injustamente a los pacientes.

Por último, señalar que SCHEFF estima que se puede considerar que existe una barrera de status entre las personas llamadas sanas y las que presentan trastorno mental, definiendo el status como conjunto de derechos y deberes que se dan por sentados al ciudadano corriente [282].

La segunda edición de 1984 no difirió sustancialmente de la primera. La tercera edición (1999) sí que ha recogido cambios [283]. El autor reconoce que la teoría original, aunque limitada a ser una teoría contestataria, tuvo su auge en los años 70 y su peso cayó en la década de los 80 y principios de los 90. Las razones fundamentales de su declive fueron, principalmente, el auge de las teorías biológicas en psiquiatría y las críticas de GOVE sobre la carencia de estudios empíricos que corroboraran la teoría [284]. En el primer apartado del trabajo hace una revisión de las teorías biológicas estimando que, sin pretender que las restantes teorías deban ser reemplazadas por la suya, el comportamiento humano es un problema mucho más amplio y abarca más factores [285]. SCHEFF incidirá en la teoría del control social del comportamiento desviado a la hora de definir la «rotulación» [286]. Hará especial hincapié en los factores emocionales y relacionales. Por último, reseñará el impacto que tuvo la edición de 1966 en el cambio legislativo que se produjo en California (Lanterman-Petris-Short Act) que supuso una nueva generación de leyes en el conjunto de los Estados Unidos [287].

---

[280] *Op. cit.*, página 122 y ss
[281] *Op. cit.*, página 142
[282] *Op. cit.*, página 172 y 173
[283] SCHEFF, Thomas J. *Being Mentally Ill. A sociological Theory (Third Edition). Aldine de Gruyter. New York, 1999.*
[284] *Op. cit.* Preface página X y XI.
[285] *Op. cit.*, página 16
[286] *Op. cit.*, página 50 y 51
[287] *Op. cit.*, Appendix, páginas 201 y 202

4.2. Ronald David LAING y David COOPER

Ronald David LAING (1927-1989) se licenció en Medicina y Psiquiatría en 1951. Trabajó como psiquiatra en el ejército entre 1951 y 1953 y completó sus estudios en el Royal Mental Hospital de Glasgow desde 1956 hasta 1960, mientras se dedicaba a la investigación en la clínica Tavistock. A partir de 1960 y hasta su muerte fue investigador del Instituto Tavistock de Relaciones Humanas, ejerciendo también la medicina privada en Londres.

Las facetas de su vida personal tuvieron claro reflejo en su obra. Su tensa relación con su madre, un ambiente infantil opresivo, el fracaso de su primer matrimonio y las malas relaciones con los hijos de su primer matrimonio influenciaron sus escritos sobre la familia. Su orientación filosófica existencialista le hizo percibir la importancia de la experiencia vivida como factor capital, la búsqueda del sentido, autenticidad o trascendencia como necesidad humana, y que los determinantes primarios de la conducta no residían en el pasado de la persona o en los procesos biológicos sino en sus circunstancias ambientales y su forma de afrontar el futuro. De remarcar también sus experiencias místicas de marcado signo oriental, la influencia del yoga y de la experimentación con las drogas.

LAING no tuvo una trayectoria homogénea. Pueden reseñarse cuatro teorías sobre la esquizofrenia en la obra de este autor [288]:

1) La primera se desarrollará en su obra más conocida, *The Divided Self* (1960), y consistiría en un síntoma de extrema inseguridad ontológica, que deriva en mecanismos de defensa para mantener el sentido precario de identidad de la persona tales como el recurso a la fantasía y el cultivo deliberado de la ruptura entre la denominada identidad real de la persona y las otras falsas identidades. Esta tesis es fundamentalmente existencialista.
2) La segunda entenderá que es una adaptación a una comunicación desviada dentro de la familia. Inspirada en la obra de Gregory BATESON y el grupo de Palo Alto, esta aproximación también debe mucho a la obra de SARTRE. Este período corresponde a la investigación llevada a cabo con Aaron ESTERSON y plasmada en su conocida obra *Sanity, Madness and the family* (1964). El trabajo se basó en un estudio realizado con más de 100 familias, aunque el libro sólo describe 11. Tavistock le envió a EE.UU. para familiarizarse con el trabajo de BATESON, SHAPIRO, BIDWHISTELL, JACKSON, GOFFMAN y otros sobre las familias de esquizofrénicos. LAING y ESTERSON desarrollaron un método conocido como *fenomenología social* en el cual ellos estudiaban idealmente a cada persona de la familia, las relaciones entre las personas componentes y la familia como un todo o

[288] BURSTON, Daniel. *The Wing of Madness. The life and work of R.D. Laing,* Harvard University Press, 1996, páginas 238 y 239

como sistema. Escogieron pacientes con unas características determinadas: mujeres, entre 15 y 40 años, con inteligencia normal y sin alteraciones orgánicas cerebrales, que tenían al menos un progenitor vivo. LAING aceptó la denominada teoría del «doble vínculo» o «doble lazo» (*double bind*)[289] en la que el individuo recibe un mensaje doble uno de contenido negativo y otro de contenido afirmativo opuesto pero no expreso (mediante gestos, actitudes, etc). Este proceder estimaba que era común en las familias de tipo tradicional y afectaba al equilibrio íntimo del sujeto.

3) La tercera hace referencia a un concepto que toma de la versión griega del nuevo testamento: *metanoia,* que significa expiación. Parte de la idea de que la esquizofrenia es un viaje interior en el cual el individuo intenta curarse regresando a un punto de desarrollo anterior a la emergencia de su falsa identidad. Aparece este concepto por primera vez en unos artículos publicados en 1963.
4) Finalmente, realizó una interpretación de la esquizofrenia como etiqueta que se coloca a ciertas personas y que permite desarrollar sobre ellas una forma de dominación política, permitiendo al psiquiatra investirse de un poder para suspender los derechos ordinarios de los pacientes y sus libertades civiles sometiéndoles a variados tratamientos contra su voluntad. Esta concepción aparece sobre 1966 y, sin duda, está influenciada por los trabajos de GOFFMAN y FOUCAULT, por quienes sentía admiración.

La actitud de LAING hacia la psiquiatría sufrió ciertas transformaciones, pero sin duda desde el primer momento manifestó su rechazo hacia ciertas terapias como el coma insulínico, la terapia electroconvulsiva y la psicocirugía. Admitió, sin embargo, la administración de los psicofármacos siempre que no se realizara coactivamente e informando al paciente de los riesgos que suponía.

Como terapeuta hemos de señalar que sus trabajos fueron altamente polémicos. No vamos a profundizar en la parte final de su vida donde, tras realizar un programa televisivo en 1978 en el que aplicaba las técnicas del *rebirthing* a más de 200 personas, empezó a perder su credibilidad, o su paulatino declive en los años 80 a raíz de su amargo divorcio de su segunda esposa y de su alcoholismo que le llevó a la expulsión de la profesión médica tras la denuncia de un paciente.

Vamos a centrarnos en su trabajo en la *Philadelphia Association* (fundada el 8 de abril de 1965 e integrada por David COOPER, Aaron ESTERSON, Sidney BRISKIN, Clancy SIGAL, Joan CUNNOLD y Raymond BLAKE). LAING y sus asociados fundaron un hogar terapéutico para ayudar a los enfermos agudos a realizar su «viaje interior»[290]. El nuevo centro se instaló en *Kingsley Hall*, en 1965, lugar que con anterioridad había servido de encuentro para pacifistas y que gozaba de una cierta fama. Las bases del tratamiento se fijaban en el respeto de los derechos

[289] Obiols, Juan. *Op. cit.*, páginas 48 y ss.
[290] Burston, Daniel. *Op. cit.*, páginas 77 a 92; Obiols, Juan. *Op. cit.*, páginas 65 a 70.

humanos, la exclusión de las terapias más agresivas y el entusiasmo por las comunidades terapéuticas, basadas en la obra de Maxwell JONES. Sin embargo, las orientaciones de los socios eran discordes lo que motivó, finalmente, su separación. El carisma de LAING dio lugar a que triunfaran sus postulados. El creía en la espontaneidad, lo que denominaba *autorhythmia*. Salvo la sesión matinal de yoga, la jornada ordinaria en *Kingsley Hall* estaba relativamente desestructurada. Fue muy conocida su administración a los pacientes de LSD (actuación que fue realizada en la época por otros psiquiatras como Stanislav GROF o Ewan CAMERON) y su utilización como terapia de la pintura y la danza. Desde el citado centro impulsó numerosas conferencias y pronto se convirtió en un centro de reunión de personas de lo más variado, desde académicos importantes hasta celebridades. El centro cerró el 31 de mayo de 1970. La hostilidad de los vecinos del barrio, los problemas con los asociados y la abierta crítica hacia las terapias manifestada por el rechazo a la utilización del LSD, por su abierto misticismo, por su marcada contradicción en sus teorías sobre el rechazo de la familia a la par que buscaba la creación de la propia con su segunda esposa e incluso la polémica abierta con SZASZ[291] sobre la paciente más famosa del hospital, Mary BARNES (SZASZ realizaba paralelismos de la terapéutica de LAING con la realizada por CHARCOT en el tratamiento de la histeria de sus pacientes, estimando que, como aquél, era agente causante de la enfermedad), junto con el caótico estado de las finanzas del centro fueron las causas del fin. Como señala BURSTON, es difícil evaluar si la experiencia fue o no exitosa. Lo cierto es que el propio Laing observó que las comunidades modeladas sobre principios similares fueron emergiendo en todas partes por lo que se trata de una cuestión abierta[292].

Uno de los colaboradores de LAING y figura carismática dentro del movimiento antipsiquiátrico fue David COOPER (1931-1986). Se conocieron en 1958 y desarrollaron una intensa relación. Ambos mostraban, inicialmente, inclinaciones por el marxismo y el existencialismo pero las inclinaciones de LAING por el marxismo se desvanecieron mientras que las de COOPER se intensificaron lo que fue causa de fricción que condujo al distanciamiento[293]. COOPER rechazó la psiquiatría estimándola una institución opresiva al servicio del capitalismo imperialista. Sus puntos de vista políticos se reflejaron en su obra que, a partir de 1969, se separó abiertamente de la de LAING, que, a su entender, iniciaba un «viaje espiritual»

---

[291] Szasz, Thomas. *Esquizofrenia. El símbolo sagrado de la psiquiatría.* Premia editora de libros S.A. México, 1979. Páginas 49 a 79. En dicho texto calificará a Cooper y a Laing como la «izquierda psiquiátrica» frente a la «derecha psiquiátrica» de Kraepelin y Bleuler aunque *pueden equipararse por sus aparentes antagonismos que esconden sus acuerdos: cada uno está convencido de poseer la absoluta verdad en su posición respectiva y de su derecho, y por supuesto deber, de imponer su voluntad sobre aquéllos que se les resistan –utilizando la fuerza que sea necesaria.* (página 59). Desde esta perspectiva, calificará a *Kingsley Hall* como *el «asilo» de LAING* (página 51).

[292] Burston, Daniel. *Op. cit.*, página 92. Desde el 1 de junio de 1965, hasta el 31 de noviembre de 1968, 6 meses antes del cierre, el centro acogió a 104 residentes oficiales, de los cuales 37 fueron mujeres (página 83).

[293] Burston, Daniel. *Op. cit.*, página 61

mientras él iniciaba un viaje político para unirse a la lucha en América Latina contra el imperialismo [294].

Sus trabajos se centraron en la familia desde un punto mucho más crítico que LAING (*The death of the Family,* Londres, 1971) al estimar que no sólo es causa productora de los estados esquizofrénicos sino que es una institución fracasada en tanto que célula fundamental de la sociedad capitalista que, en la actualidad, carece de sentido, por lo que su descomposición es un hecho [295].

Desde la perspectiva de COOPER, la esquizofrenia no existe, la locura sí que existe. La etiqueta de esquizofrenia se aplica a la amplia mayoría de personas que son consideradas socialmente como locas. La locura se encuentra latente en cada persona como la posibilidad de una desestructuración casi total de las estructuras de existencia normales en vistas a la reestructuración de una forma de existencia menos alienada en un nuevo espacio personal. La persona sólo es considerada socialmente como loca cuando, en algún punto arbitrario, deja de conformarse lo suficiente con las convenciones de la sociedad burguesa, en este momento de la historia es cuando entra en acción el aparato médico. Si el comportamiento desviado es lo bastante oscuro, suficientemente incomprensible y por lo tanto aterrador para las personas normales normalmente se aplica la etiqueta de esquizofrenia. La razón de la exclusión e invalidación de la locura no es puramente médica, ni tampoco estrictamente social, es una razón política. En el siglo XIX, con el total desarrollo del capitalismo europeo, la exclusión y control del loco fueron absolutos y la psiquiatría se desarrolló como una rama de la medicina con todos los poderes especiales del Colegio de Médicos para controlar al loco en nombre del nuevo estado burgués. En el siglo XX este control se ha hecho más intensivo y extensivo que nunca y en especial con muchos «pacientes» que viven fuera de las instituciones [296].

Finalmente, vamos a destacar, por estimarla de interés y servir de modelo para *Kingsley Hall*, una intervención terapéutica desarrollada por COOPER en *Villa 21,* una unidad del *Shenley Hospital*, un hospital de 2.000 camas, experiencia que comenzó en 1962 y se prolongó hasta 1965 [297]. El autor describió esta experiencia en su libro *Psychiatry and Anti-Psychiatry* [298]. Los pacientes eran varones de edades comprendidas entre los 15 y hasta prácticamente los 30. Sobre dos tercios habían sido diagnosticados de esquizofrenia y el resto llevaban las etiquetas de adolescentes con crisis emocionales o trastornos de la personalidad. Se realizó una selección de personal que se centró en la juventud y en la actitud menos

---

[294] Burston, Daniel. *Op. cit.*, página 111

[295] Obiols, Juan. *Op. cit.*, página 63

[296] Cooper, David.»¿Qué es la esquizofrenia?». Artículo contenido en *El lenguaje de la locura.* Editorial Ariel, Barcelona, 1979, páginas 173 a 182.

[297] Burston, Daniel. *Op. cit.*, página 61

[298] Cooper, David. «Villa 21 – an experiment in anti-psychiatry» en *Psychiatry and Anti-Psychiatry.* Tavistock, London, 1967 (el artículo está disponible en Internet, http://www.laingsociety.org/colloquia/inperson/david-cooper/index.htm)

deformada por la institución y más tolerante con las inevitables ansiedades del trabajo con el grupo terapéutico. COOPER rechazaba las formas de violencia institucional, tanto las físicas como las derivadas de la administración indiscriminada de fármacos o la terapia electroconvulsiva. Inicialmente las actividades fueron programadas (reunión diaria, dos grupos terapéuticos, grupos de trabajo y reuniones del personal). Tras el primer año, la vida se organizó sin un plan predeterminado de trabajo, es decir espontáneamente, atenuándose las encorsetadas normas hospitalarias y desapareciendo las rígidas diferencias entre personal y pacientes. La conclusión final del trabajo fue que «si tal unidad debe desarrollarse más, el desarrollo debe tener lugar fuera de los confines de la institución», incluso aunque esta fuera progresista. Especialmente el personal tenía que ser liberado del sistema de dominación jerarquizado y paternalista fundado en las categorías.

4.3. Thomas Stephen SZASZ

SZASZ, estadounidense de origen húngaro, estudió medicina en Cincinnati y psiquiatría en Chicago. En la actualidad desempeña su labor como Profesor de Psiquiatría emérito en la *State University of New York Health Science Center* en Siracusa (EE.UU.)[299]. Su obra representa una importante crítica de las instituciones psiquiátricas y de todas aquellas ideas de enfermedad mental que no tienen en cuenta los factores sociales y culturales que la enmarcan. Conjuntamente con la Iglesia de la Cienciología, cofundó la Comisión Ciudadana de Derechos Humanos (*Citizens Commission on Human Rights*), en 1969, para luchar para lo que estima como crímenes contra los derechos humanos cometidos por los psiquiatras y otros profesionales de la salud mental. Entre sus numerosas publicaciones, de gran difusión en todo el mundo, destacan: *The myth of Mental Illness: Foundations of a Theory of Personal Conduct* (1961) y *The Manufacture of Madness: A Comparative Study of the Inquisition and the Mental Health Movement* (1970). A lo largo del resto de este trabajo volveremos a hablar de algunas posiciones de este autor como crítico.

Vamos a centrarnos ahora en su obra más conocida: *The myth of Mental Illness: Foundations of a Theory of Personal Conduct* (1961)[300]. SZASZ reseña que «no es un libro de psiquiatría, ni tampoco un trabajo referente a la naturaleza del hombre, es un libro acerca de la psiquiatría, en el que indagamos qué hace la gente, pero en particular los psiquiatras y pacientes, en su contacto mutuo»[301]. La obra se

---

[299] Para obtener información completa sobre el autor, puede consultarse la página web *The Thomas Szasz Cybercenter for Liberty and Responsibility* (www.szasz.com). Interesante también es una breve autobiografía incluida en la obra *Szasz under fire*. Edited by Jeffrey A. Schaler. Open Court. Chicago and Lasalle (Illinois), Second Printing, 2005, bajo el título «An Autobiographical Sketch», páginas 1 a 28.

[300] SZASZ, Thomas Stephen. *El mito de la enfermedad mental. Bases para una teoría de la conducta personal.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1994

[301] *Op. cit.*, página 11

divide en dos partes, en la primera analizará el mito de la enfermedad mental, partiendo de la histeria como paradigma de la enfermedad mental. SZASZ sostiene que el error de clasificar la histeria como enfermedad viene derivado del enfoque reduccionista de la conducta personal propio del siglo XIX en el que se creía que toda conducta era un problema de fisiología nerviosa y muscular. El hecho de que no se hubiera descubierto aún una causa física, no era motivo de preocupación: el modelo médico se fundaba en las experiencias con la tuberculosis, la sífilis, y la fiebre tifoidea y, del mismo modo que la ciencia médica descubrió las causas de estas enfermedades, lo mismo ocurriría con la histeria y la enfermedad mental en general. Desde esta perspectiva, el autor sostendrá que la definición de la psiquiatría como especialidad médica dedicada al estudio, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades mentales es inútil y engañosa:

> La enfermedad mental es un mito. Los psiquiatras no se ocupan de las enfermedades mentales y de su terapia. En la práctica enfrentan problemas vitales de orden social, ético y personal. He demostrado que, en la actualidad, la idea de que una persona «tiene una enfermedad mental» es nociva desde el punto de vista científico, pues ofrece apoyo profesional a una racionalización popular, consistente en creer que los problemas vivenciales experimentados y expresados en función de sentimientos o signos corporales —o de otros «síntomas psiquiátricos»— son significativamente similares a las «enfermedades orgánicas». Socava, asimismo, el principio de responsabilidad personal —en el cual se basa, necesariamente, el sistema político democrático—, al atribuir a una fuente externa (es decir, la enfermedad) la culpa por la conducta antisocial[302].

La segunda parte analizará los fundamentos de una teoría del comportamiento personal. SZASZ estima que la enfermedad mental debe redefinirse de modo que se la pueda incluir en la categoría general de las ciencias humanas. La psiquiatría tiene mucho en común con las ciencias que se dedican a estudiar los lenguajes y las formas de comunicación. La psicopatología debe concebirse en función de las relaciones objetales, la utilización de signos, el acatamiento de reglas, los roles sociales y la participación en un juego. En cuanto a la psicoterapia es necesario sistematizarla como una teoría de las relaciones humanas que implique ordenamientos sociales específicos y fomente determinados valores y tipos de aprendizaje. La histeria o cualquier enfermedad mental no se expresa por medio del lenguaje verbal ordinario sino a través de un lenguaje indirecto (que denominará *protolenguaje*, inferior para propósitos puramente cognitivos pero superior para establecer una comunicación afectiva). SZASZ considera que el modelo de los juegos es el que ofrece posibilidades más amplias para trazar el diagrama de la conducta social de los seres humanos. El psicoterapeuta moderno debe tratar los conflictos de juegos que conducen a diversos problemas vitales. Diferencia tres tipos de conflictos de juegos: 1) el sujeto es incapaz de olvidar las viejas reglas o se resiste a dejar

[302] *Op. cit.*, página 294

de jugar al antiguo juego (el fingimiento, la histeria, ilustran esta modalidad); 2) superpone las viejas metas y reglas con los nuevos juegos (así, la «neurosis de transferencia», la «estructura neurótica del carácter», el acento extranjero, etc.); 3) el tercer tipo surge de una reacción general de desengaño, de que el hombre es incapaz de jugar un juego trascendentalmente válido. Muchos reaccionan a esta idea convencidos de que no existe ningún juego digno de ser jugado.

Cualquier actividad psiquiátrica es, entre otras cosas, una forma de acción social, pudiendo distinguirse tres pautas de acción: 1) el psiquiatra, como científico teórico, es un experto en conducta (considerada como un juego es el que comparte sus conocimientos con los que le contratan en calidad de tal); 2) el psiquiatra como ingeniero social o perito en ciencias aplicadas selecciona a los jugadores y les asigna los juegos que pueden, o deben jugar (por ejemplo, actuando como consejero matrimonial o para el acceso a las fuerzas armadas); 3) el psiquiatra como manipulador social de material humano castiga, coacciona o influye en la gente, induciéndola a jugar o a interrumpir determinados juegos (a aquellos que no son capaces de participar en el juego de la «normalidad social» se les asigna el juego de la «enfermedad psiquiátrica», lo que implica que deben adoptar el papel de paciente mental y todo lo que ello conlleva). El autor considera que hay que tener serias reservas acerca de las actividades de los tipos 2 y 3 y que, si bien, el primer tipo es mucho más satisfactorio, es conveniente adoptar una actitud crítica y abierta.

El hombre, según SZASZ, debe aprender las reglas que gobiernan el funcionamiento de la familia, el grupo y la sociedad en que vive. En segundo término, tiene que aprender las habilidades técnicas, los conocimientos científicos, etc., y debe *aprender a aprender*. La mayoría de la gente no está preparada para pasar de un tipo de juego a otro y como la vida humana es, en gran medida, una actividad social, las condiciones pueden imposibilitar la supervivencia si el hombre no muestra mayor flexibilidad con respecto a las pautas de conducta personal. El psicoterapeuta debe basarse en el concepto de ser un *estudioso de la vida humana*. Algunos requieren un instructor, otros no. Las teorías psiquiátricas funcionaron más como maestros oscurantistas que conducen al alumno por caminos equivocados que como auténticos guías que lo ayudan a ayudarse a sí mismo [303]. La meta debe ser la competencia basada en la confianza en sí mismo y la digna interdependencia humana, que no es posible alcanzar por medio de técnicas coactivas, ya que se estaría en pugna con los mismos fines que se buscan como se ha realizado con el juego histérico, basado en el dominio o control interpersonal.

En relación concretamente con la esquizofrenia, SZASZ afirmará que el gran error es estimar que se trata como si fuera «una teoría o proposición que afirma algo sobre los psicóticos, cuando de hecho es una justificación que legitima algo que los psiquiatras les hacen a ellos» [304]: El autor expresará que no puede

[303] *Op. cit.*, páginas 307 y 308
[304] Szasz, Thomas. *Esquizofrenia. El símbolo*... Páginas 81 y 82

haber tratamiento sin enfermedad aunque sí intervención médica y quirúrgica sin enfermedad. El consentimiento es el que justifica la cura y el tratamiento. Todas las terapias médicas modernas en las sociedades libres, administradas a adultos conscientes, se conforman con el requerimiento del consentimiento, siendo la única excepción la psiquiatría. Se distinguen, sin embargo, con arreglo a criterios morales (y legales, políticos, etc.) y no conforme a criterios morfológicos (es decir, anatómicos o histológicos) los siguientes tipos de tratamientos o enfermedades: 1) aquellas en los que los médicos nunca tratan sin el consentimiento explícito del paciente; 2) aquellas que causan la inconsciencia del paciente y que los médicos tratan sin el consentimiento explícito del paciente porque no puede darlo, otorgando el permiso los parientes u otras autoridades reconocidas legalmente; 3) una tercera clase que impone ciertas restricciones sociales a causa de su enfermedad (tuberculosis, hepatitis, etc) pero que, en principio, se prohíbe el tratamiento sin el consentimiento del paciente; 4) una cuarta clase de «enfermedades» (como la esquizofrenia o la psicosis maníaco-depresiva) que a los médicos se les permite tratar contra la objeción explícita al tratamiento que haga el pretendido paciente. En este último caso, la esquizofrenia es la enfermedad que justifica la imposición del tratamiento psiquiátrico en el paciente, sin tener en cuenta si él consiente o no, y, por supuesto, sin tener en cuenta si le ayuda o le hace daño. La locura es fabricada por los doctores de locos. Es la psiquiatría la que crea la esquizofrenia [305].

4.4. Michel FOUCAULT

Mientras estudiaba su licenciatura en Filosofía en la *Ecole Normale Supérieure*, Michel FOUCAULT (1926-1984) comenzó a interesarse por la psicología. En 1946-1947 pudo asistir a una iniciación a la psicopatología con presentaciones de enfermos en el hospital Sainte Anne y un ciclo de conferencias en el que participaron notables psiquiatras como Georges DAUMÉZON, Jacques LACAN, Julian AJURIAGUERRA o Henri EY. Pronto trabará contactos con las corrientes reformadoras ligadas a la revista *Evolution psychiatrique* [306].

Tras obtener su licenciatura en Filosofia en 1948, comenzó a interesarse por la Psicología, obteniendo la licenciatura en 1949 y dos diplomas del Instituto de Psicología de París en 1949 y 1952. Posteriormente conocerá a Ludwig BISWANGER que ejercerá profunda influencia en él. También trabajará como psicólogo en el hospital psiquiátrico de Sainte-Anne y también en la cárcel de Fresnes, donde está instalado el Hospital General de los centros penitenciarios franceses [307]. Posteriormente, también impartirá clases de psicología en la *Ecole*

[305] Szasz, Thomas. *Esquizofrenia. El símbolo…* Páginas 116 a 118
[306] Eribon, Didier. *Michel Foucault.* Editorial Anagrama. Barcelona, 1992. Páginas 70 y 71
[307] *Op. cit.*. Páginas 72 a 80

Normale Supérieure y luego en la Universidad de Lille a partir de octubre de 1952 [308].

Es en este período donde publica uno de sus primeros trabajos *Maladie mentale et personnalité* (1954) por encargo de Louis ALTHUSSER [309]. Al inicio del libro se plantea [310]:

> Si definir la enfermedad y la salud psicológicas resulta tan difícil, ¿no será porque nos esforzamos en vano en aplicarles masivamente los conceptos destinados a la medicina somática?

Al final del libro extraerá las siguientes conclusiones [311]: 1) no se está alienado porque se está enfermo sino que en la medida en que se está alienado, se está enfermo; 2) tratar de definir la enfermedad a partir de una distinción de lo normal y lo anormal es invertir los términos del problema, la enfermedad hace posible lo anormal y fundamenta las reacciones anómalas que representan una reacción de defensa, no siendo lo anormal el núcleo central de la enfermedad sino una consecuencia de lo patológico; 3) las enfermedades mentales lo son de la personalidad toda y tienen su origen en las condiciones reales de desarrollo y existencia de esta personalidad y las contradicciones de este medio pero el conflicto no determina de golpe la enfermedad que sólo se desarrolla cuando las condiciones de existencia se convierten en perturbaciones funcionales, encontrando su unidad con la patología orgánica; 4) si se admite lo anterior, hay que partir de que la condición primera de la enfermedad es un conflicto del medio humano y que lo propio de la enfermedad es una reacción de defensa generalizada ante este conflicto, por lo que la terapia debe partir de premisas distintas a las prácticas médicas clásicas, pudiéndose sólo hablar de curación cuando se producen nuevas relaciones con el medio cuya consecuencia práctica es la reforma de la estructura de la asistencia médica y de los hospitales psiquiátricos.

Pero su obra más conocida en este terreno surgirá algunos años después. Durante su estancia en Upsala (Suecia) a partir de 1955 comenzará a elaborar su tesis sobre la Historia de la locura pero desde un enfoque diferente: la relación de la razón con el objeto al que se refiere: la locura [312] y el momento en que se produce la ruptura del diálogo entre razón y sinrazón que supone la retranscripción de la locura en enfermedad que es rechazada y recluida.

Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique (1961) fue leída el 20 de mayo de 1961 ante el Tribunal de doctorado. El texto no pasó desapercibido en su tiempo y levantó bastantes ampollas entre el colectivo de psiquiatras. La obra se divide en tres partes. La primera de ellas trata fundamentalmente del

---

[308] *Op. cit.* Páginas 94 y 95
[309] *Op. cit.* Página 103
[310] FOUCAULT, Michel. *Enfermedad mental y personalidad.* Ediciones Paidos. Barcelona, 1991. Página 10.
[311] *Op. cit.*. Páginas 115 a 122
[312] ERIBON, Didier. *Op. cit.*. Páginas 110 y 122

análisis del dominio del internamiento y de las formas de conciencia que recubren esa práctica en la época clásica; la segunda, a la *percepción* de la locura (su conocimiento y reconocimiento); la tercera, por último, se dedica al análisis de la irrupción de la *percepción asilar* y de las nuevas formas de internamiento.

La primera parte comienza con la descripción de prácticas desarrolladas fundamentalmente durante el siglo XV. El autor señala[313]:

> Los locos de entonces vivían ordinariamente una existencia errante. Las ciudades los expulsaban con gusto de su recinto; se les dejaba recorrer los campos apartados, cuando no se les podía confiar a un grupo de mercaderes o peregrinos… Sucedía frecuentemente que fueran confiados a barqueros.

Habla así de la costumbre de las *naves de locos,* aunque concreta que la mayor parte de las ciudades de Europa poseían lugares de detención reservados a los insensatos, probablemente era posible que cada ciudad no expulsase sino a los extraños y que los locos, al menos durante la Edad Media y el Renacimiento, no eran *tratados*; sino simplemente *arrojados a las prisiones*[314]. Sin embargo, *desde la mitad del siglo XVII, la locura ha estado ligada a la tierra de los internados*[315], el autor señala una fecha como guía: la creación del *Hôpital Général* en París en 1656. No se trataba de un establecimiento médico, a diferencia de los leprosarios de la Edad Media, sino de una estructura destinada a tratar de impedir la mendicidad y la ociosidad como medida para terminar con el desempleo, es una respuesta dada a una crisis económica que afecta al mundo occidental en conjunto: descenso de salarios, desempleo, escasez de moneda. Tales hechos se deben probablemente a una crisis de la economía española y la medida se extenderá pronto a todo el horizonte europeo. No fue preciso llegar al siglo XVII para *encerrar* a los locos pero sí es en esta época cuando se les comienza a *internar*, mezclándolos con una población con la que se les reconoce cierta afinidad. Es el momento en que *la locura es percibida en el horizonte social de la pobreza, de la incapacidad de trabajar, de la imposibilidad de integrarse al grupo; el momento en que comienza a asimilarse a los problemas de la ciudad*[316].Pero *el internado no sólo ha desempeñado un papel negativo de exclusión, sino también un papel positivo de organización. Sus prácticas y sus reglas han constituido un dominio de experiencia que ha tenido su unidad su coherencia y su función. Ha acercado, en un campo unitario personajes y valores entre los cuales las culturas precedentes no habían encontrado ninguna similitud*[317].

El espacio del internamiento no es completamente el de la miseria, aunque haya surgido de la inquietud causada por ella, ni tampoco el de la enfermedad, tras

---

[313] Foucault, Michel. *Historia de la locura en la época clásica.* Ed. Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1991. Página 21 (Volumen I)
[314] *Op. cit.*, Páginas 21 a 23 (Volumen I)
[315] *Op. cit.* página 80
[316] *Op. cit.*, página 124
[317] *Op. cit.*, página 132

los muros del internado se encuentra un gran número de personajes: el enfermo venéreo, el degenerado, el disipador, el homosexual, el blasfemo, el alquimista, el libertino, el suicida, etc., cuyo nexo de unión se encuentra en el control de cierto orden la estructura familiar que vale a la vez de regla social y de norma de la razón. La familia se convierte en uno de los criterios esenciales de la razón; y es ella, antes que nada, la que exige y obtiene el internamiento. En la época del racionalismo, las formas de desorden o apartamiento de la norma social se verán como formas de *sinrazón*, como error ético que justifica determinadas formas de coacción moral que serán aplicadas en el espacio del internamiento para tratar de volver a la verdad de la razón. La locura se encuentra así, ligada al pecado, en un espacio homogéneo en el que se encuentran formas variadas de la *sinrazón* clásica.

El autor nos revela que la experiencia clásica de la locura estaba dividida en dos formas ajenas la una a la otra: por un lado, la experiencia jurídica (caracterizada por el reconocimiento de la irresponsabilidad, la incapacidad, por la definición de la enfermedad y por la representación de un tercero, el curador) y, por otro lado, la experiencia social (definida por el desorden, el escándalo, la voluntad perversa y la práctica del internamiento como medida de corrección). Ambas experiencias tendrán sus propios conceptos y seguirán caminos diferentes. La primera viene de una herencia histórica, la segunda es propia del clasicismo. Aunque la experiencia clásica une la locura a otras formas de *sinrazón,* ello no quiere decir que la misma no tenga, sin embargo, un estatuto diferenciado. Si el escándalo en las restantes formas intenta ocultarse por el honor de las familias y la religión, ese secreto permanece ajeno al mundo de la locura. El loco será exhibido como espectáculo, será exhibido *como un animal*[318] . Es en esta animalidad, que convierte la razón en violencia y la verdad en furor, lo que la distingue de las otras formas de sinrazón. Animalidad no entendida como enfermedad, sino al contrario, su estatuto animal le preserva de ella, le da un poder físico que le aleja de la fragilidad y de la debilidad de esta última[319] y que le aleja del tratamiento, incluso de la propia corrección, sólo posible de dominar por la *doma* y el *embrutecimiento*[320]. Animalidad entendida como caída en el punto más bajo de la humanidad, como encarnación del hombre en la bestia y sin embargo, muestra de la complacencia divina que, incluso en ese estado (*límite absoluto de la razón encarnada*), permite salvar a todos los hombres, *símbolo del perdón universal y de la inocencia recuperada*[321]. La experiencia clásica de la locura estará alejada, pues, de una experiencia jurídica y del análisis médico y ligada a la contradicción de una experiencia moral de la razón que proscribe a todas las formas de *sinrazón* en el internamiento y al mismo tiempo unida al mundo animal y a su sinrazón mayor que proclama su monstruosa inocencia.

---

[318] *Op. cit.*, páginas 228 y 233
[319] *Op. cit.* página 236
[320] *Op. cit.*, página 237
[321] *Op. cit.*, páginas 246 y 252

IV. LA DESINSTITUCIONALIZACIÓN

La conciencia de la locura, como se señala en la segunda parte de la obra, no es un hecho uniforme, sino que ha transformado su diseño a lo largo de la historia. El autor clasifica cuatro formas de conciencia: la *conciencia crítica* de la locura (como forma de oposición entre locura y no locura, que denuncia y no define), *conciencia práctica* de la locura (como norma de grupo que clasifica a los que están dentro y fuera, como reacción de defensa), como *conciencia enunciadora* de la locura (como forma de reconocimiento de la locura desprovista de todo juicio de valor), como *conciencia analítica* de la locura (que analiza sus formas, sus fenómenos y sus formas de aparición, posibilitando su conocimiento). Desde el Renacimiento, cada figura histórica de la locura implica la simultaneidad de esas cuatro formas de conciencia. Ninguna desaparece totalmente, pero sí puede verse privilegiada. En el Renacimiento las formas críticas fueron privilegiadas siendo, por el contrario, en los siglos XIX y XX privilegiada la conciencia analítica. En la época clásica la experiencia de la locura encuentra su equilibrio, definiendo *dos dominios autónomos de la locura: por un lado, la conciencia crítica y la conciencia práctica; por el otro, las formas del conocimiento y del reconocimiento*[322].

El internamiento muestra claramente esa conciencia dividida reflejando la exclusión como práctica social que refleja la dialéctica razón-sinrazón y que no obedecía a pautas médicas, no siendo el espacio de exclusión un espacio de conocimiento en el que se plantee la cuestión de definir la enfermedad. En esta parte de la obra intentará perfilar las formas clásicas de *conocimiento* y *reconocimiento* de la locura. Existe en todas las épocas una doble aprehensión de la locura: una moral, sobre el fondo de *lo razonable* por relación a los demás y otra objetiva o médica, que no se define por referencia sino que adopta unos *principios de racionalidad*. En la época clásica, no obstante, estas estructuras se unificarán, no siendo posible su distinción. La obsesión de los clásicos de clasificar las enfermedades del mismo modo que los botánicos han clasificado las plantas choca con dificultades en el caso de la locura. La percepción de las enfermedades con carácter general en la época clásica remite a la observación de lo que es más evidente, sus características se toman de los síntomas que la acompañan y ello da lugar a que el orden que rige en las clasificaciones es el de tales signos, en sus manifestaciones positivas y no en las negativas, esto es, no en el defecto o la privación que origina la enfermedad.

Si la locura en la percepción clásica es definida como la ausencia de razón y se le dota a esta de un rasgo positivo, se observa que el contenido de la sinrazón es la razón misma y que *la actividad racional que repartía los signos de la locura se ha transformado secretamente en una conciencia razonable que los enumera y denuncia, no encontrándose apenas más que deformaciones de la vida moral*[323]. La especulación científica que trataba de clasificar la locura era necesariamente una experiencia moral que es ajena al plan teórico de los conceptos. Para los clásicos

[322] *Op. cit.*, página 267
[323] *Op. cit.*, página 308

la causa próxima de la locura deberá ser una alteración visible del órgano más cercano del alma, es decir, el sistema nervioso, y, hasta donde sea posible, del cerebro mismo[324]. Las unidad de las causas próximas contrasta con la pluralidad de las causas lejanas (todos los acontecimientos del alma, siempre que sean un poco violentos o exageradamente intensos, el mundo exterior, el clima…). De entre las causas lejanas se destaca la pasión como condición de posibilidad de la locura.

El autor destacará que la locura en el período clásico no designará tanto un cambio determinado en el espíritu o en el cuerpo sino la existencia bajo las alteraciones del cuerpo, bajo la extrañeza de la conducta y de las palabras de un *discurso delirante*[325]. El delirio, como principio de la locura, refleja el error, la oscuridad. Posteriormente el autor analizará las diferentes figuras de la nosografía del siglo XVIII con el propósito de probar cómo han llegado a manifestar de manera positiva la negatividad de la locura (diferente según se trate de *demencia*, *manía y melancolía* o *histeria e hipocondría*).

Mayor interés ofrece el análisis de los principios a los que obedecían las curas que constituyen el último apartado de la segunda parte de la obra. El autor cita, como ideas conforme a las cuales se organizaron, las siguientes: 1) La consolidación. La locura es siempre debilidad, una falta de resistencia. Por ello se estima esencial robustecer el cuerpo para vivificar el organismo, así se justifica la absorción directa de limaduras de hierro y las sensaciones desagradables que vivifican el espíritu al rechazarla (asafétida, plumas quemadas, etc.). 2) La purificación. Existen terapéuticas que pretenden dirigirse a la alteración mediante métodos físicos (producción de heridas o llagas e incluso inoculación de sarna puesto que las enfermedades de la piel permiten a la enfermedad abandonar el cerebro y escapar hacia el exterior) o la utilización de sustancias amargas para disolver las fermentaciones que, al formarse en el cuerpo han determinado la locura. 3) La inmersión en el agua como rito de purificación y como regulador fisiológico. 4) La regulación del movimiento. El andar regular, el balanceo del mar, todas estas técnicas permitirán la vuelta al orden del sujeto, pero también otras técnicas como la máquina rotatoria[326].

La utilización del miedo como pasión, que se recomienda suscitar en el loco, se funda en que las cualidades y los movimientos son inmediatamente transferibles de una modalidad propia del cuerpo a una modalidad del alma, dado que no se discute la unidad de cuerpo y alma, se trata de acceder a sus mecanismos comunes. No se puede distinguir en la época clásica tratamientos físicos y psicológicos. La diferencia existirá cuando el miedo no sea utilizado como forma de fijación del movimiento sino como castigo.

---

[324] *Op. cit.*, página 339

[325] *Op. cit.*, página 369

[326] Foucault recoge la descripción de la máquina realizada por Mason COX a principios del siglo XIX: *un pilar perpendicular está fijado a la vez en el piso y en el techo; se ata al enfermo a una silla o un lecho suspendido de un brazo horizontal que se mueve alrededor del pilar gracias a un «engranaje poco complicado» se imprime «el grado de velocidad que se desee» (op. cit.* página 500)

El autor pone de relieve que, junto a estos métodos para la supresión de la enfermedad, existen formas de atacar a la sinrazón que no tienen naturaleza psicológica sino un sentido preciso en términos de verdad y error. El autor las resume en tres formas esenciales: 1) El despertar. Es necesario apartar a los que deliran de ese semisueño. Emociones vivas y repentinas (como quemar con un hierro al rojo hasta el hueso que utilizó BOEERHAVE para el ataque convulsivo) o la prudencia de una recta enseñanza, una vida ordenada o una imposición del orden social que poco a poco se limitará a ser una rememoración de la fidelidad a la norma. 2) La realización teatral. Continuar el delirio del enfermo introduciendo en algún momento un engaño que, sin dejar de confirmar el delirio, le haga caer en la necesidad de su supresión. 3) El retorno a lo inmediato. Aquí cobrará especialmente peso la idea del trabajo.

La tercera parte de la obra irá destinada al análisis de la ruptura con los planteamientos anteriores. Se observa en la segunda mitad del siglo XVIII un progresivo aumento de los establecimientos destinados a los locos, poco a poco las clasificaciones de los mismos se vuelven más numerosas, se tiende a la especificación. Pero no se trata de un cambio derivado del humanismo o de la aparición de la psiquiatría, según expone el autor, sino de un cambio motivado en el mismo espacio del internamiento. La discusión no afecta al confinamiento de los locos sino a la existencia de la mezcla de locos y gente razonable. La locura se individualiza de las otras formas de sinrazón a las que había estado ligada. El modelo hasta entonces existente de internación de la miseria es puesto en cuestión como forma de atender a las crisis económicas y, finalmente, desaparece. Se distinguirá entonces entre la pobreza como población (esto es, como elemento de riqueza) y la pobreza ligada a la enfermedad, única para la cual es predicable la asistencia. La locura, pues, cobra independencia respecto a las otras formas de sinrazón, siendo la única que no escapa al internamiento.

El problema que se planteará es donde situar a la locura: prisión, hospital o ayuda familiar. Las medidas contemporáneas a la Revolución francesa reflejan esta indecisión. Primero se limitará el internamiento y se librará de él a los confinados por simples faltas morales o a por conflictos familiares, luego aparecerán las grandes formulaciones de derechos en la Declaración de los Derechos del Hombre y posteriormente la misma tomará aplicación concreta. Al desaparecer el internamiento la locura carece de punto de inserción preciso en el espacio social y, ante el peligro desencadenado, se producen una serie de reacciones conformes a un ideal (creación de casas para los insensatos) y por otro de medidas de fuerza. Todavía no se determina la naturaleza de ese internamiento, corrección u hospitalidad, pero sí se sabe que el loco queda en la misma situación que los prisioneros prevenidos o condenados o los pobres o enfermos que no tienen familia. Paralelamente, se crea un control que impone analizar las causas por las cuales el sujeto es internado, control en el que intervendrán magistrados, juristas, médicos y hombres de experiencia. Seguidamente el autor refleja las características que diferencian el asilo de TUKE y el de PINEL. De entre todas las característi-

cas subraya una cuarta que es común a ambas: *la apoteosis del personaje médico*[327].El médico ordena quién entra, pero su trabajo es más en calidad de *hombre intachable* que de *sabio.* PINEL y TUKE no abrieron el asilo al conocimiento médico sino que introdujeron un personaje cuyos poderes no venían de un saber sino de un orden social y moral derivado de la consideración del loco como si fuera un «menor de edad» y de su alienación física. *Lo que se llama práctica psiquiátrica*, concluye el autor, *es una cierta táctica moral, contemporánea de los últimos años del siglo XVIII, conservada dentro de los ritos de la vida del asilo y recubierta por los mitos del positivismo*[328]. Aparecerá así una nueva experiencia de la locura en el siglo XIX con sus contradicciones, que será incapaz de asumir la locura y, por ello, FOUCAULT subraya al final de la obra el hecho paradójico de que la propia sociedad se mida en obras como las de NIETZSCHE, VAN GOGH o ARTAUD.

No será este el único ni el último trabajo del autor sobre esta materia. Podemos distinguir dos fases en la evolución de su pensamiento que estaba constantemente sometido a revisión. El propio autor escribía en *L'Archéologie du savoir* (1969)[329]:

> No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable: es una moral de estado civil la que rige nuestra documentación. Que nos deje en paz cuando se trata de escribir.

Es en esta obra donde realiza la exposición de su método que refiere principalmente a un conjunto de obras iniciales (*El nacimiento de la clínica*, *Las palabras y las cosas* y la propia *Historia de la locura en la época clásica*), todavía quedaban lejos las más conocidas *Vigilar y castigar* y la *Historia de la sexualidad.* Como señala Roberto MACHADO, entender la expresión «método arqueológico» como cierto número de procedimientos rígidos y utilizables para producir un conocimiento verdadero sería desconocer los modos de proceder de Michel FOUCAULT. La historia arqueológica es un momento preciso y fechado de su proyecto teórico en su trayectoria. Dicha historia arqueológica habrá de ceder el lugar, tras su

---

[327] *Op. cit.* Volumen II, página 252.

[328] *Op. cit.*, página 260.

[329] Foucault, Michel. *La arqueología del saber.* México D.F. 1979, Ed. Siglo XXI, página 29. Habermas criticará la ambigüedad sistemática de la obra de Foucault desde una triple óptica por su «presentismo» (la mirada arqueológica, pretendidamente objetiva, es parcial en tanto que realiza comparaciones de los diferentes complejos de poder desde una perspectiva subjetiva y actualizada, propia del historicismo, lo que explica que obras como *La Historia de la locura* o *Vigilar y castigar* sean, al mismo tiempo estudios documentales y manifiestos de la antipsiquiatría y del movimiento de lucha para provocar el cambio de las condiciones de detención), por su «relativismo» (su pretendida validez universal se reduce a una validez relativa que se reduce cada vez más a la posición militante del autor, su estilo, etc.), por su «criptonormativismo» (sólo puede explicarse el rechazo de una forma de poder introduciendo una cierta clase de normatividad, aspecto que Foucault reprocha a las ciencias humanas, incurriendo en contradicción). (Habermas, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad.* Taurus, 1989. Páginas 285 a 349, fundamentalmente 330 a 339). Intentando dar réplica a las críticas de Habermas (el trabajo de Habermas es de 1985, posterior a la muerte de Foucault) Janicaud, Dominique. «Racionalidad, fuerza y poder. Foucault y las críticas de Habermas», en *Michel Foucault, filósofo,* Obra conjunta. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999. Páginas 279 y ss.

obra *Vigilar y castigar,* a una genealogía que sufrirá también importantes modificaciones. La propia arqueología tampoco tendrá cánones rígidos que no indican insuficiencia o falta de rigor sino que designan el aspecto provisional del análisis puesto que se ponen en tela de juicio la idea de un método inmutable, sistemático y universalmente aplicable[330].

El método arqueológico es un análisis de tipo histórico no ortodoxo que, frente a la aparente continuidad de la Historia, subraya precisamente lo contrario, las rupturas, las discontinuidades. No atiende a los sujetos (a los autores o sus obras, aunque sí atiende a una identidad geográfica, política e histórica), sino al discurso, a lo que denomina *prácticas discursivas*. Tampoco realiza un análisis de las *prácticas discursivas* desde una perspectiva de análisis lingüístico o del análisis lógico, sino que atiende a las reglas de formación de estos discursos tomados como *monumentos* (describe lo que aparece exteriormente y no interpreta posibles significados ocultos de lo ya dicho). Por otro lado, refiere el estudio del discurso a un dominio determinado, a un *saber*. Las formaciones discursivas forman un *saber*, concepto que no se identifica con el de *ciencia* en tanto que para que un *saber* se constituya como tal es preciso que alcance un cierto nivel de desarrollo y unas estructuras específicas. Por otro lado, el *territorio arqueológico* es distinto del dominio científico, en cuanto que las reglas de formación de los discursos pueden atravesar textos «literarios», «filosóficos», «reglamentaciones»… y no sólo textos propiamente «científicos». No se trata de describir una ciencia en su estructura específica sino describir el dominio más amplio y diferente del *saber.*

Quizás pueda comprenderse este intrincado laberinto de conceptos con un trabajo elaborado. En *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère...* (1973), FOUCAULT recoge los materiales de un caso de parricidio del siglo XIX con la intención de centrar la atención en las relaciones entre la psiquiatría y el derecho penal y, en un momento de la presentación de la obra, expone su propósito y su método que, a continuación, transcribimos:

> De un modo más preciso, nos pareció que la publicación exhaustiva de este dossier podría dar un ejemplo del material que existe en la actualidad en los archivos y que se presentan a posibles análisis: a) Ya que la ley de su existencia y de su coherencia no es ni la de una obra, ni la de un texto, su estudio debe permitir mantener apartados los viejos métodos académicos del análisis textual y todas las nociones que se derivan del prestigio monótono y escolar de la escritura b) Documentos como los del asunto Rivière permiten analizar la formación y el juego de un saber (como el de la medicina, la psiquiatría, la psicopatología) en su relación con las instituciones y los papeles que de antemano deberán desempeñar (como la institución judicial, con el experto, el acusado, el loco-criminal, etc.) c) Permiten descifrar las relaciones de poder, de dominio y de lucha en cuyo seno se establecen y funcionan los razonamientos; de modo

[330] MACHADO, Roberto. «Arqueología y epistemología». En *Michel Foucault, filósofo.* Obra conjunta. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999, página 28

> que permiten un análisis del discurso (incluso de los discursos científicos) de orden político y de los hechos, es decir de orden estratégico. d) Y finalmente puede apreciarse el poder de trastorno, propio de un razonamiento como el de Rivière, y el conjunto de tácticas mediante las que se intenta recubrirlo, insertarlo y conferirle una valoración según sea discurso de un loco o de un criminal.

Posteriormente, a partir de su obra *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975)[331] entenderá que el análisis del discurso debe realizarse como *estrategia*: el *saber* implica relaciones de poder. A partir de relaciones de fuerza y relaciones políticas de una sociedad se forman ciertos determinados dominios de *saber*. No existe un conocimiento neutro. Pero el *poder* no debe de entenderse como simple *represión*, tal concepto es jurídico, como norma que prohíbe, en cambio, las relaciones de poder, son múltiples, son estratégicas, no se refieren exclusivamente a una instancia que impone, forman una tecnología. FOUCAULT habla así de una *genealogía*, es decir, una forma de historia en la que se da cuenta de la constitución de los saberes, de los discursos, etc., sin tener que referirse a un sujeto que sea trascendente en relación al campo de los acontecimientos[332].

El propio autor explicará que la locura se ejerció en el período clásico sin duda bajo la forma de la exclusión, se asiste a una gran reacción de rechazo en la que la locura se encontró implicada:

> De tal forma que analizando ese hecho he podido utilizar sin excesivos problemas una concepción puramente negativa del poder, que a partir de un cierto momento me pareció insuficiente… el análisis no debía hacerse en términos de derecho precisamente sino en términos de tecnología, en términos de táctica y estrategia, y es esta sustitución de un esquema jurídico y negativo por otro técnico y estratégico lo que he intentado elaborar en «Vigilar y castigar» y utilizar después en la «Historia de la sexualidad»[333].

FOUCAULT opondrá la reclusión del siglo XVIII, dirigida esencialmente a excluir a los marginales, del *secuestro* del siglo XIX cuya finalidad es la inclusión y la normalización. Estas *instituciones de secuestro* (la fábrica, la escuela, la prisión o los hospitales) tendrán una serie de funciones características: la primera es que controlan la totalidad o la práctica totalidad del tiempo de los individuos; la segunda función consiste no sólo en controlar su tiempo sino sus cuerpos, ya no consiste en atormentarlos como en el siglo XVIII, sino en responder a la transformación del cuerpo en fuerza de trabajo; la tercera función es crear un tipo nuevo y cu-

---

[331] FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar.* Editorial Siglo XXI. Madrid, 1986.

[332] La influencia de Nietzsche que se refleja en su concepción del *poder* y en el propio concepto de genealogía aparece en numerosos escritos del autor, así en *La verdad y las formas jurídicas* (1ª Conferencia, 1973), publicadas en la Ed. Gedisa, Barcelona, 1998 o en el artículo «Nietzsche, la genealogía, la historia» (1971), publicado en *Microfísica del poder.* Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1979, páginas 7 a 29.

[333] «Las relaciones de poder penetran en los cuerpos», artículo publicado en 1977, incluido en *Microfísica del poder,* página 154.

rioso de *poder* que participa de alguna forma del poder judicial en la medida que establece castigos y recompensas (poder disciplinario) y la paralela formación de un *saber* ligado a la vigilancia y observación. Así, el saber psiquiátrico se formó a partir de un campo de observación ejercida práctica y exclusivamente por los médicos que detentaban el poder en un campo institucional cerrado: el asilo u hospital psiquiátrico [334].

Son destacables dos trabajos realizados como profesor del *Collège de France* (desde 1971) en la cátedra de «Historia de los sistemas de pensamiento», nos referimos a *Le pouvoir psychiatrique* (curso 1973-74) y *Les anormaux* (curso 1974-75). En el primero de ellos hace referencia a las variaciones experimentadas desde el trabajo efectuado en la Historia de la locura en la época clásica. Se centrará en que el punto de partida del análisis inicial (la percepción de la locura) cambiará, en este trabajo, al estudio del «dispositivo de poder» [335]. FOUCAULT hablará, en vez de «violencia», de «microfísica del poder»; en vez de institución, de «tácticas»; y, en lugar de «aparato de Estado», verá la estrategia de esas relaciones de poder y esos enfrentamientos que se despliegan en la práctica psiquiátrica [336].

En el segundo trabajo se tratará específicamente el desarrollo de la pericia psiquiátrica en materia penal a través de los grandes casos del siglo XIX [337]. En una de las clases analiza el entramado de competencias judiciales y médicas que se desarrolla a finales del siglo XIX y manifiesta que los propios jueces empiezan a exigir que su función sea una *función terapéutica*, al mismo tiempo que una función de juicio y expiación. Sus principales elementos eran los siguientes: 1) todo individuo que se presente ante un tribunal penal debe haber sido examinado por peritos psiquiátricos; 2) el nacimiento de los tribunales de menores, en el que las funciones tradicionales del juez se modifican incluyendo una función que es esencialmente psicológica, social, médica presentándose más como un tribunal de perversidad y peligro que como un tribunal del crimen, analizando los servicios médico-psicológicos el *caudal* de perversidad y peligro que representa el individuo en un determinado momento de la pena que, si llega a un nivel suficientemente bajo, puede determinar la liberación condicional.

El autor expresará que ambos saberes, médico y judicial, se adulteran y generan un poder de otro tipo que denomina *poder de normalización.* En suma, se trata de, mediante la unión de lo médico y lo judicial, de constituir una *instancia de control*, no del crimen ni de la enfermedad, sino *del anormal.* Aquí FOUCAULT traza la genealogía de este curioso poder y diferencia entre dos modelos de

---

[334] *La verdad y las formas jurídicas*. Páginas 128 y ss. La influencia de GOFFMAN, confesada (página 124), se enriquece con la perspectiva del autor.

[335] FOUCAULT, Michel. *El poder psiquiátrico. Curso en el Collège de France (1973-1974).* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003. Páginas 29 y 30.

[336] *Op. cit.* Páginas 31 a 34.

[337] FOUCAULT, Michel. *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975).* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2001. Junto con este, también trata ampliamente otro de sus temas favoritos, la historia de la sexualidad.

control de los individuos que se desarrollaron en Occidente, por un lado, el de la exclusión del leproso y, por otro, el de la inclusión del apestado. En este segundo modelo no se trata de rechazo, sino de inclusión en el que se pretende una observación muy cercana y meticulosa tratando no de expulsar al individuo sino de examinar perpetuamente si el sujeto se ajusta a la norma de salud que se ha definido atravesando una multiplicidad de sus actividades: su vivienda, su cuerpo, su tiempo… Este segundo momento supone una *invención de las tecnologías positivas del poder.* El *encierro de los locos* constituyó la última de las manifestaciones del primer modelo de poder. La edad clásica reelabora un *arte de gobernar* en el que se inventa una teoría jurídico-política centrada en la noción de voluntad que se aliena y transfiere en un aparato gubernamental y una técnica general de ejercicio del poder transferible a instituciones y aparatos numerosos y diversos que entraña la organización disciplinaria cuyo objetivo es el efecto de normalización. Dicho sistema no es un poder de tipo represivo, sino *productivo.* La disciplina-normalización no está ligada al desconocimiento sino que sólo puede funcionar gracias a la formación de un saber que es para él tanto un efecto como una condición de su ejercicio, constituyendo una forma de poder dinámico integrado al juego, a la distribución, a la dinámica, a la estrategia, a la eficacia de las fuerzas, *un poder que posee en sí mismo los principios de transformación e innovación*[338].

No sería justo acabar sin hacer referencia al carácter beligerante de Michel FOUCAULT y su implicación en la defensa de los derechos humanos[339]. Desde esta perspectiva defenderá siempre el papel de los derechos humanos frente a las estrategias de poder y manifestará que:

> Lo que el intelectual puede hacer es dar instrumentos de análisis, y en la actualidad este es esencialmente el papel del historiador. Se trata de tener del presente una percepción espesa, amplia, que permita percibir dónde están las líneas de fragilidad, dónde los puntos fuertes a los que se han aferrado los poderes, dónde estos poderes se han implantado. Dicho de otro modo, hacer un croquis topográfico y geológico de la batalla… Ahí está el papel del intelectual. Y ciertamente no en decir: esto es lo que debéis hacer[340].

La crítica del poder debe consistir en conocer como están racionalizadas las relaciones de poder, única forma de evitar que otras instituciones con los mismos objetivos y con los mismos efectos ocupen su lugar[341]. Advertirá que *hay que*

---

[338] FOUCAULT, Michel. «Clase de 15 de enero de 1975» en *Los anormales, cit.,* páginas 39 a 59

[339] SAVATER, Fernando. «Presentación» en FOUCAULT, Michel (selección de artículos realizada por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría). *La vida de los hombres infames.* Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1990, páginas 9 a 12.

[340] FOUCAULT, Michel. «Poder-cuerpo». Artículo publicado en la Revista *Quel Corps en septiembre de 1975.* Recogido en la obra *Microfísica del poder,* páginas 103 a 110.

[341] *«Omnes et singulatim, hacia una crítica de la razón política»,* conferencia pronunciada en 1979, recogida en FOUCAULT, Michel. *La vida de los hombres infames. Op. cit.,* páginas 265 a 306.

tener cuidado: el movimiento de la anti-psiquiatría, que se opone a la noción de manicomio, no debe conducir a exportar la psiquiatría al exterior multiplicando las intervenciones en la vida cotidiana[342]. FOUCAULT señalará que la antipsiquiatría se opondrá a dos grandes formas de *despsiquiatrización*, ambas conservadoras del poder, que suponen tanto el psicoanálisis como la psicofarmacología, siendo su corazón la lucha contra la institución[343]. *Se pretende evitar la gran retranscripción de la locura en enfermedad mental que se emprendió en el siglo XVII y se consumó en el siglo XIX.* La desmedicalización de la locura se separa por tanto de las prácticas de despsiquiatrización expuestas, que implican una sobre-medicalización de la locura[344]. Descubrir esos poderes de imposición, esos sistemas de pensamiento que nos resultan familiares en la actualidad y que nos parecen evidentes es la primera parte del trabajo, la segunda es trabajar en común con personas implicadas en la práctica, no sólo para modificar las instituciones y sus prácticas, sino también para reelaborar las formas de pensar, no tratando de profetizar las soluciones, lo que debe hacerse[345].

4.5. El movimiento de sobrevivientes a la psiquiatría

Un sobreviviente a la psiquiatría (*psychiatric survivor*) es una persona que, por su propia apreciación, se ha recuperado del trastorno a pesar de los tratamientos que le fueron ofrecidos o impuestos los cuales, en su consideración, fueron más un estorbo que una ayuda en la búsqueda de la sensatez[346]. Los sobrevivientes han creado una red internacional con el propósito de reformar el sistema de atención.

Uno de los grupos más conocidos es *MindFreedom International*. En los últimos 30 años, muchos grupos de base de usuarios surgieron en el plano nacional e internacional. A finales de 1988, dirigentes de varios de los principales grupos

---

[342] FOUCAULT, Michel. «Más allá del bien y del mal» (1971), artículo recogido en la *Microfísica del poder* (páginas 31 a 44), página 41.

[343] «Me parece que se podrían situar las diferentes formas de antipsiquiatría en razón de sus estrategias en relación a estos juegos de poder institucional: evitar ese poder bajo la forma de contrato dual y libremente consentido por cada una de las partes (Szasz); acondicionar un espacio privilegiado en el que esos poderes se vean suspendidos o exorcizados si pretender resurgir (Kingsley Hall), aislarlos uno a uno y destruirlos progresivamente en el interior de una institución de tipo clásico (Cooper en el Pabellón 21); religarlos a las otras relaciones de poder que han podido determinar ya en el exterior del manicomio la segregación del individuo como enfermo mental (Gorizia). Las relaciones de poder constituyen el a priori de la práctica psiquiátrica: condicionan el funcionamiento de la institución manicomial, distribuyen en su interior las relaciones entre los individuos, rigen las formas médicas de intervención. La inversión que opera la antipsiquiatría consiste en situar esas relaciones de poder por el contrario en el centro de lo que debe ser problematizado y ante todo cuestionándolo». («Psiquiatría y Antipsiquiatría», 1973-1974, resumen del curso dado en el Colegio de Francia publicado en el anuario de dicho colegio, incluido en *La vida de los hombres infames,* páginas 69 a 82 o FOUCAULT, Michel. *El poder psiquiátrico. Op. cit.* Páginas 383 a 395).

[344] *Op. cit.* Página 81

[345] FOUCAULT, Michel. «¿A qué llamamos castigar?», artículo publicado en 1978, recogido en *La vida de los hombres infames,* páginas 213 y 229.

[346] BURSTON, Daniel. *Op. cit.*, página 248

nacionales decidieron que una coalición independiente era necesaria y fue formada *MindFreedom International*. La primera acción fue una contra-conferencia y protesta en Nueva York, en mayo de 1990, al mismo tiempo que la *American Psychiatric Association* celebraba su reunión anual. La coalición inicial contaba con 13 organizaciones. Hoy día reúne más de 100 grupos de base respaldando organizaciones en 14 naciones [347].

La Red Europea de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría (*European Network of [ex-]Users and Survivors of Psychiatry - ENUSP*) comenzó su andadura en 1990, en Holanda, por iniciativa de varias asociaciones de antiguos pacientes psiquiátricos procedentes de diversos países europeos. Desde entonces, la red ha organizado cuatro conferencias europeas (Zandvoort/Netherlands, 1991; Elsinore/Denmark,1994; Reading/England, 1997; Luxembourg, 1999). En 1998 la red recibió reconocimiento legal como federación. En Luxemburgo más de 90 delegados procedentes de 26 países europeos, representantes de asociaciones nacionales y locales, se reunieron y diseñaron un plan de acción para los años siguientes.

En el artículo 2 de sus estatutos se recogen sus objetivos consistentes en definir, promover y mejorar los derechos de los usuarios y sobrevivientes de la psiquiatría en Europa y crear y apoyar nuevos programas alternativos al sistema psiquiátrico convencional.

Ya en la primera declaración de Zandvoort (octubre de 1991) se estableció, como una de sus acciones, el trabajo para abolir el tratamiento involuntario y el incremento de la influencia de los usuarios en su propio tratamiento (por ejemplo, el derecho a describir o definir el propio caso, el derecho a rehusar la «ayuda» profesional, el derecho a realizar correcciones sobre su propio historial) y asegurar que los usuarios reciben adecuada información (por ejemplo el derecho a recibir información escrita acerca de todos los posibles riesgos del tratamiento, el derecho a establecer defensa independiente) [348] La Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría (*World Network of Users and Survivors of Psychiatry - WNUSP*) comenzó su andadura en 1991 bajo el nombre de Federación Mundial de Usuarios Psiquiátricos (*World Federation of Psychiatric Users*) durante la conferencia de la Federación Mundial de la Salud Mental en Méjico. El nombre actual se adoptó en 1997. El Secretariado se estableció en Odensee (Dinamarca) en 2000. En 2001 se celebró su primera Asamblea General en Vancouver (Canadá) con 34 grupos de 12 países, adoptándose los estatutos de la WNUSP. Los propósitos de la organización, según sus estatutos, [349] son:

- Abogar por el avance de los derechos humanos de los usuarios y sobrevivientes de la psiquiatría

[347] Su página web es www.mindfreedom.org

[348] First European Conference of Users and Ex-Users in Mental Health. *The Zandvoort Declaration on Common Interests*. Zandvoort, The Netherlands, October 1991 (disponible en internet, www.enusp.org)

[349] World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Statutes*. Vancouver, 2001. Disponible en Internet (www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/statutes.html)

- Proporcionar representación internacional y consultas para influir en asuntos que afectan a usuarios y sobrevivientes
- Fomentar el desarrollo de organizaciones nacionales de usuarios y sobrevivientes en cada país
- Facilitar el efectivo intercambio de información entre organizaciones de usuarios y sobrevivientes alrededor del mundo
- Desarrollar oportunidades de trabajo en red para usuarios y sobrevivientes de la psiquiatría individuales a través del mundo
- Cualquier otra actividad consecuente con los propósitos de WNUSP

Los estatutos definen en su artículo 3 a los usuarios o sobrevivientes de la psiquiatría como «una persona que ha experimentado locura y/o problemas de salud mental y/o ha utilizado o sobrevivido a los servicios de psiquiatría/salud mental». También definen sus organizaciones como las «enteramente dirigida por usuarios o sobrevivientes o donde la mayoría de sus miembros y dirigentes son usuarios o sobrevivientes».

Uno de los posicionamientos más importantes del movimiento es su «rechazo al tratamiento forzado». Así, una resolución de WNUSP, adoptada bajo ese título y aprobada en 2001 por la Asamblea General de Vancouver, reseñaba que, mientras la profesión psiquiátrica no haya establecido que la «enfermedad mental» es una enfermedad médica que tiene las propiedades de defecto anatómico y/o psicológico demostrable, como el cáncer, diabetes, tuberculosis o neumonía y mientras que haya un considerable cuerpo de evidencia demostrando que los «tratamientos» psiquiátricos fisiológicos, como las drogas psicoactivas, terapia electroconvulsiva y psicocirugía, pueden y causan severo e irreparable daño al cerebro y otros órganos del cuerpo, WNUSP declara su oposición a la administración de cualquier tratamiento psiquiátrico fisiológico a cualquier persona sin su voluntad o sin su genuino y entero consentimiento [350].

Siendo coherente con esta resolución, WNUSP ha mostrado su oposición a los Principios para la protección de las personas que padecen enfermedades mentales y para la mejora de la atención en salud mental de 1991 (A/RES/46/119), la Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales y el Libro de Recursos sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación de la Organización Mundial de la Salud (2005). Hablaremos de estos extremos en otro apartado de este trabajo por razones sistemáticas.

[350] World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Against Forced Treatment*. General Assembly in Vancouver, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/resolutions.html)

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

1. LA ÓPTICA CIVIL

1.1. Las normas sobre incapacitación

El análisis de la configuración material y procesal de la incapacitación y de las formas de guarda legal en nuestro Derecho es, por razones de extensión y complejidad, imposible en este trabajo. Nuestro objetivo debe ser más modesto y centrarse en una serie de cuestiones que nos permitan el análisis posterior del tratamiento ambulatorio involuntario en salud mental.

Antes es preciso indicar que las estructuras creadas durante el proceso de codificación del siglo XIX se centraron más en el patrimonio que en las personas de los adultos incapaces [351], estructuras que todavía perviven tras la reforma de 1983 en España y, con carácter general, en el Derecho comparado. Lo anterior ha supuesto una cierta situación de ambigüedad y falta de claridad en las normas sobre el ámbito de la actuación de los guardadores legales en los derechos de la personalidad, cuestión que reviste particular importancia en nuestra exposición.

1.1.1. Capacidad e incapacitación

En sentido jurídico, denominamos «persona» a todo ser capaz de derechos y deberes, es decir, de estar vinculado por relaciones jurídicas, bien sea como sujeto activo (titular de un derecho subjetivo) o pasivo (sometido a un deber jurídico). Sinónimo de «persona» son las expresiones «sujeto de derecho» o «sujeto de la relación jurídica», que se refieren a posibilidades abstractas, no a la titularidad de un derecho determinado, hablamos pues de mera aptitud, de *capacidad jurídica* o *capacidad de derecho*. El Código Civil expresa que el nacimiento de un ser humano determina la «personalidad» [352], la cual se extingue por la muerte [353]. En tiempos antiguos, existían seres humanos carentes de personalidad por distintas razones (por ejemplo, por ser esclavos o haberse decretado su «muerte civil»). Hoy día reconocemos esta aptitud a todos los seres humanos.

Cuestión distinta de la anterior es la vinculada a la aptitud para el ejercicio de tales derechos y deberes o *capacidad de obrar*. La *capacidad jurídica* no puede ser objeto de limitaciones [354]. La *capacidad de obrar* sí que puede limitarse. Las

---

[351] Ampliamente, Bercovitz, Rodrigo. *La marginación de los locos y el Derecho*. Editorial Taurus, Madrid, 1976

[352] Artículo 29 del Código Civil

[353] Artículo 32 C.C.

[354] Durante la discusión de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/RES/61/106) uno de los puntos más candentes fue la supresión de una nota a pie de página en el artículo 12 que expresaba que «en árabe, chino y ruso, la expresión *capacidad jurídica* se refiere a la *capacidad jurídica de ostentar derechos*, y no a la *capacidad de obrar*». Esta se mantuvo hasta la 22ª sesión del Comité Especial encargado de preparar la Convención, celebrada el 5 de diciembre de 2006, días antes de la aprobación por la Asamblea General, momento en que fue suprimidad del texto definitivo. Varias

dos causas de limitación de la capacidad de obrar más importantes, en la actualidad, son las derivadas de la menor edad, consecuencia del hecho evolutivo, y la incapacitación, consecuencia de la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma.

La capacidad de obrar es la regla, puesto que el ordenamiento la reconoce, en principio, a todas las personas mayores de edad [355] y la incapacidad la excepción, dado que esta no se produce mientras no exista una sentencia judicial que así lo declare [356].

Nuestro ordenamiento no realiza una definición de lo que es incapacitación, pero sí que nos define perfectamente cuales son sus causas [357], que es una magnitud graduable [358] y modificable por Sentencia [359]. Interesa comenzar con un análisis de los tres elementos que informan el concepto de causa de incapacidad. Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un «estado mental» propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos:

1. Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico);
2. Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y
3. Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por si mismo (criterio jurídico)

Requisito indispensable para la declaración de incapacidad es el de ser de entidad e intensidad suficiente que el sujeto *no pueda gobernarse en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico* [360]. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004 [361] matiza el concepto:

> El autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también

---

delegaciones pidieron la supresión de la referida nota. El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad se adhirió a las peticiones promovidas desde las diferentes instancias, tanto públicas como de representantes de la sociedad civil, solicitando enérgicamente la supresión de la citada nota a pie de página incluida en el borrador de texto de la Convención. (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. «El CERMI analiza el alcance y repercusión de la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad». *cermi.es*. Actualidad. Octubre de 2006. Disponible en internet: http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/A0CD7E93-7EA8-448A-B24A-46B033DE0A65/8527/Cer6.pdf).

[355] Artículo 321 del Código Civil

[356] Artículo 199 del Código Civil

[357] Enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200 C.C.)

[358] Artículo 760 nº 1 LEC

[359] Artículo 761 LEC

[360] TS 1ª, S 28-07-1998, núm. 818/1998, rec. 1351/1994. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDJ 1998/12946)

[361] STS Sala 1ª de 14 julio 2004, Pte: González Poveda, Pedro (EDJ 2004/86791)

los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de si mismo por si mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial». Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado).

1.1.2. La determinación judicial de incapacidad. Evolución del proceso

En el Derecho romano no era necesaria la intervención de una autoridad judicial o gubernativa para declarar a una persona incapaz, bastaba simplemente constatar la existencia de la enfermedad para que la sociedad le considerara como tal [362]. Es decir, al surgir la enfermedad la persona pasaba a ser incapaz *ipso iure* [363]. Lo que motivaba la intervención de la autoridad era la ausencia de *pater familias* o tutor que daba lugar a la intervención del magistrado para la designación de un curador. Esta situación fue la que predominó en nuestro Derecho hasta la codificación. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 expresaba, en su artículo 1.244, que, para el nombramiento de curador ejemplar, «deberá preceder justificación cumplida de la incapacidad» [364]; sin embargo, no existía un procedimiento separado ni quedaba claro cómo debía hacerse esta justificación, manteniendo los comentaristas de la época que «el loco es incapaz *ipso facto* por la naturaleza y por la ley» [365]. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1882 expresará, en su artículo 1848, que «cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio y se nombrará un curador ejemplar interino, reservando a las partes el derecho que pueda asistirles en el juicio correspondiente», no aclarando definitivamente la cuestión [366].

---

[362] Torrent, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano.* Edisofer, S.L., Zaragoza, 2002. Página 572.

[363] García-Ripoll Montijano, Martín. *La protección civil del enfermo mental no incapacitado.* J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992, página 54

[364] *Ley de Enjuiciamiento Civil.* Edición oficial 2ª. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1855, página 209

[365] Manresa y Reus. *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada.* T. V, Madrid, 1861, página 91 citados por García-Ripoll Montijano, Martín. *Op. cit.*, página 58.

[366] García-Ripoll Montijano señala que, de facto, la jurisprudencia entendía que era la enfermedad la que incapacitaba por sí misma. Cita las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1867, 13 de noviembre de 1868, 23 de febrero de 1870, 30 de septiembre de 1875, 27 de octubre de 1885 y 25 de mayo de 1887 (*Op. cit.*, página 61).

Finalmente, el Código Civil expresará, en su artículo 218, que «la declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente» [367]. Se aparta el Código de la legislación anterior exigiendo una declaración formal de incapacidad y la Ley del Registro Civil de 1957 avanzará aún más señalando que se inscribirán en el Registro Civil «las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas» [368]. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO estima que fue la influencia francesa en el primitivo artículo 213 de nuestro Código Civil de 1889 la que recogió la práctica judicial que existía en dicho país (desde el siglo XIII) de declarar previamente la incapacidad antes de nombrar curador, tradición que se reforzó con el actual artículo 199 del Código Civil, tras la reforma de 1983. Esta práctica judicial francesa se consumó en el siglo XVIII por lo que la *interdiction* se considerará una incapacidad puramente civil distinta de la capacidad natural, creando un nuevo estado a partir del cual los actos son nulos sin atender a la situación mental concreta [369].

Será necesario, sin embargo, esperar a las reformas de la ley 13/1983, de 24 de octubre (Código Civil) y de la ley 34/1984, de 6 de agosto (Ley de Enjuiciamiento Civil), para establecer un proceso completo y estructurado con plenitud de garantías. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991 [370] expresaba que:

> Al establecer las Leyes 13/1983, de 24 de octubre, y 23/1984, de Reforma de Enjuiciamiento Civil, el procedimiento de menor cuantía para toda declaración como la que se impugna buscaron el proceso ordinario declarativo o con plenitud de garantías, por afectar la pretensión a la capacidad de de las personas, pero con quiebra de los principios dispositivo y de aportación de parte, introduciendo el inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales, que deben llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a determinar la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad, lo que trasciende al fallo evitando que el mismo incida en incongruencia, al entrar en juego tanto los intereses privados del presunto incapaz como los públicos que los defienden, y de ahí la actuación del Ministerio Fiscal en todo caso, ya como parte, bien como interviniente.

---

[367] Existían dudas sobre si el procedimiento adecuado era el de los incidentes (Circular de la Fiscalía del T.S. de 25 de enero de 1984 y S.T.S. de 14 de febrero de 1903), o de jurisdicción voluntaria innominado, con fundamento en el artículo 219 del Código Civil que hablaba de «expediente de incapacidad» contra el cual se podrá deducir demanda en juicio ordinario (PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José estimaban que «si no hubiera contienda el procedimiento sería el de los actos de jurisdicción voluntaria y si sobreviene oposición el expediente habrá de tramitarse por las reglas de los incidentes» en notas a Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil. Parte General*. Vol. I, Ed. Bosch Barcelona 1953, página 374). La doctrina dominante entendió que el proceso de incapacitación era un verdadero proceso de partes, ordenado según el patrón de la contenciosidad, si bien de naturaleza sumaria y sin que pudiera confundirse, aun cuando la oposición de alguna de las partes al proceso no se produzca, con un expediente de jurisdicción voluntaria. Sobre el carácter contencioso del procedimiento pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1949 (Ar. 574) y de 1 de marzo de 1985, nº 141/1985. Pte: Albácar López, José Luis (EDJ 1985/7199).

[368] Artículo 1, apartado 5.

[369] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *Op. cit.*, páginas 61 y ss.

[370] STS Sala 1ª de 20 marzo 1991, Pte: Fernández-Cid de Temes, Eduardo (EDJ 1991/3017). Fundamento Jurídico Tercero.

De hecho, se separaron definitivamente el procedimiento de incapacidad y el de nombramiento de guardador legal[371]. Sin embargo, que estas cuestiones fueran ventiladas en el juicio de menor cuantía fue objeto de crítica debido al considerable gasto que originaba a los incapaces presuntos y a las familias, al incremento notable de la actividad del Ministerio Fiscal[372] y a la complejidad del proceso que podía dar lugar a una dilación innecesaria[373].

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, mantendrá lo verdaderamente válido de la reforma ya citada (las garantías procesales) e intentará subsanar los problemas de burocratización denunciados al sustanciar los procesos especiales de incapacidad por los trámites del procedimiento verbal con las especialidades correspondientes a su objeto (artículo 753), tramitación mucho menos costosa y más sencilla. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil permite también el nombramiento del guardador legal en la propia resolución si se hubiera sido solicitado en la demanda y el tribunal accediera a tal petición (artículo 760 número 2), exigiendo la audiencia de los parientes próximos sobre tal extremo, la audiencia del incapaz si tuviera suficiente juicio y de las personas que el tribunal estime oportuno, como recoge el Código Civil en su artículo 231 para el nombramiento si este se realiza en un momento posterior (artículo 759 número 2).

El objeto fundamental del proceso es definir la extensión y límites de la capacidad de obrar y, al mismo tiempo, concretar el régimen de guarda legal a que debe quedar sometido el incapaz (artículo 760 nº 1). Como señala O'CALLAGHAN, la sentencia no declara sino que constituye a la persona en un estado civil nuevo[374].

---

[371] Así, la STS, Sala 1ª, de 27 enero 1998, Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDJ 1998/315) expresaba en su fundamento jurídico tercero: «La constitución de la tutela, en expediente de jurisdicción voluntaria, y el nombramiento de tutor, procede una vez firme la sentencia de incapacitación (artículo 222, 2º, del Código Civil) aplicando la normativa sobre la incoación de aquél (artículo 228 y siguientes), los trámites (artículo 231) y, motivadamente, sobre la designación del tutor (artículos 223 y 234 y siguientes). En consecuencia, no cabe en una misma resolución, la sentencia, constituir la incapacitación y constituir la tutela, nombrando la persona del tutor. Y esta Sala, al hacer este pronunciamiento, verdadero fundamento del fallo, no cambia el criterio que había sustentado la anterior sentencia de 22 de Julio de 1993, sino que lo reitera, pasando ya a formar jurisprudencia en el sentido que le da el artículo 1.6 del Código Civil. En el caso que dio lugar a dicha sentencia, la de instancia constituyó una incapacitación y nombró tutor y se interpuso recurso de casación sobre la designación de éste; la sentencia resuelve el recurso, pero advierte (fundamento único, párrafos tercero, cuarto y quinto): no se puede dejar de constatar que los Tribunales de instancia debieron limitar el contenido de sus resoluciones a la única cuestión que les fue sometida: la declaración de incapacidad de Dª Narcisa, determinando la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que debiera quedar sometida en su caso (artículo 210 del Código Civil). La constitución del organismo tutelar se integra en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, (artículo 231 del Código Civil) que debe iniciarse a partir de la firmeza de la sentencia donde se declara la incapacidad, pues esta resolución constituye el presupuesto indispensable exigido en el número 2º del artículo 222 del mismo texto positivo. En el presente caso se han alterado los trámites procesales, y en la misma sentencia que puso fin al procedimiento declarativo de incapacidad, el juzgador efectuó el nombramiento de la persona del tutor.

[372] Lo cual podía dar lugar, como así fue, a supuestos de terminación anómala del proceso por su incomparecencia en el caso del artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente.

[373] Ampliamente, Martín Granizo, Mariano. *La incapacitación y figuras afines.* Editorial COLEX. Madrid, 1987, páginas 89 y ss.

[374] O'Callaghan, Xavier. «La declaración de incapacidad» en VV.AA. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales.* Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000, páginas 45 a 58.

La situación de inidoneidad natural para regir su persona y administrar y disponer de sus bienes, debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada. La decisión judicial debe apoyarse en la realidad fáctica de la persona del presunto incapaz, comprobada por la prueba que exige el artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El citado artículo no establece limitación en la prueba, pero ordena necesariamente la práctica de tres, exigencias que se extienden también al tribunal de apelación[375]:

1. Audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz
2. Examen personal del mismo
3. Dictamen pericial médico acordado por el tribunal, sin perjuicio de los restantes dictámenes o pericias que sean necesarios

Respecto al examen personal del Juez, como señala nuestro Tribunal Supremo:

> La presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía, en prevención de abusos y maquinaciones, por una parte y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o la Psiquiatría, sino que, científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales carentes de rigurosa fijación. *Por ello se busca que el Juez o Tribunal no describan hechos*, como en las pruebas de reconocimiento judicial o inspección ocular, *sino que emitan una opinión*, con el valor que la opinión del Juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren, pero se abstienen, prudentemente, de definir[376].

---

[375] La STS Sala 1ª de 15 julio 2005, Pte: González Poveda, Pedro (EDJ 2005/116823) expresa, en este sentido: «El art. 759.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha supuesto una trascendental modificación respecto el derogado artículo 208 del Código Civil, al imponer, expresamente y para todo caso, la práctica de las pruebas a que se contrae su apartado 1, extendiendo así el principio de inmediación, de especial relevancia en estos procesos, al Tribunal de apelación. Cualquiera que sea la critica que doctrinalmente pueda merecer el precepto, la obligación que impone al Tribunal de apelación es de estricta observancia por constituir una norma esencial en esta clase de procesos, cuya omisión constituye causa de nulidad de acuerdo con el art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

[376] TS 1ª, S 9-6-1997, núm. 520/1997, rec. 2931/1995. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDE 97/6831). El subrayado es mío. La STS Sala 1ª de 15 octubre 2001, Pte: Romero Lorenzo, Antonio (EDJ 2001/33575) expresa: «La cuestión ha sido abordada por una extensa serie de resoluciones de esta Sala, entre las que cabe mencionar las de 10 de febrero de 1986 (EDJ 1986/1121), 20 de febrero (EDJ 1989/1796) y 12 de junio de 1989 (EDJ 1989/5938), 20 de marzo (EDJ 1991/3017) y 31 de diciembre de 1991 (EDJ 1991/12410), 22 de julio de 1993 (EDJ 1993/7533), 30 de diciembre de 1995 (EDJ 1995/7312) y —ya en fecha posterior a la que es objeto de recurso— 9 de junio de 1997 (EDJ 1997/6831) y 16 de marzo de 2001. A través de ellas se ha establecido una doctrina consolidada respecto a los siguientes extremos: A) El artículo 208 del Código Civil (actualmente derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, pero cuyo contenido ha sido sustancialmente incorporado al artículo 759 de la misma) tenía su antecedente histórico en el artículo 216 de dicho Código, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, imponía a los Tribunales, sin distinción, la precisión de examinar por sí mismos al denunciado como incapaz, antes de declarar su incapacidad. B) Este elemento interpretativo ha de entenderse reforzado por el hecho

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La intervención del médico ha sido mucho más controvertida. El problema vino de la evolución de la psiquiatría como ciencia que se introdujo rápidamente en el marco penal pero de forma más tardía en este ámbito. La obligatoriedad del dictamen médico no se plasmó legislativamente hasta la reforma del Código Civil de 1983[377]. El Tribunal Supremo, bajo la vigencia del artículo 1.244 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, expresó que el artículo no exigía como requisito esencial el reconocimiento facultativo, pudiendo el juez prescindir de él cuando no lo creyese necesario (Sentencia de 28 de diciembre de 1863). El artículo 216 del Código Civil, en su redacción original, sólo exigía que «antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al Consejo de familia y examinarán por sí mismos el denunciado como incapaz»[378]. La Sentencia de la Sala 1ª del TS de 19 de abril de 1990, subrayó que «dicha prueba no estaba exigida como forma esencial de la declaración sumaria de incapacidad en el Derecho anterior y la práctica aconsejable de hacer el reconocimiento del incapaz acompañado de un perito médico o de aportar informes periciales de la misma naturaleza no obligaba a más formalidades que a las de emisión y constancia del dictamen, dado el carácter predominantemente inquisitivo del proceso y naturaleza sumaria del mismo»[379].

Sin embargo, distintas recomendaciones internacionales expresaban la necesidad de que constase la emisión de informes escritos emitidos por expertos cualificados[380]. Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 759 nº 1 «in fine»

---

de que el precepto tenía alcance constitucional, pues al referirse a litigios en que se impugnaba la presunción legal de capacidad de obrar que a todas las personas mayores de edad reconoce el artículo 322 del Código Civil afectaba al derecho fundamental al desarrollo de la personalidad, proclamado por el artículo 10 de la Constitución española. C) En consecuencia, el examen o inspección personal del demandado, constituye, de una parte, un valioso dato probatorio y, sobre todo, una garantía en prevención de abusos y maquinaciones, y, en otro aspecto, una importante ayuda al pronunciamiento de meditadas decisiones constitutivas en una materia que no se halla estrictamente reservada a la Medicina o la Psiquiatría, sino que presenta carácter multidisciplinar y ha de tener en cuenta criterios sociales carentes de rigurosa fijación. D) Por todo ello, puede afirmarse que la norma de que se trata recae sobre materia de orden público, cuya conculcación tendría que ser examinada incluso de oficio, como imponen los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

[377] Artículo 208 («oirá el dictamen de un facultativo»)

[378] Fabrega, comentando el precepto, señalaba: «Ciertamente la ciencia de los Médicos alienistas se ha ponderado mucho; pero creemos que el buen sentido del Juez o Tribunal ha de bastar en la mayoría de los casos para apreciar si una persona se halla o no incapacitada, y por consiguiente damos a esta garantía una importancia tal, que si se cumple en la práctica, como es de esperar, creemos que será el mejor remedio a los abusos que se han dejado sentir (…) cuando ha exigido poco (…) ha dado lugar a lamentabilísimos abusos que registran las crónicas de los manicomios y casas de curación; algunas veces se ha conseguido, merced a las facilidades que se han encontrado, hacer pasar por loco al que no lo era en realidad. Estos abusos dieron lugar a que la Academia de Ciencias Morales y Políticas se ocupara de esta materia y a que el Vizconde de Campo Grande pidiese en el Senado que se adicionara el Código civil con alguna medida encaminada a evitarlos; y efectivamente se consiguió que en la revisión del Código civil, a raíz de su publicación, se continuara el artículo 216 que establece garantías encaminadas a evitar esos abusos». (Fabrega y Cortes, Magín. *Lecciones de práctica forense,* Barcelona, 1921, página 408)

[379] Pte. Sr. Almagro Nosete (EDJ 1990/4224)

[380] Artículo 7 de la Declaración de los derechos del deficiente mental (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, Resolución 2856 XXVI), artículo 4 de la Declaración de los Derechos de los minusválidos (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, Resolución 3447 XXX), Principio 1 apartados 6 y 7 de la Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental (proclamada por la

proclamará que «nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico». No necesariamente el médico debe ser psiquiatra. De hecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 expresaba «el hecho evidente que son precisamente los Médicos forenses quienes vienen emitiendo informe en la mayoría de los procesos de incapacitación, muy especialmente en aquellos supuestos en que los limitados medios económicos de las partes aconsejan abstenerse de requerir —salvo que la índole de la enfermedad de la presunta incapaz lo requiera— el concurso de la Medicina Privada» [381].

1.1.3. La importancia de la graduación

Concepción ARENAL, ya en el siglo XIX, subrayaba la importancia de la graduación a la hora de considerar los derechos del *demente.* [382] Aunque el artículo 285 del Proyecto de 1851, del mismo modo que el artículo 499 del francés y otros de la época, sí que establecían, de modo general, la posibilidad de la graduación, lamentablemente, la sabia opinión de la ilustre jurista tardó mucho en plasmarse legislativamente [383]. Con anterioridad a la reforma de 1983, el Código Civil sólo recogía la posibilidad de graduación para ciertos tipos de incapacidad como la sordomudez (antiguo artículo 218) y la prodigalidad (antiguo artículo 221-2), pero no para los denominados «locos o dementes». El Tribunal Supremo, no obstante, entendió que la extensión de la incapacidad era materia de orden público y que el Juez gozaba en este tipo de procedimientos de mayor amplitud de actuación para acompasarla a las necesidades de la persona incapacitada (SS. de 5-03-1947—re-

---

Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119) y Recomendación no. R(99)4 de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces (principio 12)

[381] STS Sala 1ª de 14 mayo 2003, Pte: Romero Lorenzo, Antonio (EDJ 2003/17164)

[382] «Los derechos del demente, por lo mismo que son muy fáciles de atropellar, deben ser protegidos por la ley con particular esmero y estar rodeados de garantías especiales. / Hay que fijar bien lo que constituye la demencia. / Marcar sus varios grados. / Graduar la pérdida de los derechos por la de la razón, que puede ser parcial o total. / Hacer imposible que sea declarado loco uno que no lo esté, porque no hay injusticia más cruel que la que sobre esta pueda cometerse; derecho más santo que el que tiene todo hombre a que se reconozca en él su cualidad de ser razonable, sin la cual es tratado como cosa; ni muerte más horrible, más traidora, más infame, que la dada a un ser racional en quien se mata la libertad, el derecho, el respeto, la personalidad toda, en fin, secuestrándole del mundo de la inteligencia y de la conciencia, y dejándolo a merced de un loquero. La queja del criminal se escucha, la del loco no se atiende; ni su derecho es derecho, ni su justicia, justicia, una vez declarado ser *sin razón*, las que da no se aprecian, y se miran como una singularidad, como una rareza, como una reminiscencia de su perdido estado anterior, no como cosa respetable y atendible. Ya se comprende la gravedad de declarar a un ser racional fuera de la ley de la razón, y cuánto debe esforzarse el legislador para que sin derecho no se haga. / Repetimos que en todo esto no hay cuestión patológica ni ciencia médica, sino cuestión jurídica y ciencia del hombre y del derecho». ARENAL, Concepción. «Ley de dementes» en *Artículos sobre beneficiencia y prisiones. Volumen III.* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Edición digital (www.ua.es) basada en la edición de Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1900 (Obras completas de Concepción Arenal; 20) - Localización: Biblioteca de Magisterio de la Universidad de Alicante. Sig. ED FA 0/0019 y ED FA 0/0065.

[383] Sin embargo, el artículo 285 del Proyecto de 1851, del mismo modo que el artículo 499 del francés y otros de la época, sí que establecía, de modo general, la posibilidad de la graduación.

ferente a dos hermanas aquejadas de deficiencia mental—, 6-02-1968 —relativa a un supuesto de parálisis general progresiva con signos demenciales— y 21-06-1974). Las posturas doctrinales, particularmente la del profesor DE CASTRO, no eran coincidentes con la posición jurisprudencial[384]. Ser preciso en la «extensión y los límites» de la incapacitación (artículo 760 nº 1 LEC) es, sin lugar a dudas, la cuestión más difícil que puede abordar el tribunal[385].

1.1.4. Familia, instituciones tutelares y cuidado y atención de la persona

«La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». Todo niño tiene derecho «a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado». Estos son principios que se reconocen como fundamento de las sociedades actuales y se encuentran recogidos en los artículos 23.1 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966[386].

---

[384] Ampliamente, ROGEL VIDE, Carlos «La tutela del deficiente mental», en la obra conjunta dirigida por DÍEZ-PICAZO, Luis *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español,* Madrid, 1975, páginas 211 a 220; DE CASTRO, Federico. «Incapacitación del imbécil». *Anuario de Derecho Civil,* año 1948, 1, páginas 291-302;

[385] Merece la pena citar una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Supremo que acogió la posibilidad de graduar la incapacidad del enfermo mental cuando la regulación, al menos teóricamente, no lo permitía: «Aunque la dualidad tutela y curatela que se da en el derecho romano y en nuestro derecho histórico, desaparece de nuestro Código Civil, que, inspirado en el francés refunde las instituciones pupilares, bajo un solo nombre de tutela, subsiste una gran variedad de matices dentro de ellas (…) lo que quiere decir que la unificación ha sido más formal que real; pues aunque desaparece el nombre de la curatela, sólo incidentalmente mencionado en el artículo 1764, se provee bajo el nombre unificado a las múltiples necesidades a que aquella institución respondía (…) en los procesos sobre declaración de incapacidad mental predomina un interés público, cual es, el de *evitar, por una parte, que seres incapaces puedan ser dueños de sus actos, así como que seres capaces pueden ser limitados en sus posibilidades de actuar libremente* y por ello, la actuación del Juez goza de mayor amplitud de la que tiene en los demás procedimientos civiles, tanto para llegar a la obtención de la verdad material, como para *acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado,* ya se trate de los casos previstos por la Ley como de aquéllos que no lo han sido, en este sentido ha llegado a decir la sentencia de este Tribunal de 17 de junio de 1943, repitiendo lo que ya dijo la más antigua de 7 de diciembre de 1901, que a la autoridad judicial incluso para las tutelas ya constituidas, «compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses de menor o incapaz, según, terminante disposición del artículo 292 del citado cuerpo legal» (…) en nuestro Código Civil se aprecia un positivo vacío legal al regular la tutela de los impedidos mentales al no hacer mención de algo que hoy es imposible desconocer cual es la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación del Juez, según la cual existen *enfermos mentales* que *proceden en su vida corriente con cierta normalidad; pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, -a la plenitud de su capacidad de obrar podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven; para ellos tan inadecuada es absoluta incapacitación como la plena capacitación legal;* poco importa que el silencio o desconocimiento por la ley de estas situaciones intermedias, sea intencionada, como parece demostrarlo el hecho de no haber seguido el proyecto de 1851 que las preveía, ni los ejemplos del Código francés de 1804 e italiano 1865, que también las recogía; lo efectivo y real es la existencia de situaciones no previstas, el Código sólo prevé el intervalo lúcido a un solo efecto en el artículo 665; pero no la semilucidez permanente a la que deben proveer los Tribunales de Justicia haciendo uso del relevante poder que el Código español les atribuye en la organización de la tutela y respondiendo a la obligación de fallar en cada caso aún en aquéllos de silencio u oscuridad legal». TS 1ª, S 06-02-1968, núm. 81/1968. Pte: Cantos Guerrero, Antonio (EDE 1968/85). El subrayado es mío.

[386] B.O.E. núm. 103, de 30 de abril de 1977

Menciones a la familia también se encuentran en nuestra Constitución que garantiza la «intimidad personal y familiar» en su artículo 18.1 y «la protección social, económica y jurídica de la familia» (artículo 39.1). Alusiones a la protección de los menores aparecen en el citado artículo 39, números 2 y 3, al establecer que los poderes públicos aseguran «la protección integral de los hijos» y que «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

Las funciones tutelares pretenden llenar el vacío cuando se produce la ausencia de la patria potestad. En las instituciones tutelares claramente se advierte el paralelismo o similitud con la patria potestad, de la que son como una continuación o derivación y por eso precisamente reciben la calificación de instituciones *cuasi-familiares*, al ser creadas a modo y en sustitución de la familia, dejando a salvo las diferencias que provienen del origen natural del vínculo que une a padres e hijos, diferencias que se traducen en la mayor relevancia que adquieren los órganos de fiscalización y control de la tutela. También aquí, como en la patria potestad, más que de derecho debe hablarse de función que podría calificarse de poder o potestad. Tienen una finalidad tuitiva y protectora, que se da no en interés del que la ejerce, sino de la persona sometida, siendo su contenido un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esa función[387].

La familia, sin embargo, es una de las instituciones que mayores cambios ha experimentado a lo largo de la historia. La relación de los padres con los hijos se estableció, inicialmente, de una forma prácticamente dominical, fruto de una sociedad organizada alrededor de una familia extensa que giraba bajo la autoridad del padre. En el Derecho Romano, por ejemplo, el *pater familias* podía exponer a sus hijos, someterlos a duros castigos corporales, condenarles a muerte, venderlos, arrendarlos o darlos en matrimonio sin su consentimiento[388]. En el propio Derecho Romano se fue modulando este terrible contenido. Particularmente, los últimos ejemplos de la condena a muerte por sentencia paterna (*ius vitae et necis*) datan del tiempo de Augusto y suscitaron la indignidad pública[389]. La influencia del cristianismo modificó la orientación de la idea de «poder» hacia la idea de «deber» (*officium*), surgiendo legislación dulcificando la situación del hijo en época de Constantino y, particularmente, de Justiniano. En nuestro Derecho medieval, aunque seguía existiendo el poder paterno, se rechazaron las costumbres que permitían el rigor en el Derecho de corrección y los tratos inhumanos[390].

---

[387] Lete del Rio, Jose-Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo, Manuel Madrid, 1985. Página 240.

[388] Torrent, Armando. *Op. cit.* Páginas 516 y 517

[389] Veyne Paul. *Historia de la vida privada. Imperio romano y antigüedad tardía.* Dirigida por Philippe Ariès y Georges Duby. Madrid, 1991. Páginas 40 y 41.

[390] Castan Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V.* Editorial Reus, S.A. Madrid, 1985. Páginas 208 y 209. Así, las Observancias de Aragón afirmaban que «de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem». La *Lex visigothorum* (lib. V. tít. IV, ley 12) y el Fuero Real (lib. III. Tít. X, ley 8ª) prohibían a los padres vender, donar o dar en prenda a sus hijos bajo la sanción de nulidad de tales actos y pérdida

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

En la época de la codificación, no obstante, la sociedad todavía era agraria, extensa y patriarcal y la preocupación fundamental de los Códigos se encontraba en la conservación del patrimonio familiar y la herencia. Aunque ya se recogía como causa de privación de la patria potestad el trato a los hijos «con dureza excesiva» (artículo 171 del Código Civil en su primitiva redacción) y que la facultad de corrección sólo cabe ejercerla «moderadamente» (artículo 155.2 del Código Civil en su primitiva redacción). Nos interesa destacar, sin embargo, la existencia de preceptos que regulaban la intervención pública en auxilio de la autoridad de los padres sobre los hijos. Así, el artículo 156 de nuestro Código Civil expresaba, en su redacción originaria:

> El padre y, en su caso, la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en instituto legalmente autorizados que los recibieren.
>
> Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice [391].

El origen histórico de tales normas se encuentra en los artículos 375-382 del Código de Napoleón de 1806 que preveían, entre *otros medios de corrección*, el poder del padre para hacer detener al hijo menor *durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento sobre su conducta.* Si el hijo era menor de 16 años, el presidente del tribunal no podía juzgar en modo alguno la decisión del padre y debía *a petición suya* ordenar su arresto; si, por el contrario, el hijo era mayor de 16 años o tenía bienes propios, el presidente tenía la facultad de aceptar o de rechazar la orden de arresto. En todo caso, no se exigía *escrito ni formalidad judicial ninguna,* sino sólo *la orden de arresto, sin mencionar sus motivos* (artículo 378); y el padre siempre tenía en sus manos el poder de *anular la detención que había ordenado o solicitado* (artículo 379). Estas normas pasaron a los códigos civiles europeos (por ejemplo, al italiano de 1865, artículo 222, tradición que fue continuada por el artículo 319 del código civil de 1942, que con algunas modificaciones sustanciales, mantuvo vigente el tenor del artículo hasta la reforma del derecho de familia de 1975) [392].

---

por el comprador del precio que hubiesen entregado. Las Partidas sólo en casos muy excepcionales admitían los derechos de vender y de matar al hijo y, en cambio, advertían de modo general que el castigo debe ser «con mesura e con piedad», decretando la privación de la patria potestad al padre que castigase cruelmente al hijo (Part. IV. Tít. XVIII, ley 18).

[391] Véase, asimismo, el artículo 11 de la derogada Ley de Tribunales Tutelares de Menores, Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

[392] Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1998. Páginas 787, 804 y 805. Farge y Foucault encuentran el origen de estos preceptos en el final de las denominadas *lettres de cachet* (órdenes del rey que, por diferentes razones, permitían el encierro fuera del proceso judicial)

En la actualidad, las legislaciones modernas han ido adaptándose a esta concepción de función en beneficio de los hijos, acentuándose las facultades de fiscalización del ejercicio de la autoridad paterna, al entenderse que el Estado tiene el deber de vigilar su correcto ejercicio. Este es el sentido de las reformas operadas en Francia a partir de la ley de reforma del Código Civil de 4 de junio de 1970; en Italia, a partir de la ley de reforma del Código Civil de 1975; en Portugal, a partir de la ley de reforma del Código Civil de 25 de noviembre de 1977, en Alemania, a partir de la Ley de reforma de 18 de julio de 1979[393]. Ello ha derivado, además, en una sucesión de normas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989[394] en la que resalta la protección del interés del menor.

También nuestro país ha recogido en su legislación esta corriente internacional, particularmente a partir de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y posteriores leyes 13/1983, de 24 de octubre (tutela) y 21/1987, de 11 de noviembre (adopción y otras formas de protección de menores) y L.O. 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor[395].

---

en las que se preservó la autoridad paterna eliminando otros aspectos de la vida familiar (particularmente determinados conflictos conyugales como, por ejemplo, el maltrato o abandono a la mujer por el marido) que anteriormente permitían la detención. Citan la Circular del Ministro Breteuil de 1784 en la que se trata este problema y el proyecto de organización general de la justicia y la policía de Sieyès, redactado en 1789 como precedentes (Farge, Arlette/ Foucault, Michel. *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*. Éditions Gallimard, Julliard, 1982. Páginas 357 a 363).

[393] Castan Tobeñas, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo V.* Editorial Reus, S.A. Madrid, 1985. Páginas 209 a 212

[394] BOE de 31 de diciembre de 1990

[395] La Exposición de motivos de la L.O. 1/1996 de 15 de enero ofrece una exposición sobre los principios que inspiran las reformas: «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto «ser escuchado si tuviere suficiente juicio» se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos. Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto. El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que *la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos*. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: *las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección* (...) Por otra parte, del conjunto de derechos de los menores, se ha observado la necesidad de matizar algunos de ellos,

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

El citado artículo se modificó tras la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, pasando a formar parte del actual artículo 154 que expresa que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre y que está se ejercerá siempre *en beneficio de los hijos*, de acuerdo con su personalidad, comprendiendo una serie de deberes y facultades que expresa el texto, finalizando el artículo expresando que «los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad». La configuración de esta facultad se ha realizado excluyendo el carácter inicialmente punitivo que tenía inicialmente en el Código Civil para configurarlo como una función de protección. Claramente se observa este carácter protector, con aplicación gradual en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo estructura de la siguiente manera:

- Mediante la atención inmediata de las autoridades y servicios públicos a las necesidades del menor (artículo 14)
- Potenciando al máximo la colaboración del menor y de su familia, interfiriendo lo menos posible en su vida escolar, social o laboral (artículo 15)
- Estableciendo un principio de evaluación obligatoria de las situaciones denunciadas por parte de las entidades públicas competentes en materia de protección y de adopción de medidas necesarias para su resolución (artículo 16)
- Adoptando las actuaciones necesarias para la reducción y el seguimiento pertinente ante situaciones de riesgo y dificultad social en la situación personal y social en que se encuentra en menor y su familia (artículo 17)
- Asumiendo la guarda del menor cuando los padres o tutores, por circunstancias graves, no puedan cuidar del mismo, previa solicitud de estos (artículo 19 de la ley y 172 del Código Civil)
- Asumiendo la guarda *cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda* (artículo 19 de la ley y 172 del Código Civil)[396].

---

combinando, por una parte, la posibilidad de su ejercicio con la necesaria protección que, por razón de la edad, los menores merecen. (…) Subyace a lo largo de la Ley una preocupación basada en la experiencia extraída de la aplicación de la Ley 21/1987, por *agilizar y clarificar los trámites de los procedimientos administrativos y judiciales que afectan al menor, con la finalidad de que éste no quede indefenso o desprotegido en ningún momento.* Esta es la razón por la que, además de establecerse como principio general, el de que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral (…) En definitiva, se trata de consagrar un principio de agilidad e inmediatez en todos los procedimientos tanto administrativos como judiciales que afectan a menores para evitar perjuicios innecesarios que puedan derivar de la rigidez de aquellos. (…) Una reflexión que actualmente se está haciendo en muchos países es si las instituciones jurídicas de protección de menores dan respuesta a la diversidad de situaciones de desprotección en la que éstos se encuentran. La respuesta es que tanto la *diversificación de instituciones jurídicas como la flexibilización de las prácticas profesionales, son indispensables para mejorar cualitativamente los sistemas de protección a la infancia».*

[396] La «guarda» del artículo 172 nº 2 se puede definir como «una figura jurídica consistente en la protección de los menores, durante el tiempo necesario, a cargo de la entidad pública correspondiente, mediante el internamiento de dicho menor en un centro o institución *ad hoc*, público o privado, y a solicitud de quien tenga potestad sobre el menor concurriendo las circunstancias señaladas por la Ley, o por acuerdo judicial» (Feliu

- Asumiendo la tutela automática en los casos de desamparo (artículo 18 de la ley y 172 nº 1 del Código Civil), es decir, cuando de hecho existe incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda y protección de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material, situación que supone la suspensión de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

Analizado el proceso en la legislación de menores es tiempo de hablar de los mecanismos tutelares. En el Derecho Romano, tanto la *tutela* como la *cura* se establecieron como dos institutos de protección que se ejercitaban principalmente sobre las personas necesitadas de defensa, referidas al ámbito patrimonial y no a la protección de las personas [397]. Entre las diferentes formas de cura se encontraba la *cura furiosi* que no necesariamente se refería a una persona en estado de agitación sino a cualquier persona con enfermedad mental que, siendo incapaz de actuar por sí misma en el mundo del Derecho se le ponía un *curator* con las mismas funciones que tenían los tutores [398], institución eminentemente centrada en el ámbito patrimonial, administrando el patrimonio del afectado y actuando en su nombre, aunque ciertos actos podían tener validez en el caso de los denominados «intervalos lúcidos».

En nuestro Derecho histórico [399], se diferenciaba la tutela, aplicable a los menores de edad impúberes no sujetos a patria potestad, y la curatela a los mayores de edad incapaces (Partida 6, 16, 13), menores púberes no sujetos a patria potestad y también a los pródigos, siguiendo el sistema romano. Las leyes procesales civiles no modificaron el esquema anterior. Esta distinción persistió, en lo que concierne a los adultos incapaces, en los proyectos de Código Civil

---

Rey) y viene caracterizada por las siguientes notas: 1) Se trata de una medida provisional (este carácter viene explicitado, en el texto de la Ley, mediante la expresión del artículo 172 nº 2 «asumirá sólo la guarda durante el tiempo necesario»); 2) Es una figura subsidiaria respecto del acogimiento familiar; 3) No es «automática» (como la tutela regulada en el artículo 172 nº 1) puesto que se precisa o solicitud dirigida a la Entidad Pública por los legitimados para ello o la puesta en marcha de la vía judicial que el artículo 172 nº 2 prevé (uno de cuyos motivos, obviamente, son las situaciones previstas en el artículo 158 C.C.: asegurar la prestación de alimentos y garantizar la satisfacción de las necesidades y evitar, en general cualquier peligro o perjuicio al menor). La disposición adicional tercera de la L.O. 1/96 señala expresamente que *tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.* Feliu Rey, Manuel-Ignacio. *Comentarios a la ley de adopción.* Editorial Tecnos. Madrid, 1989. Páginas 40 a 50. El autor hace notar la influencia en nuestra legislación de las reformas italiana de 4 de mayo de 1983 y francesa de 6 de junio de 1984. Ampliamente, sobre protección del menor, González Pillado, Esther/Grande Seara, Pablo. *Aspectos Procesales Civiles de la Protección del Menor.* Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

[397] Sanz Martín, Laura. *La tutela en el Código Civil y su precedente histórico la tutela romana.* Dykinson, Madrid, 1998. Página 14.

[398] Torrent, Armando. *Op. cit.* Páginas 516 y 517. García-Ripoll Montijano, Martín. *Op. cit.*, página 53 señala que existe polémica sobre si la distinción de los términos «furiosus», «dementia» y «mentecaptus» tenían o no alguna relevancia jurídica o, por el contrario, todos se referían a la misma realidad. Sobre la cura furiosi, ampliamente, Oliviero, Diliberto. *Studi sulle origini della «cura furiosi».* Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984.

[399] Ampliamente, Rogel Vide, Carlos «La tutela...

de 1821 (artículo 394) y 1851 (artículos 171 y 278). La distinción desaparece en el anteproyecto de Código Civil de 1882-1888 y es la solución que adoptó originariamente nuestro Código Civil que unificó ambas señalando que «el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos» (artículo 199), siguiendo la orientación francesa de utilizar sólo una institución. Tras la reforma introducida por la Ley 13/1983 de 24 de octubre, se ha restablecido este órgano complementario de la tutela, pero dotándolo de un nuevo contenido. El artículo 286 vigente señala que «están sujetos a curatela: 1º Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad. 3º Los declarados pródigos» y el artículo 287 añade: «igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación, o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.» Coexisten, pues, la tutela y la curatela en el ámbito de los adultos incapaces radicando la diferencia en el ámbito más limitado de las funciones de esta última que radican en «la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (artículo 289) entendiéndose, para el caso de que nada expresase la resolución judicial para este particular, que su intervención «se extenderá a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial» (artículo 290). Los actos realizados sin la intervención del curador no son ineficaces, sino que el artículo 293 señala que son meramente anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela.

BERCOVITZ, examinando la estructura legal vigente con anterioridad a la reforma del Código Civil de 1983, estimó que los preceptos de la tutela estaban pensados fundamentalmente para los menores, careciendo de un esquema conceptual concreto para los adultos incapaces. En gran parte de las ocasiones tales preceptos resultaban claramente inadecuados (como el ejercicio del derecho de corrección). La tutela del menor estaba calcada de las normas de la patria potestad que, en definitiva y como señala el autor, estaba concebida en la época como un poder de los padres sobre la persona de los hijos que se consideraba pleno, bien que sometido a la función de protección, pero tal condicionamiento estaba prácticamente dejado al arbitrio de los padres salvo que mediara una causa grave que hiciera necesaria la intervención judicial[400].

El interés público, hoy día, se manifiesta mediante la forma de control judicial, mucho mayor en la tutela dado que nuestro derecho ha adoptado el principio de tutela de autoridad (frente al anterior sistema tutelar basado en el Consejo de familia), pero también presente en sede de patria potestad, como lo demuestran los artículos 158, 166 y 170 C.C. Las fórmulas de «Consejo de familia», como ya se manifestaba con anterioridad a la reforma, carecen de sentido en una sociedad

[400] BERCOVITZ, Rodrigo. *Op. cit.*, páginas 50 y 51.

que, como la actual, ya no está regida por las formas de familia extensa sino por las más reducidas o nucleares en la que es muy difícil la reunión de todo el grupo de ascendientes y, sobre todo, colaterales[401]. Al margen de referencias inespecíficas, la alusión más importante del Código Civil a la materia personal era la recogida en el artículo 269 nº 3 que exigía autorización del Consejo de familia (no la judicial) para la reclusión del incapaz en establecimiento de salud, salvo que la tutela estuviera desempeñada por el padre, la madre o algún hijo[402].

Realmente, eran muy pocos estadísticamente los Consejos de familia que se llegaban a constituir de una manera regular y menos aún los que funcionaban de una manera estable y constante[403]. El mecanismo de la tutela, además de caro y engorroso, era inútil por otra circunstancia señalada por BERCOVITZ:

> Se incapacita a los enfermos mentales encerrándoles en los establecimientos psiquiátricos y nada más. Con lo que se logra una incapacitación mucho más fuerte que la prevista en el Código Civil (la derivada de una privación absoluta de libertad y de un control personal permanente), sin ningún tipo de garantías, y en la que el enfermo queda totalmente desprotegido. Jurídicamente nadie se ocupa de sus intereses[404].

Aunque no fue el caso de nuestro Código, legislaciones europeas de internamiento como la francesa de 1838 (artículos 32 a 38), la holandesa de 1884 o la italiana de 1904 (artículo 2) permitieron fórmulas que restringían la capacidad civil por el simple hecho del internamiento, permitiendo el nombramiento de administradores provisionales. Dichas fórmulas persistieron hasta finales de los 70 en que, a raíz del caso Winterwerp (STEDH de 24/10/1979) que analizó el artículo 32 de la ley holandesa, se estableció que la privación de libertad que suponía un internamiento no permitía la privación del derecho de audiencia ante un tribunal imparcial para la determinación de la capacidad civil, conllevando infracción del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

[401] Rogel Vide, Carlos «La tutela del deficiente mental»..., páginas 223 y 224

[402] Bercovitz estima que la referencia que la redacción primitiva del Código civil hacía al internamiento de los enfermos mentales no constituía una excepción a la tesis de que el Código estaba fundamentalmente preocupado por su aspecto patrimonial. El precedente del artículo 269 nº 3 era el artículo 298 del Anteproyecto de Código civil de 1851 que señalaba que «la primera obligación del curador ha de ser cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad; y a este objeto se han de aplicar principalmente los productos de sus bienes. El consejo de familia decidirá si el incapaz ha de ser cuidado en su casa o trasladado a un establecimiento público: pero no intervendrá en esto cuando el curador sea el padre, la madre o el hijo». Garcia Goyena comentaba que se trataba de alejar «al consejo y curador de acceder a las sórdidas o inhumanas economías que puedan proponer los presuntos herederos» (Garcia Goyena, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español.* Reimpresión de la edición de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de Zaragoza. Zaragoza, 1974). El 264 nº 2 del primitivo Código («el tutor está obligado: 2. A procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo que éstos adquieran o recobren su capacidad») reproduce la primera parte del citado artículo 298 del Anteproyecto y, a juicio de Bercovitz, lo que fija es el orden de las obligaciones patrimoniales del tutor: primero alimentarles y luego educarles, si son menores, y curarles de sus defectos, si son mayores incapacitados. (Bercovitz, Rodrigo. *Op. cit.*, páginas 53 a 55).

[403] Rogel Vide, Carlos «La tutela del deficiente mental»..., páginas 222

[404] Bercovitz, Rodrigo. *Op. cit.*, páginas 33 y 34.

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

No cabe duda que las funciones de vigilancia y control del adulto incapaz conllevaban la posibilidad del encierro en casa particular. Así, en nuestro Código Penal, hasta la reforma de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, el artículo 580, incluido en el Libro III («De las faltas y sus penas»), señalaba que

> Serán castigados con las penas de multa de 500 a 5.000 pesetas y reprensión privada: 1) Los encargados de la guardia o custodia de un enajenado que le dejaren vagar por las calles o sitios públicos sin la debida vigilancia. 2) Los dueños de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en disposición de causar mal.

El citado precepto viene del artículo 495 nº 8 del Código Penal de 1850 que, a su vez, lo tomó del artículo 475 nº 7 del Código Penal francés, que ya vimos con anterioridad. El decreto del 31 regulaba una forma de internamiento domiciliario, denominado «aislamiento involuntario en asistencia privada o familiar organizada». El artículo 26 señalaba que los médicos que la acordaran tenían obligación de comunicarla al Gobernador Civil en el plazo de 48 horas, notificando que se habían tomado las medidas convenientes para su custodia (artículo 26)[405]. El Decreto advertía de la responsabilidad de la familia o del representante legal que, advertidos de la situación de peligrosidad por el médico, no tomara las medidas de previsión correspondientes (internamiento, vigilancia particular), declarando que «son responsables civilmente de las acciones delictivas del enfermo contra la vida de los demás».

Este modelo de secuestro privado ha sido algo habitual incluso en culturas alejadas a la nuestra. En Japón, por ejemplo, hasta el final de la segunda guerra mundial era práctica habitual que los pacientes mentales fueran confinados dentro de sus propias casas, siendo cuidados por sus parientes o por la servidumbre[406].

BERCOVITZ relata un caso en la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1897 en el que el enfermo fue atado con una cadena durante dos años por los familiares y encerrado con ayuda de los vecinos. Tras la denuncia, la Audiencia condenó por detención ilegal, pero el Tribunal Supremo absolvió atendiendo a cuatro argumentos: 1) el deber que existe de custodia por su peligrosidad; 2) la ausencia de intención de detener sino de cuidar; 3) la actuación irregular fue debida, en parte, a los gastos que derivarían del expediente previsto para la reclusión; 4) por último, que el afectado se encontraba bien atendido —en especial, bien alimentado— en su encierro.[407]

---

[405] No deja muy claro el Decreto a que tipo de asistencia se refiere. El artículo 1º señala que todo enfermo psíquico debe recibir asistencia médica, bien privada en medio familiar o bien en Establecimiento psiquiátrico, público o privado. Los Establecimientos (llámese Manicomio, Casa de salud o Sanatorio), sean públicos o privados, son aquellos que admitan a enfermos psíquicos en número mayor de cinco y estén dirigidos por especialista, según el Decreto de 1931. Probablemente se hacía referencia a la *casa de curación* ya regulada por la legislación de internamiento previa (también hace referencia a la *cura in casa privata* el artículo 1 de la ley italiana de 1904)

[406] Szasz, Thomas. *Esquizofrenia. El símbolo sagrado...* Páginas 37 y 154

[407] Bercovitz y Rodriguez-Cano, Rodrigo. *Op. cit.* Páginas 86 a 88

Hoy día muchos pacientes permanecen en domicilios familiares y continúan existiendo disposiciones que atribuyen la responsabilidad por los perjuicios causados por los incapacitados que están bajo su guarda (así los artículos 1903 del Código Civil o el artículo 120 del Código Penal). Repugna pensar que, en algunos casos, las situaciones de privación de libertad, con mejores o peores condiciones, puedan ser un hecho en el momento actual por falta de preparación de la familia y ausencia de atención socio-sanitaria por parte del Estado.

1.1.5. Mecanismos de representación y derechos de la personalidad

En lo que nos interesa, podemos distinguir tres situaciones de guarda legal de adultos incapaces en nuestro Derecho: la patria potestad (prorrogada o rehabilitada), la tutela y la curatela[408]. En lo que nos concierne, el sistema de complemento de capacidad que se regula, procedente del Derecho Romano y fundamentalmente relativo a la materia patrimonial, se centra en dos posibilidades: gestionando directamente los intereses del afectado realizando los negocios incluso sin consultarle (*negotiorum gestio*) o reforzando la opinión de afectado con su autoridad cuando este último podía actuar por su cuenta (*interpositio auctoritas*). La representación y la asistencia constituyen también hoy las dos formas básicas. Vamos a centrarnos en la representación. Nuestro problema radica en el alcance de ésta en el ámbito de los denominados derechos de la personalidad[409].

El Código Civil establece, en su artículo 162 nº 1 que los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal, exceptuándose, entre

---

[408] Junto a las disposiciones del Código Civil, dos autonomías presentan disposiciones particulares. Así, en Cataluña, el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio) presenta disposiciones sobre prórroga y rehabilitación de la patria potestad (artículos 160 a 163), tutela (artículos 167 a 236) y curatela (artículos 237 a 246) y Navarra contiene una disposición sobre prórroga y rehabilitación de la patria potestad (Ley 67 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo, tras su modificación por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril). La figura de la patria potestad prorrogada es infrecuente en el derecho comparado con la excepción de la *minorité prolongée* del derecho belga (sobre esta última y sobre la génesis del artículo 171 del Código Civil, López Pérez, Jerónimo. *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad.* J. M. Bosch editor, S.A. Barcelona, 1992, páginas 17 a 32)

[409] En cuanto al ámbito de lo que deban considerarse derechos de la personalidad, parece que hay coincidencia en estimar que hay una conexión indudable con los derechos fundamentales de la persona. La norma básica es el artículo 10, apartado 1, que señala: *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social.* El Título I recoge los más elementales derechos de la personalidad entre los que se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16), el derecho a la libertad ambulatoria (artículo 17), el derecho al honor, intimidad familiar y propia imagen (artículo 18 nº 1), la inviolabilidad del domicilio (artículo 18 nº 2), el secreto de las comunicaciones (artículo 18 nº 3), la libre elección de residencia (artículo 19), el derecho a recibir información y libertad de expresión (artículo 20), reunión (artículo 21), asociación (artículo 22), sufragio (artículo 23). Hay también otros que la doctrina enuncia como el derecho al nombre o el derecho de autor en sus manifestaciones extrapatrimoniales. Es de reseñar que estos derechos no son absolutos en su contenido sino que *están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común* (Castan Tobeñas *Derecho Civil Español común y foral.* Tomo I, volumen II, página 359; Madrid, 1982)

otros, «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»[410]. Para la tutela, el artículo 267 establece que el tutor es el representante del incapacitado «salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». El Código de Familia de Cataluña establece en su artículo 155 que el padre y la madre titulares de la potestad son los representantes legales pero se exceptúan, entre otros, «los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo». Del mismo modo, el artículo 269 establece una previsión similar para el tutelado añadiendo también «los que, de conformidad con las leyes y las condiciones de la persona tutelada, puede realizar por si misma». Por su parte, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, establece, en su artículo 4, que «el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad», estableciendo el número 2 del artículo que «las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva» y, en su artículo 9, que «la representación legal del que no ha cumplido los catorce años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor», expresando seguidamente que «se exceptúan de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad. El artículo 36 establece que «salvo lo previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido». Los artículos 17.1 y 21 establecen una serie de reglas en la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad aplicables según tengan más o menos de 14 años[411] y el 32 para los casos de

[410] La patria potestad, prorrogada o rehabilitada, se rige por lo dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a lo dispuesto en las reglas del Título VII del Libro I que regula las relaciones paterno-filiales, de conformidad con el artículo 171.

[411] Artículo 17. *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad.* 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas: a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

Artículo 21. *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad.* 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor mayor de catorce años dependerá de su exclusiva voluntad, con las salvedades siguientes: a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia prevista en el artículo anterior. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. 2. Si el menor no está en condiciones de decidir sobre ella, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

mayores no incapacitados que carecen de capacidad de decisión[412] y 122 y 136 para los sometidos a tutela o curatela[413].

El profesor DIEZ-PICAZO[414] afirma que cuando se habla de la teoría general de la representación se recogen dos figuras. La primera la representación legal y la segunda la representación voluntaria (poder o autorización para obligar a otro o para contratar en su nombre en virtud de un mandato expreso o tácito). Las diferencias fundamentales de la denominada representación legal respecto a la voluntaria son las siguientes:

1. La heteronomía: En la representación voluntaria, las voluntades del representante y del representado juegan un relevante papel en la formación del negocio jurídico; en la representación legal se produce la plena, total y completa sustitución del representado por el representante, sin que el representado pueda tener en el acto ninguna intervención.
2. La necesidad: La razón de ser de la representación voluntaria se encuentra en una «ampliación» del ámbito de actuación de la persona representada (*concesión de legitimación al representante*). En la representación legal, en cambio, se encuentra en la «necesidad» de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona (*poder de configuración en la esfera jurídica ajena*).
3. El origen: El carácter voluntario de la primera figura contra el carácter normativo de la segunda.

El profesor DIEZ-PICAZO estima que debe mantenerse la unidad de ambas figuras dentro de la denominada teoría de la representación puesto que, en ambos casos, el representante gestiona o tutela los asuntos e intereses del representado y esa actuación es posible que produzca sus efectos de una manera directa en

---

[412] Artículo 32. *Intromisión en los derechos de la personalidad.* Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidirla por sí mismo requiere el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado que se ocupe de él. A falta de tales personas resolverá el Juez lo que estime más conveniente para éste.

[413] Artículo 122. *Contenido personal de la tutela.* 1. Las funciones del tutor del menor dependen de la edad de este y tienen en cada etapa de su evolución el mismo contenido que la autoridad familiar de los padres, con las modificaciones previstas en este Título. 2. Las funciones del tutor del incapacitado serán las que señale la sentencia de incapacitación. En su defecto, se considerará que tienen el mismo contenido que la autoridad familiar sobre los hijos menores de catorce años, con las modificaciones previstas en este Título.

Artículo 136. *Curatela de incapacitados.*1. La sentencia de incapacitación debe determinar los actos para los que el incapacitado necesita la asistencia del curador. Si no dispone otra cosa, se entenderá que la requiere, además de para los actos determinados por la ley, para aquellos en los que la precisa el menor mayor de catorce años. 2. La sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal. 3. Si el incapacitado hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador quien hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga motivadamente otra cosa. 4. A esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción.

[414] Diez-Picazo, Luis. *La representación en el Derecho Privado.* Editorial Civitas. Madrid, 1979 (reimpresión de 1992), fundamentalmente páginas 48 a 51 y 285 a 290

el patrimonio o en la esfera jurídica del representado. El autor señala que hay que distinguir la genuina representación legal de los supuestos de complemento de capacidad (*interpositio auctoritas*). Si una persona es llamada por la ley a concurrir con otra, para hacer plenamente válido un acto de ésta, que sin aquel concurso no lo sería, no hay en puridad auténtica representación legal. Parte y autor del negocio continúa siendo el titular del interés deducido en el negocio. La concurrencia, el concurso o la interposición de *auctoritas* funcionan como un elemento adicional, pero no convierten al interviniente en genuino representante. A juicio del autor, la función genuinamente representativa en la representación legal es de interpretación restrictiva, aun cuando los códigos y las leyes propenden a formularla genéricamente.

En lo que nos atañe, el insigne profesor estima que en el ámbito o esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden el padre o la madre que ejercen la patria potestad operar sin consentimiento del hijo y que en esta esfera su función es la de puro complemento de capacidad[415]. La idea parece matizarla en trabajos posteriores[416] puesto que al comentar la excepción prevista en el artículo 162 nº 1 el autor concluye que en los derechos de la personalidad no cabe la representación legal, si el padre adoptase una decisión respecto a ellos (p. ej. autoriza una operación quirúrgica) porque el hijo no puede actuar o decidir, lo haría en cumplimiento de su deber de velar por él, no como representante legal. El autor matiza también que la actuación se refiere al menor sin conexión con una determinada edad, que habrá que estarse a la norma concreta que la regule en cada caso y que, en defecto de norma que fije su ejercicio, debe entenderse que el menor está legitimado para actuarlos, si bien ha de poseer suficiente juicio o la suficiente madurez, y ello debido a su especial naturaleza (que debe favorecer las menores restricciones posibles para su actuación)[417].

VENTOSO ESCRIBANO[418] considera que la redacción del artículo 162 nº 1 no es clara y que la del Proyecto precedente era distinta, excluyendo de la representación paterna los actos y acciones de ejercicio de los derechos de la personalidad que el hijo pueda realizar por sí de acuerdo con sus condiciones de madurez, lo que implicaba que el hijo podía ejercitarlos si las poseía y, en caso contrario, entraba en juego la representación paterna. La redacción que finalmente se aprobó, no ganó, a juicio de este autor, claridad y presenta dificultades a la

---

[415] Diez-Picazo, Luis, *Op. cit.*, página 286.

[416] Diez-Picazo, Luis y Gullon, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones* (6ª edición). Editorial Tecnos. Madrid, 1992. Página 292.

[417] La doctrina suele estar de acuerdo con este planteamiento del profesor Diez-Picazo (considerar que se trata de actos personalísimos en los que no cabe la representación pero que la actuación se realiza dentro de la facultad de «velar» que señala el C.C.), tanto para el padre como para el tutor, en materia de menores. Así Lete del Río *(Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo IV, Madrid, 1985, página 368) y Prats Albentosa *(Derecho de familia,* coordinado por V.L. Montes Valencia, 1991, página 469).

[418] Ventoso Escribano, Alfonso. *La representación y disposición de los bienes de los hijos.* Editorial COLEX. Madrid, 1989, páginas 138 y ss.

hora de realizar una interpretación lógica. El primer problema que se plantea es el de la delimitación de los denominados derechos de la personalidad. El segundo problema es el de si la excepción es o no absoluta. El autor estima que excluir la representación de los padres, fuera de los supuestos en que el menor tenga las suficientes condiciones de madurez, podría dar lugar a que los intereses del hijo quedaran lesionados. Otro problema es el de si se exige previsión legal concreta. En opinión del autor el código ha excluido de la representación paterna aquellos actos que las leyes permiten hacer al hijo (por ejemplo el artículo 663 que permite testar a los mayores de 14 años), pero en materia de derechos de la personalidad, al no haber remisión a otra normativa, ha tenido que imponer una exigencia: madurez.

El autor parece admitir la tesis de JORDANO FRAGA que distingue: en primer lugar, los derechos de la personalidad, en los que actuará el hijo si tiene suficiente capacidad natural y, en caso contrario, será el padre quien deba intervenir; en segundo término, los actos que el menor, de acuerdo con las leyes, pueda realizar por sí mismo y, en tercer término, los actos que pueda verificar de acuerdo con sus condiciones de madurez. Así, con fundamento en esta última esfera el menor tiene un ámbito de actuación que la realidad social admite: compra de tebeos, chocolatinas, lápices, etc. Señala el autor que la tesis es interesante y ofrece apoyo a esa realidad social, sin embargo quizá la copulativa «y» del artículo 162 sea un escollo gramatical. Aún aceptando esta interpretación, VENTOSO señala que la referencia a las condiciones de madurez es sumamente inconcreta y que constituye un criterio que genera inseguridad y normalmente será objeto de apreciación *a posteriori* por los tribunales. Posiblemente, señala, el dato utilizado sea el más justo pero a veces lo perfecto llega a ser utópico y constitutivo de dificultades. De cualquier modo creemos que esas condiciones de madurez se deben predicar del hijo atendiendo al acto concreto de que se trate y, a veces, la propia ley no se conforma con las condiciones de madurez sino que se pronuncia con una mayor rigurosidad haciendo una valoración de cuándo se tiene capacidad natural o realizando una regulación especial en atención a las peculiaridades del acto, excluyendo, en ocasiones, la actuación del padre.

SANTOS MORON considera que la exigencia de condiciones de madurez se explica por relación a los menores de edad que se presupone que son personas que todavía no han alcanzado un pleno desarrollo psíquico. Pero cuando se trata de incapacitados ha de interpretarse tal requisito como relativo a la posesión de suficiente capacidad de juicio. La pregunta que plantea la autora es cuándo puede entenderse que el incapacitado posee dicha capacidad natural que es, en su opinión, el presupuesto del ejercicio de sus derechos de la personalidad. Señala la autora que la generalidad de la doctrina tiende a resolver el interrogante remitiéndose a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación. Lo anterior implica que, si la incapacitación es total con sometimiento a tutela, la misma afecta tanto a la esfera patrimonial como a la personal, salvo expresa previsión en contra de la sentencia, lo que implica la privación de la posibilidad de ejercitar los derechos

de la personalidad. En opinión de la autora citada la incapacitación, por sí misma, no afecta a la esfera personal del incapacitado, conclusión a la que ha llegado también la doctrina italiana actual que entiende que los preceptos que restringen la capacidad del sometido a *interdizione* han de considerarse únicamente referidos a la esfera patrimonial y que se funda en nuestro derecho en el artículo 10 C.E.

La autora va más allá y señala que la sentencia no puede evaluar la capacidad del individuo para adoptar concretas decisiones afectantes a sus derechos de la personalidad. Es decir, el juez no puede prohibir al incapacitado el ejercicio de derechos fundamentales al dictar la sentencia de incapacitación aunque, matiza, podrá limitarse el ejercicio de un derecho fundamental sólo en casos específicos y cuando lo exija un interés superior. La imposibilidad del incapacitado de realizar eficazmente actos de carácter patrimonial se explica como una medida dirigida a evitar el perjuicio que, al que carece de pleno discernimiento, podría ocasionarle su actividad negocial. El sacrificio que experimenta su libertad de actuación no es de gran entidad y resulta proporcionado en relación con el fin perseguido que es la protección de su patrimonio. La perdida de la posibilidad de ejercicio de los derechos de la personalidad afecta directamente al derecho de autodeterminación del individuo en tanto queda privado del poder de organizar su existencia del modo que considere más oportuno. Cuando se trata de actos de naturaleza puramente personal no se presentan iguales exigencias de protección de terceros. El interés predominante en este caso es el del propio sujeto y la defensa de éste requiere dotar al individuo del mayor grado de autonomía posible.

Advierte la autora que no se trata aquí de hacer prevalecer a toda costa la autonomía del enfermo o deficiente psíquico en detrimento de la protección que merecen. Lo que trata de poner de relieve es que el libre desarrollo de la personalidad de los incapacitados así como su dignidad como persona exigen que las restricciones a sus posibilidades de actuación sean las estrictamente necesarias y no resulta necesario prohibir a un incapacitado el ejercicio de sus derechos de la personalidad en tanto posea suficiente capacidad de discernimiento[419]. La aplicación práctica que la autora señala es, en materia de tratamientos médicos, por ejemplo, la capacidad para otorgar el consentimiento es una cuestión de hecho, que ha de ser determinada por el médico en el caso concreto y que se basa en la *capacidad natural* de discernimiento del enfermo.

Desde mi perspectiva, las normas civiles, en general, no hacen referencia a esta matización en la intervención de los padres o tutores y hablan genéricamente de representación. El artículo 267 de nuestro Código Civil no limita las facultades de representación del tutor en materia personal, excluyendo tan sólo aquellos actos que pueda realizar por sí solo el afectado, ya sea por disposición *expresa* de la ley o de la sentencia de incapacitación. La interpretación que se desprende del artículo 5 de la Declaración de los derechos del deficiente mental

[419] Santos Moron, Mª José. *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad y propia imagen.* Escuela libre Editorial. Madrid, 2000, fundamentalmente páginas 33 y ss.

de 20 de diciembre de 1971, que inspira nuestra legislación conforme al artículo 2 de la Ley 13/1982 de 7 de abril de integración social de los minusválidos, señala que el deficiente debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuando esto resulte indispensable para la protección de su *persona* y de sus bienes. Por último, el artículo 236 señala expresamente que puede nombrarse un tutor de la *persona* y otro de los bienes. En el Derecho comparado se establecen facultades del representante para esos ámbitos[420]. El artículo 209 del Código de Familia catalán, sin embargo, sí que manifiesta expresamente, como hemos visto, que están excluidos de la representación los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen lo dispongan de otro modo.

Tiene razón el profesor DIEZ-PICAZO en señalar que existen notables diferencias entre la actuación de los padres o guardadores en la materia personal y en la patrimonial. La protección en la esfera patrimonial tiende hacia un fin claro: la conservación y correcta administración del patrimonio de la persona sujeta a la medida de protección. El control de tales facultades, por otro lado, también reviste carácter objetivo al tratarse de un resultado exclusivamente aritmético. Es por ello, que, los principios generales en esta materia (rendición de cuentas, autorización de actos de gestión extraordinaria, responsabilidad patrimonial y regulación del reembolso de gastos y posible remuneración del ejercicio de la representación) son comunes en el Derecho comparado. Sin embargo, en la esfera personal, la concepción varía. Los fines son abstractos. Aunque lo que se intenta proteger es la satisfacción de las necesidades del afectado en este terreno, lo que pueda integrar el concepto no va exclusivamente ligado a aspectos objetivos sino que depende en gran medida de lo que subjetivamente pueda estimar el individuo que constituya tal satisfacción, tanto lo que creía antes de caer en la situación de incapacidad (si no se produjo desde el nacimiento o en fecha temprana del desarrollo), como respecto a lo que conserve de capacidad de decisión, preferencias o gustos. Se explica una tensión entre la necesidad de posibilitar al máximo el ejercicio de los derechos por parte del afectado y la necesaria protección que, en razón de su discapacidad, precisa el sujeto.

---

[420] Por ejemplo, la reforma realizada en el Código Civil Holandés de 1995, recoge una institución denominada *Mentorschap* en el título 20 del Libro I (artículos 450 a 462), para lo que nos interesa, el artículo 453 señala: *1. Salvo disposición en contrario de la ley o por pacto, durante el Mentorschap el afectado está inhabilitado para realizar acciones judiciales en los asuntos relacionados con su cuidado, tratamiento, atención o acompañamiento. 2. Con relación a estas acciones judiciales, el mentor representará al afectado salvo que la ley o un acuerdo excluyan la representación. El mentor puede autorizar al afectado para realizar por sí mismo tales acciones judiciales. 3. En cuanto a acciones distintas a las judiciales relativas a los asuntos expuestos en el párrafo primero, el mentor actuará en lugar del afectado siempre y cuando la naturaleza de la acción lo permita. 4. el mentor asesorará al afectado en sus asuntos de naturaleza no patrimonial y velará por sus intereses. 5. En el caso de que el afectado se oponga a una acción de trascendencia relativa a asuntos como los referidos en los párrafos 2 y 3, dicha acción sólo podrá realizarse si resultare imprescindible a fin de evitar un mal mayor para el afectado.* Se trata de una forma de guarda legal creada para la protección de los intereses personales que se instaura por el juez del cantón. La tutela ordinaria holandesa, denominada *curatele,* más amplia, abarca lo dispuesto en este artículo por aplicación del artículo 381, apartado 4, del citado texto legal.

A lo anterior se suma la constante reelaboración que se está realizando de la participación de los grupos de personas en el ejercicio de los derechos humanos. La historia del siglo XX es precisamente el de la lucha de los colectivos (la mujer, las minorías étnicas, los extranjeros…) por acceder en igualdad de condiciones a su ejercicio. En momentos pasados de nuestra historia, estos colectivos se enfrentaron de una u otra forma a restricciones de la capacidad en el ejercicio de derechos por su pertenencia a un grupo determinado. En la actualidad, afortunadamente, han ido solucionándose gran parte de estos problemas, pero todavía siguen reelaborándose conceptos para evitar situaciones de discriminación. En el caso de los menores, por ejemplo y como hemos visto, la L.O. 1/1996 se ha inclinado por promover su autonomía como mejor forma de garantizar su protección, interpretando restrictivamente las limitaciones que esta pueda experimentar como consecuencia del hecho evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos, según señala la exposición de motivos de la ley.

Las consideraciones del profesor DÍEZ-PICAZO estaban pensadas para los menores. Sin embargo, la falta de capacidad para el ejercicio de un derecho es diferente en materia de menores que en la de adultos incapacitados. En el primer caso se trata de un problema de madurez, evolutivo en la medida de que depende del desarrollo particular de cada individuo[421]. En el caso de los adultos legalmente incapacitados partimos de una situación de plena capacidad al haber alcanzado el sujeto la mayoría de edad[422], situación que se restringe mediante un procedimiento judicial que acaba en sentencia. No obstante, sí que se ha producido una evolución paralela al derecho de menores en lo que concierne a la potenciación de la autonomía del sujeto dentro de sus posibilidades reales. En este sentido, podemos citar el marco que proporciona la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces. La parte II de la Recomendación desarrolla los principios rectores:

- Principio 1. Respeto de los derechos humanos[423].
- Principio 2. Flexibilidad en la respuesta legal[424].

---

[421] En lo que concierne al tratamiento médico, los trabajos preparatorios del Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina de 4 de abril de 1997 tuvieron en cuenta este problema desde el principio: «the consent of a minor should increasingly be taken into consideration as he advanced in age and capacity of understanding, in accordance with Article 12 of the United Nations Convention on the rights of the child» *(Preparatory work on the Convention. Article 6.* CORED 8-12-12/03/93, último párrafo). Tal idea también la refleja MICHAUD en el informe explicativo del Convenio (45)

[422] Incluso en los supuestos de incapacitación de menores de edad se parte, conforme al artículo 201 CC, de la situación en que razonablemente la misma persistirá al alcanzar la mayoría de edad.

[423] El principio fundamental es el respeto por la dignidad de cada persona como ser humano. Las leyes, procedimientos y prácticas relativas a la protección de adultos incapaces estará basada en el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, teniendo en cuenta las restricciones de estos derechos contenidas en los instrumentos internacionales relevantes.

[424] 1. Las medidas de protección y las otras medidas legales disponibles para la protección de los intereses personales y patrimoniales del adulto incapaz serán suficientes, en amplitud o flexibilidad, para

- Principio 3. Preservación máxima de la capacidad[425].
- Principio 4. Publicidad[426].
- Principio 5. Necesidad y subsidiariedad[427].
- Principio 6. Proporcionalidad[428].
- Principio 7. Procedimiento justo y eficaz[429].
- Principio 8. Primacía del interés y bienestar de la persona afectada[430].
- Principio 9. Respeto de los deseos y opiniones de la persona afectada[431].

---

permitir una respuesta legal adecuada a los diferentes grados de incapacidad y a las situaciones que puedan presentarse. 2. Para las situaciones de urgencia se contará con medidas apropiadas de protección u otras medidas legales adecuadas. 3. La ley proveerá medidas de protección u otras medidas legales adecuadas sencillas y sin coste. 4. El ámbito de las medidas incluirá, en los casos oportunos, aquellas que no restrinjan la capacidad legal de la persona afectada. 5. El ámbito de las medidas incluirá aquellas que son limitadas a actos específicos sin requerir la designación de un representante o mandatario con poderes duraderos. 6. Será considerada especialmente la inclusión de medidas en las que el representante actúe conjuntamente con el adulto afectado y que las medidas comprendan la designación de más de un representante. 7. Será considerada especialmente la necesidad de proveer y regular medidas legales para que la persona que todavía es capaz pueda tomar medidas para proveer a su futura incapacidad. 8. Será considerada especialmente la necesidad de proveer expresamente que determinadas decisiones, particularmente aquellas de naturaleza menor o rutinaria relativas a la salud o bienestar personal, puedan ser tomadas en interés del adulto incapaz derivando tal facultad directamente de la ley en vez de precisar medidas administrativas o judiciales.

[425] 1. La estructura legal debe, en la medida de lo posible, reconocer que existen diferentes grados de capacidad y que esta varía en función del tiempo. De acuerdo con lo anterior, una medida de protección no debe automáticamente implicar una completa remoción de la capacidad legal. Sin embargo, una restricción de la capacidad legal puede ser posible donde se muestre necesaria para la protección de la persona afectada. 2. En particular, una medida de protección no debe automáticamente privar a la persona afectada del derecho de voto, de testar, o consentir o rechazar una intervención sanitaria o de realizar otras decisiones de carácter personal en cualquier tiempo que su capacidad lo permita. 3. Será considerada especialmente la posibilidad de arbitrar medidas por medio de las cuales, incluso cuando la representación en un ámbito sea necesaria, el adulto pueda, con el consentimiento del representante, encargarse de actos específicos o de actos en ámbitos particulares. 4. Cuando sea posible el adulto será habilitado para participar en transacciones legalmente efectivas de carácter cotidiano.

[426] Los inconvenientes de dotar de publicidad automática a las medidas de protección o medidas legales similares, deben ser sopesados con la protección que deba ser proporcionada al adulto afectado o a terceros.

[427] 1. Ninguna medida de protección será establecida para un adulto incapaz a menos que la medida sea necesaria, teniendo en cuenta las circunstancias individuales y las necesidades del afectado. Una medida de protección será establecida, sin embargo, cuando cuente con el consentimiento pleno y libre de la persona afectada. 2. Al decidir si una medida de protección es necesaria, se tendrá en cuenta la evitación de los formalismos y la asistencia que pueda suministrar la familia o allegados.

[428] 1. Cuando una medida de protección sea necesaria, deberá ser proporcionada al grado de discapacidad de la persona afectada y restringida a sus circunstancias y necesidades. 2. La medida de protección interferirá en la capacidad legal, derechos y libertades de la persona afectada en la mínima extensión posible que sea precisa para llevar a cabo su propósito.

[429] 1. Existirán procedimientos justos y eficaces para la adopción de medidas de protección de adultos incapaces. 2. Existirán salvaguardas procesales adecuadas para proteger los derechos humanos de las personas afectadas y para prevenir abusos.

[430] 1. Al establecer o implantar una medida de protección para un adulto incapaz se tendrá especialmente en cuenta su interés y bienestar. 2. Este principio implica, en particular que la elección de una persona para representar o asistir a un incapaz adulto debe ser regida de forma primaria por la idoneidad de tal persona para proteger y promover el interés y bienestar del afectado. 3. Este principio implica también que el patrimonio del adulto incapaz debe ser gestionado y utilizado para el beneficio de la persona afectada y para asegurar su bienestar.

[431] 1. Al establecer o implantar una medida de protección para un adulto incapaz, los deseos actuales y anteriores y sus opiniones deberán ser averiguados en la medida de lo posible y deberán ser considerados,

- Principio 10. Consulta[432].

La parte III de la Recomendación recoge los principios del procedimiento, destacamos el principio 14, referente a la duración de las medidas adoptadas:

> 1. Las medidas de protección deberán, en la medida en que sea posible y adecuado, ser de duración limitada. Deberá ser considerada la necesidad de efectuar revisiones periódicas. 2. Las medidas de protección deberán ser revisadas cuando cambien las circunstancias y, en particular, cuando cambie la condición del adulto. Finalizarán si las condiciones requeridas para su imposición ya no se cumplen. 3. Existirán medios de impugnación adecuados.

En nuestra legislación se puede observar este progresivo avance, primeramente en la posibilidad de graduar las situaciones de incapacidad y posteriormente en la regulación específica de ciertas materias con objeto de facilitar la integración del discapacitado en la sociedad.

Ello no obstante, no significa que no deba suministrarse la protección necesaria en aquellos aspectos de la vida en que exista una necesidad y la actuación se entienda proporcionada. A la hora de determinar la intervención de los representantes legales que es verdaderamente el problema que nos atañe, lo cierto es que los padres y los tutores deciden, incluso con la oposición del propio incapaz, en aspectos atinentes a los derechos de la personalidad si ello es necesario para su interés, lo que desde el punto de vista práctico hace que la cuestión carezca de importancia. La «representación legal» o si se prefiere, el derecho de «velar» por la persona incapaz, en estos casos, no supone la disponibilidad de los bienes y derechos de la persona incapaz, sino que lo que el representante legal hace es facilitar el ejercicio de los derechos del incapacitado, pues el incapaz no puede valerse por sí mismo para ejercitarlos. No se trata, pues, de determinar si es aplicable o no la figura de la representación legal sino de determinar el *umbral* que constituye el límite para la aplicación del consentimiento sustitutivo y cuáles son las condiciones de esta aplicación. La importancia del principio de necesidad en la materia personal concerniente a los tratamientos médicos puede comprobarse, por ejemplo en los siguientes párrafos de la Sentencia del Tribunal Constitucional en materia de esterilización[433]:

---

otorgándoles el debido respeto. 2. Este principio implica, en particular, que los deseos de un adulto para la elección de una persona que le represente o asista deberán ser tomados en consideración y, en la medida de lo posible, otorgarles el debido respeto. 3. Implica también que una persona que represente o asista a un incapaz adulto deberá suministrarle información suficiente para que pueda expresar su punto de vista, hasta donde sea posible y adecuado, en particular en lo relativo a las decisiones más importantes que le afecten.

[432] Al establecer o implantar una medida de protección deberá consultarse, en la medida de lo posible y practicable, a aquellos que tengan cercano interés en el bienestar del afectado, sea un representante, familiar o allegado. Corresponde a la legislación nacional determinar qué personas deberán ser consultadas y los efectos a otorgar a la consulta o a la falta de ella.

[433] TC Pleno, S 14-7-1994, núm. 215/1994. Fecha BOE 18-08-94. EDE 94/10563. Fundamento Jurídico 4º.

> Este consentimiento, empero, es el que, por definición, no puede prestar quien adolezca de grave deficiencia psíquica, y de ahí la previsión legal de la autorización que, a instancia de los representantes legales del deficiente, ha de conceder o denegar el Juez. El órgano proponente cuestiona la licitud constitucional de que quepa sustituir por esta autorización judicial aquel consentimiento de imposible prestación en un supuesto de «disminución de la integridad» de las personas como es la esterilización. Esta, así, nunca sería admisible, toda vez que no cabe su aceptación por el sujeto al que habría de afectar.
>
> Mas tal objeción, que excluiría a los incapaces de una posibilidad que se otorga a las personas capaces, resulta inaceptable porque llevada a sus últimas consecuencias lógicas, conduciría a rechazar cualquier tratamiento médico —y sobre todo una intervención quirúrgica ablatoria— indispensable para la vida o simplemente beneficiosa para la salud de los deficientes psíquicos graves. La propia esterilización puede estar médicamente indicada a los señalados fines.
>
> El problema de la sustitución del consentimiento en los casos de inidoneidad del sujeto para emitirlo, atendida su situación de grave deficiencia psíquica, se convierte, por tanto, en el de la justificación y proporcionalidad de la acción interventora sobre su integridad corporal; una justificación que únicamente ha de residir, siempre en interés del incapaz, en la concurrencia de derechos y valores constitucionalmente reconocidos cuya protección legitime la limitación del derecho fundamental a la integridad física que la intervención entraña.

Con carácter general, la evolución que hemos observado en la materia de protección de adultos con problemas de capacidad de obrar concierne a una mayor participación del discapacitado en todos los ámbitos, no sólo el personal sino también el patrimonial[434]. Lo que se cuestiona es la aplicación taxativa del principio de heteronomía en el sentido de que el afectado no pueda tener ninguna participación en el acto en función de sus posibilidades reales. En algunos casos la participación se limitará a la consulta o al análisis de la actuación que el individuo habría realizado con anterioridad a padecer la enfermedad que motivó su incapacidad, pues así lo exige el *principio* de *respeto de los deseos y opiniones de la persona afectada*, como hemos visto, intentando la participación directa del afectado. En otros casos, la ley establece mayores cautelas y modifica el ejercicio de determinados derechos en atención a fines legítimos.

El problema, reitero, no está propiamente en que exista la facultad genérica de actuación o si puede o no denominarse «representación legal» sino cómo se configura ésta y qué límites y procedimientos de control existen.

---

[434] Claramente se expone en la Recommendation no. r (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States *on a coherent policy for people with disabilities* (adopted by the committee of ministers on 9 april 1992 at the 474th meeting of the ministers' deputies) Apéndice IX. Social, economic and legal protection «3. Legal protection. The exercise of basic legal rights of people with disabilities should be protected, including being free from discrimination. In cases where people with disabilities are partially or totally unable to administer their own property, they should be provided with legal protection such as in the form of a guardian or legal assistant. This protection should not be more restrictive than necessary and *should be based as fully as possible on the individual's wishes*». (el subrayado es mío.)

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

A. Tenemos necesariamente que partir de la sentencia de incapacidad. Es difícil reseñar una a una todas las facetas de la personalidad, por lo que, en muchas ocasiones, las sentencias se limitan a indicar que la persona es totalmente incapaz para regir su persona y bienes. Dicha declaración implica que cesa la presunción legal de capacidad del artículo 322 y, entendemos, desde ese momento, la existencia de la capacidad o la modificación de su alcance debe dar lugar a un nuevo proceso. A partir de este momento surge el deber de velar o de cuidar del afectado. El problema resulta en la incapacidad parcial en las que debe especificarse las facultades en que puede intervenir el representante legal, puesto que la sentencia constituye el marco en el que se configura la esfera de actuación y ello incluye, naturalmente, las facultades personales (*determinará la extensión y límites de esta,* dice el artículo 761 LEC). La sentencia, pues, es el marco inicial de actuación.

B. En segundo lugar, hay que atender a las normas de correcto ejercicio de las facultades de representación aludidas. Se observa una evolución importante desde el modelo de *sustitución* al modelo de soporte o apoyo (*support model*). La ayuda debe ser proporcionada a la extensión de las necesidades de las personas, puede llegar a la representación pero sólo cuando sea acorde al principio de necesidad. La persona que tiene asignada estas funciones de protección no puede actuar de forma libre sino que tiene una serie de limitaciones que cuestionan el anterior principio de heteronomía. Debe facilitar la participación del afectado en el acto en cuestión en la medida de sus posibilidades, debe tener en cuenta sus deseos y opiniones, tanto actuales como precedentes, estar libres de conflicto de intereses y ser adoptadas en interés del discapacitado y no de la persona que ejerce las facultades de protección. Esto es aplicable tanto al ámbito del patrimonio como de la persona. Gráficamente se refiere a estas cuestiones el artículo 12, apartados 2 y 3, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas (A/RES/61/106).

> 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al *apoyo* que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
>
> 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, inde-

pendiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

C. En lo que concierne a los derechos de la personalidad, habrá que estar, *en primer lugar*, a la regulación concreta de cada derecho a la hora de adoptar una decisión en esta materia. Existen muchas previsiones específicas sobre materias atinentes a derechos de la personalidad que pueden ser expresamente recogidas en la sentencia como, por ejemplo, el ejercicio del derecho de voto (así el artículo 3, apartado 1, letra b de la L.O. 5/1985 de 19 de junio del régimen electoral general señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme carecen del derecho de sufragio siempre que la sentencia declare expresamente la incapacidad para su ejercicio y que los jueces deben pronunciarse expresamente sobre tal particular) o la autorización para esterilizar a una persona discapacitada (artículo 156 del Código Penal). En estos casos es la ley la que realiza expresamente tal previsión, pero existen otros en que la ley supone que este ejercicio se ha realizado, así, por ejemplo, la capacidad para comparecer en juicio puede expresamente ser privada en sentencia si tenemos en cuenta el tenor del artículo 761, apartado 2, 2º párrafo de la nueva LEC o la capacidad del representante legal de ejercer el derecho de rectificación que contempla el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984 de 26 de marzo. En *segundo lugar*, a mi juicio, no cabe una interpretación genérica de lo que deba entenderse por «acto personalísimo» (en el que no puede suplirse el consentimiento por un tercero), salvo que la misma sea consignada expresamente o se deduzca con claridad de la ley. Podemos observar en el derecho comparado que en actos que, en principio, son únicamente realizables por el sujeto afectado se han introducido modificaciones en algunos países en atención a intereses legítimos, así la facultad de testar (véase en el derecho británico la facultad conferida a la *Court of Protection* por el artículo 96 apartado e de la MHA de 1983) o el reconocimiento de un hijo (artículo 1.596, apartado 1 del BGB). El principio 19 de la R(99) 4 citada, establece, en este sentido

> Principio 19. Limitación de los poderes de los representantes.1. Corresponde a la legislación nacional determinar qué actos jurídicos son de naturaleza estrictamente personal y, por ello, impiden su realización por medio de representante. 2. Corresponde también a la legislación nacional determinar si las decisiones de un representante en determinados asuntos de importancia requieren la específica autorización de un tribunal u otro organismo.

El abuso de esta última concepción doctrinal se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27-02-1999 en la que se aborda la posibilidad de que el tutor interponga una demanda de separación en representación del incapaz. La

sentencia estima que el tutor carece de la facultad de representación en estos casos. La Sentencia razonaba así tal aserto:

> La generalidad de la doctrina excluye el ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera inadmisible la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso, de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones sólo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello.

El Tribunal Constitucional, afortunadamente, modificó el criterio del Tribunal Supremo[435] por los siguientes motivos:

> Se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. (…) Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha vitanda sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción. (…) La negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su

[435] TC 2ª, S 18-12-2000, núm. 311/2000, Fecha BOE 16-01-2001. Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDE 2000/40310). Muy interesante es el voto particular del propio ponente en el que realiza una crítica a la concepción doctrinal del «acto personalísimo». Destacamos los siguientes párrafos: «El concepto de acción personalísima, en que las resoluciones recurridas fijan la clave de su decisión, no es una categoría legal discernible, sino una mera categoría doctrinal, que, para poder ser admitida en la función que las resoluciones recurridas le reconocen, debiera tener una base legal indubitada. Ello es especialmente exigible, cuando el juego de dicha categoría doctrinal conduce a una restricción del alcance de preceptos legales inequívocos, en función de los cuales resulta con claridad la atribución al tutor de la legitimación que, sin embargo, se le niega por el juego de dicha categoría doctrinal (…) Desde la óptica constitucional del art. 49 CE deberá enjuiciarse si una interpretación de los preceptos rectores de la tutela por parte de los tribunales, conducente a ese resultado, es conforme con el mandato de amparar al incapacitado (cuya inclusión en la categoría constitucional de disminuido es indudable) especialmente para el disfrute de los derechos que el Título Primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos. La contestación negativa a ese interrogante debe ser inequívocamente negativa». Un comentario de la sentencia y de los distintos puntos de vista en la doctrina civil podemos encontrarlo en Sánchez-Calero Arribas, Blanca. «Legitimación del tutor para interponer las acciones de separación y divorcio». EDB 2005/83342. Fecha de publicación junio de 2005.

> rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 de la LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta que se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

Hemos esbozado la evolución de la institución en lo que nos afecta. Seguir profundizando en el problema de la representación exige previamente el análisis del derecho fundamental al consentimiento informado en las intervenciones sanitarias lo que se efectuará en epígrafe posterior de este trabajo. Posteriormente, una vez analizado el esquema básico de organización de los tratamientos involuntarios ambulatorios en salud mental, procederemos a analizar el alcance de esta institución en esta materia y abordaremos otros problemas que aquí no se han esbozado, como la importancia de la tutela de las personas jurídicas o los sistemas de resolución de conflictos entre representante y representado, por ejemplo.

1.2. Las normas sobre internamiento

1.2.1. La evolución en Europa: De la ley francesa de 1838 a la actualidad

Como señala CASTEL, antes de la Revolución, el poder judicial y el poder ejecutivo eran quienes detentaban la facultad de internar a las personas con enfermedad mental[436]:

a) Las diversas jurisdicciones (parlamentos, tribunales de rentas, prebostales, tribunal de Châtelet en París...) emitían sentencias que permitían internamientos de duración generalmente ilimitada. El procedimiento judicial más desarrollado era el de incapacitación. La engorrosa tramitación, su coste y la publicidad que conllevaba hacían de él un mecanismo poco interesante. Alrededor de un cuarto de los internamientos se producían por esta vía.
b) La carta sellada del rey (*lettre de cachet*). Se tramitaban por medio del ministro de la casa del rey, bien a iniciativa de la autoridad pública, bien a iniciativa de las familias. Los servicios de policía de París o los intendentes en provincias podían pedir una orden de arresto al rey e, incluso, internar provisionalmente, pero esta detención no era legal hasta la obtención de la carta sellada. También las familias, mediante una exposición de las razones por las cuales estimaban procedente el internamiento, podían solicitarlo.

[436] CASTEL, Robert. *El orden psiquiátrico*... páginas 28 y ss.

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La solicitud familiar representaba, aproximadamente, nueve décimas partes de las cartas selladas en el Antiguo Régimen. El sistema era muy popular y se realizaba mediante un documento que redactaban los escribanos públicos con las fórmulas solemnes de la administración seguidas de la exposición, en el lenguaje propio del cliente, de los motivos por los que estimaba que era legítimo internar. No sólo era un privilegio de las clases aristocráticas sino que llegaba a las clases más desfavorecidas de la sociedad[437] y formaba parte del sistema del ejercicio del poder correccional de las familias. En el último tercio del siglo XVIII se produce una gran oposición hacia la proliferación de las cartas selladas por sospecha de arbitrariedad. En 1775 se crean los tribunales de familia, dando una garantía jurídica al ejercicio de este poder familiar (no sólo limitado a las personas con enfermedad mental) y, en 1784, una circular del ministro de la casa del rey restringe los internamientos a los casos de incapacidad pronunciada en juicio, salvo que las familias no puedan afrontar los gastos del proceso, siendo preciso en este caso que la demencia sea notoria[438].

Tras la revolución, la incapacitación era, en principio, la única fórmula legal para conseguir el internamiento. Sin embargo, en 1835 sólo se habían pronunciado en toda Francia 29 juicios de incapacitación, siendo el procedimiento empleado el de las normas dictadas del 16 al 24 de agosto de 1790 que ya examinamos en epígrafe anterior de este trabajo. Las funciones que dichas normas otorgaban a los cuerpos municipales pronto fueron asumidas por el poder central, Ministerio del Interior y prefectos. El anteproyecto de la ley de 1838 fue concebido por el Ministro del Interior como una forma de legalizar estas prerrogativas de la Administración[439]. Por otro lado, comenzaron a proliferar casas de salud privadas a principios del siglo XIX con la sospecha de connivencias entre la Dirección de las casas y las familias en internamientos para desembarazarse de personas «molestas», estableciéndose en París un modelo que otorga la preponderancia de los médicos en la validación del internamiento en detrimento del de los jueces[440].

Surge así el sistema de la ley de 1838, que distingue entre la iniciativa familiar («internamientos voluntarios») y la iniciativa administrativa («internamientos ordenados por la autoridad pública»). El número de los segundos siempre superó al de los primeros (así, en 1853 y en toda Francia, 6.473 internamientos de oficio frente a 2.609 «voluntarios»).

El sistema del internamiento administrativo se fundará en que el *estado de alienación pueda comprometer el orden público o la seguridad de las personas*»,

---

[437] Foucault, Michel. «Encierro, psiquiatría, prisión. Diálogo entre David Cooper, Marie-Odile Faye, Jean-Pierre Faye, Michel Foucault y Marine Zecca (1977)». En *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.* Selección e introducción de Miguel Morey. Alianza Editorial, Madrid, 2004, páginas 102 a 138, concretamente en las páginas 110 a 113. Ampliamente sobre este particular con un amplio muestrario de la utilización práctica de estas órdenes centrado en la vida conyugal y el poder paterno sobre los hijos, Farge, Arlette/ Foucault, Michel. *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille.* Éditions Gallimard, Julliard, 1982.

[438] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* página 31

[439] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* páginas 55 a 57

[440] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* páginas 177 y 178

atribuyendo al prefecto de policía en París y a los prefectos en los departamentos la facultad de ordenar el internamiento de oficio en los establecimientos de alienados[441]. En caso de daño inminente acreditado por certificado médico o por notoriedad pública, los comisarios de policía en París y los alcaldes ordenaban las medidas provisionales necesarias, comunicando la situación al prefecto en 24 horas[442]. Incluso en el caso de internamientos inicialmente «voluntarios», si el estado mental podía comprometer el orden público y la seguridad de las personas, el prefecto tenía la facultad de impedir la salida[443].

Existían una serie de cautelas, entre las que destacan: 1) la existencia de una comisión, formada por el prefecto (o persona delegada por éste o por el Ministro del Interior), el presidente del tribunal, el Fiscal, el juez de paz y el alcalde, encargada de visitar los establecimientos públicos o privados[444]; 2) la supervisión del Fiscal mediante visitas a los establecimientos (trimestrales en el caso de los establecimientos privados y semestrales en el de los públicos, por lo menos)[445], la notificación de los internamientos (voluntarios[446] o de oficio[447]) y la posibilidad de entablar recurso; 3) la posibilidad de recurso ante el tribunal del lugar donde se encontrara situado el establecimiento por parte del internado, y si era menor su tutor, su curador, pariente o amigo, facultad que se extendía a la persona que hubiera solicitado el internamiento y al Fiscal, todo ello salvo en los casos de incapacidad declarada, en cuyo caso esta facultad sólo correspondía al tutor[448]; 4) la consideración de infracciones penales de la retención indebida en los establecimientos o de la ocultación o retraso en el traslado de las peticiones de recurso ante la autoridad judicial[449]; 5) el control de la apertura y de los reglamentos de los establecimientos (públicos o privados) por parte de la Administración[450].

Surge así un sistema en el que la intervención judicial no será necesaria en todos los casos de privación de libertad, sino surge sólo de forma contingente, dotando al médico de amplias facultades en todos los momentos del proceso. Así, en el caso de internamientos «voluntarios, la solicitud tenía que ir acompañada de un certificado médico en el que se hacía constar la edad mental de la persona a internar, las particularidades de su enfermedad y la necesidad de ser tratada en un establecimiento de alienados[451], otro certificado médico (del médico del establecimiento) debía ser entregado 15 días después del ingreso al prefecto

[441] Artículo 18 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados. El artículo 24 de la ley señalaba que «en ningún caso podrán los alienados ser llevados con los condenados o con los que están en prisión preventiva, ni depositados en una prisión» (artículo 24).
[442] Artículo 19 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[443] Artículo 21 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[444] Artículo 4 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[445] Artículo 4 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[446] Artículo 10 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[447] Artículo 22 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[448] Artículo 29 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[449] Artículos 29 y 30 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[450] Artículos 2, 3, 5, 6 y 7 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[451] Artículo 8 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados

como confirmación o rectificación del primero[452] y, al menos cada mes, debía consignar en un registro los cambios ocurridos en el estado del enfermo)[453], cesando el internamiento cuando los médicos del establecimiento declarasen la curación[454] y teniendo obligación de oponerse a la salida solicitada por las personas legitimadas en los casos de afectación del orden público o seguridad de las personas, dando conocimiento al alcalde para la adopción de medidas provisionales y para que lo comunicase al prefecto a los efectos del internamiento de oficio[455]. En el caso de los internamientos de oficio, sus facultades se establecían tanto en la acreditación de los casos urgentes que exigían medidas provisionales[456] como en el seguimiento mediante informes semestrales[457] o la comunicación inmediata al prefecto (bajo sanción penal) de que la salida podía ser dispuesta[458].

La ley de 1838 fue, durante 20 años, considerada como un avance en todos los terrenos e imitada por varias naciones[459]. Hacia 1860, sin embargo, se produjo un cambio de actitud. Lo cierto es que las distintas cautelas establecidas en la norma, particularmente el sistema de visitas y la posibilidad de recurso judicial, eran en la práctica bastante ficticias[460]. Aparecieron también denuncias por internamientos arbitrarios sucediéndose varios proyectos de revisión de la ley ante la Cámara de Diputados que intentarían retornar al poder judicial sus facultades originarias, proyectos que no llegaron a cuajar[461].

En el ámbito internacional sí que se producirá un giro en la concepción sobre la mayor presencia judicial en los ingresos, de la que, como posteriormente veremos, no escapó España. Probablemente esta cuestión llega hasta nuestros días.

Es necesario citar aquí el problema que se planteó en la regulación británica con la *Mental Health Act* de 1959. La *Royal Commission* recomendó que los pacientes psiquiátricos gozaran de salvaguardas contra las detenciones arbitrarias y para el control del sistema de guarda legal (*guardianship*) mediante un sistema de revisión que contemplara los puntos de vista médico y profano. De esta forma estimó que las decisiones debían adoptarse por un tribunal que estuviera compuesto por miembros médicos y ajenos a la medicina seleccionados de una lista de elegibles. Ello se llevó a cabo en la ley de 1959 con los denominados *Mental Health Review Tribunals*. Pese a su nombre, no son tribunales en el sentido propio de la expresión

---

[452] Artículo 11 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[453] Artículo 12 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[454] Artículo 13 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[455] Artículo 14 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[456] Artículo 19 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[457] Artículo 20 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[458] Artículo 23 de la Ley francesa de 30 de junio de 1838 sobre los alienados
[459] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* página 275
[460] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* página 227
[461] Castel, Robert. *El orden psiquiátrico…* páginas 276 a 279. Como casos de detención arbitraria, el autor cita los casos de Sandron (quien fue ingresado tras manifestar que iba a acusar, mediante cartas comprometedoras que tenía en su poder, a una importante personalidad política) y Garsonnet (catedrático de la escuela normal que estuvo ingresado dos veces en Charenton y que pensaba que se habría quedado en el asilo indefinidamente si no hubiera sido por su posición social y amistades).

ya que no forman parte del poder judicial sino que son órganos administrativos[462]. Disponen de sus propias normas procesales[463]. Con la ley de 1959, se produce un importante cambio ya que la admisión ya no se realiza a través de una orden de los Jueces de Paz sino que se realiza mediante la solicitud de un trabajador social o de un pariente próximo del paciente, adjuntando un certificado de dos médicos. FORSYTHE, MELLING y ADAIR (1999) ponen de manifiesto que una de las causas fue el hecho de que en algunas zonas los Jueces de Paz firmaban las órdenes en blanco, anticipándose a las solicitudes de los funcionarios de la Beneficencia. FENELL (1996) pone de relieve que, quizás de forma no intencionada, la norma tuvo el efecto de traspasar el poder de la Administración de los Hospitales y de los funcionarios judiciales directamente a los médicos tratantes[464]. En opinión de BLUGLASS, la ley de 1983 modificó la legislación con el objetivo de mejorar los derechos de los pacientes, pero dejó intacta la estructura básica y filosofía de la ley de 1959. No existía duda de que un procedimiento no judicial continuaba siendo

---

[462] Jones, Richard. *Op. cit.* Página 338 y 339

[463] En la actualidad las *Mental Health Review Tribunal Rules 1983* (Statutory Instrument 1983 No 942) que sustituyeron a las *Mental Health Tribunal Rules 1960* (Statutory Instrument 1960 No. 1139). La composición y funciones del tribunal se regulan en la Mental Health Act 1983 artículos 65 y ss y Schedule 2. Según el artículo 65 de la Ley, existe un tribunal para cada región de Inglaterra y un Tribunal para Gales (Irlanda y Escocia, que recientemente ha modificado su legislación con la *Mental Health Tribunal for Scotland [Practice and Procedure] [No. 2] Rules 2005* que entró en vigor el 14 de noviembre de 2005, tienen regulación separada). El tribunal se compone, al menos, de tres miembros (Sch. 2, paras. 4, 6) que deben incluir, como mínimo, uno de estas tres categorías: jurídicos (normalmente jueces), médicos (la regla 8 impide la designación de aquellos que se considera que pueden tener posibles conflictos de intereses con el paciente) y legos (personas que tiene experiencia en administración, conocimiento de los servicios sociales o cualificación acreditable) de entre una lista que designa el *Lord Chancellor.* El presidente del Tribunal es el miembro jurídico. La dirección del hospital debe informar, de forma oral y escrita, conforme al artículo 132 de la Ley, del derecho del paciente y del familiar autorizado, a solicitar al Tribunal su liberación. Las solicitudes deben ser realizadas dentro de los plazos que señala la ley (artículo 66). La ley refuerza la posición de los pacientes permitiendo que la dirección del hospital, el *Home Secretary* y el Secretario de Estado puedan remitir asuntos al MHRT con objeto de que todos los pacientes tengan una revisión independiente. El paciente puede ser representado por una persona que él autorice, pudiendo recaer la elección en un letrado. La notificación del propósito de realizar una solicitud obliga al tribunal a contactar con la dirección del hospital que debe realizar un amplio informe sobre la situación médica y social del paciente, copia de la cual se suministrará al paciente salvo que el tribunal estime que puede causar un efecto nocivo para su salud o bienestar o para el bienestar de terceros. El médico del Tribunal examina al paciente con anterioridad a la vista aunque no puede compartir su opinión con los restantes miembros con anterioridad a dicho acto. Se establece un procedimiento abreviado en el caso de pacientes ingresados conforme al artículo 2 (r. 30 y ss.). La vista, en estos casos, debe realizarse en un máximo de 7 días desde la solicitud. La Audiencia no está sometida a formas especiales. El paciente puede ser acompañado por su representante y por cualquier otra persona o personas que desee, salvo que el tribunal estime discrecionalmente que no procede. La otra parte incluye a la dirección del hospital. Los poderes sustantivos para liberar al paciente se recogen en los artículos 72 a 75 de la Ley y pueden suponer el alta inmediata o diferida a una fecha si es necesario habilitar alguna forma de cuidado en la comunidad. El Tribunal puede decidir no otorgar el alta, pero puede recomendar que el paciente sea transferido o que se le otorgue un permiso o que se le realice una supervisión en la comunidad. El Tribunal no tiene competencias para decidir sobre la totalidad de los asuntos afectantes al paciente, por ejemplo, el tratamiento apropiado o las condiciones del establecimiento. El presidente del tribunal puede anunciar su decisión inmediatamente después de la vista, pero, en cualquier caso, la decisión debe ser comunicada por escrito dentro de los 7 días siguientes a las partes. Los acuerdos se adoptan por mayoría y debe constar el razonamiento que ha llevado a adoptar la decisión. El interno puede utilizar también las garantías judiciales del *habeas corpus* y la revisión propiamente judicial en sentido amplio.

[464] Citados por Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Op. cit.*, página 24

preferido por los pacientes quienes encontraban la implicación judicial inapropiada y desagradable en un procedimiento que, de forma primaria, concierne a necesidades médicas. Es un sistema muy utilizado en los países de la órbita del *common law* pero, paradójicamente, criticado por grupos activistas, en ocasiones desde posturas antipsiquiátricas, que continúan manifestando sospechas sobre la autoridad e integridad de la profesión médica y se decantan por el control lego o judicial de los procedimientos de internamiento[465]. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de noviembre de 1981 (Caso X contra el Reino Unido)[466] manifestó que no existe nada que impida la consideración como «tribunal», en el sentido del artículo 5 del Convenio, de un órgano especializado de este tipo si se demuestra que goza de la necesaria independencia y ofrece suficientes garantías procesales para las características de la detención en cuestión.

De esta forma, podemos señalar que existen varias maneras de organizar la revisión de los ingresos involuntarios. Por un lado, una revisión propiamente judicial, con dos variantes amplia (previa en todos los casos y urgente) y estricta (posterior o a requerimiento), no siendo frecuente en Europa la práctica del jurado como sí lo es en Estados Unidos[467]. Por otro lado, una revisión a través de tribunales administrativos especializados, como la británica analizada, seguida por bastantes países, no sólo del ámbito del *common law*

No son estas las únicas posibilidades que se han contemplado en las legislaciones. Sin embargo, los países que se han inspirado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos forzosamente han adoptado estas vías. Así, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5-10-2000 (caso Varbanov contra Bulgaria)[468] estima que la orden de la Fiscalía para internamiento con recurso

---

[465] Bluglass, Robert. «The recent Mental Health Act in the U.K.» En Roth, Martin/Bluglass, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985. Páginas 19 a 31.

[466] EDJ 81/1161 La sentencia fue dictada respecto a un internamiento acordado conforme a la Ley de 1959. La Ley de 1983 ha reforzado la posición de estos órganos en el sentido señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[467] Es habitual en Estados Unidos la existencia de normas de salud mental que recogen expresamente el derecho al jurado (al menos 20 Estados). Así, Alaska, California, Colorado, Distrito de Columbia, Illinois, Kansas, Kentucky, Maryland, Michigan, Missouri, Montana, Nuevo Méjico, Nueva York, Oklahoma, Tennessee, Texas, Virginia, Washinton, Wiscosin, Wyoming. The Antipsychiatry Coalition. *Do you have a right to jury trial in psychiatric commitment?* (http://www.antipsychiatry.org/jury.htm, last modified December 28, 2000). A título de mero ejemplo, recogemos la legislación de Texas. *Texas Statutes. Health & Safety Code. Title 7. Mental Health and Mental Retardation. Chapter 574. Court-Ordered Mental Health Services* (http://www.capitol.state.tx.us/statutes/hs.toc.htm). *Sec. 574.032. RIGHT TO JURY.* (a) A hearing for temporary mental health services must be before the court unless the proposed patient or the proposed patient's attorney requests a jury. (b) A hearing for extended mental health services must be before a jury unless the proposed patient or the proposed patient's attorney waives the right to a jury. (c) A waiver of the right to a jury must be in writing, under oath, and signed and sworn to by the proposed patient and the proposed patient's attorney unless the proposed patient or the attorney orally waives the right to a jury in the court's presence. (d) The court may permit an oral or written waiver of the right to a jury to be withdrawn for good cause shown. The withdrawal must be made not later than the eighth day before the date on which the hearing is scheduled. (e) A court may not require a jury fee. (f) In a hearing before a jury, the jury shall determine if the proposed patient is mentally ill and meets the criteria for court-ordered mental health services. The jury may not make a finding about the type of services to be provided to the proposed patient.

[468] EDJ 2000/26827

sólo ante el Fiscal superior, fórmula aplicable en la legislación búlgara de aquel entonces, no podía considerarse suficiente garantía a los efectos del artículo 5 por faltar la supervisión de la legalidad por un Tribunal independiente.

Dentro de la revisión propiamente judicial, pueden destacarse diferentes formas, la más restringida es la francesa cuyos orígenes hemos consignado en este epígrafe. Otras fórmulas abarcan una intervención más amplia del Juez. En la actualidad, el sistema francés, inicialmente copiado por muchas legislaciones, está en franco retroceso[469], prueba de ello, por ejemplo, es el caso de la legislación belga que inicialmente, con las leyes de 18 de junio de 1850 y 28 de diciembre de 1873, adoptó el modelo francés y, actualmente, tras la ley de 26 de junio de 1990[470] ha procedido a una judicialización del sistema en línea con el Convenio Europeo de Derechos Humanos[471].

El propio sistema francés ha experimentado notables cambios. El artículo 29 de la ley de 1838 pasó, inicialmente, a formar el artículo L.351 del Código de la Salud Pública que recogía una especie de procedimiento de *habeas corpus* en caso de privación arbitraria de libertad. La decisión judicial no precisaba de motivación y fue criticada por numerosos juristas por el carácter no contencioso del procedimiento, la ausencia de publicidad de los debates y lo largo y costoso del procedimiento. En línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la reforma llevada a cabo en 1990 mejoró la redacción del artículo que, hoy día, constituye el L.3211-12 del nuevo Código de la Salud Pública francés, particularmente en lo referente al carácter contencioso del proceso y a la motivación de las resoluciones. No obstante, se mantiene el carácter restringido de la intervención judicial[472]. En Francia se han originado diversos debates políticos sobre la conveniencia de avanzar en la judicialización. No obstante, distintos argumentos se barajan en su contra como los costes de la organización del debate contradictorio, la incompatibilidad de la lentitud de la justicia con la urgencia psiquiátrica y la «criminalización» o estigmatización del paciente que supone la sola intervención judicial[473].

1.2.2. La legislación española de internamiento

Como vimos en los inicios de este trabajo, la intervención del estamento judicial en el internamiento de las personas con enfermedad mental es anterior al nacimiento de la medicina alienista. Interesa destacar ahora cómo se fue articulando la legislación y las prácticas con posterioridad a dicha etapa. Podemos distinguir cuatro períodos:

---

[469] Boumaza, Assia. *Op. cit.*, Vol. I, página 176
[470] Staatsblad de 27 de julio de 1990, página 14806.
[471] Salize, Hans Joachim/Dressing, Harald/ Peitz, Monika. *Op. cit.*, página 51
[472] Boumaza, Assia. *Op. cit.*, Vol. I, página 139 a 144
[473] Boumaza, Assia. *Op. cit.*, Vol. I, página 178 a 184

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

A. Etapa anterior al Real Decreto de 1885: Reglamentos de los establecimientos

Hasta el Decreto de 1885 no existió una reglamentación completa del internamiento de las personas con enfermedad mental aplicable a la totalidad de España. Como ya señalamos, la Ley de Beneficencia de 1822 nunca llegó a tener aplicación efectiva. La Ley de Beneficencia de 1849 (artículo 11) y su reglamento de 1852 (artículo 99), establecieron que los reglamentos especiales de los establecimientos debían ser aprobados por el Gobierno. Los citados recogían disposiciones sobre el ingreso de los internos con importantes variaciones.

Así, por ejemplo, el Reglamento del Hospital del Nuncio de Toledo del año 1847 recogía, en su título IV, titulado «De la admisión de los enfermos» y que constaba de cuatro artículos (20 a 23)[474], dichas cuestiones. La admisión correspondía a la autoridad encargada de la administración superior de los establecimientos provinciales de beneficencia, oyendo a la Junta a petición de quien fuera parte legítima para presentarla o a excitación de otra autoridad competente o por disposición del Gobierno. Para resolver sobre la admisión se exigía, con carácter previo, lo que se denominaba la justificación medico legal de la demencia o enajenación mental. Dicha justificación consistía en una información de testigos practicada ante el Juez de Primera Instancia o Alcalde del domicilio del enfermo con informe del párroco y del procurador síndico y declaración del facultativo o facultativos que le hubieran asistido. El artículo 22 del Reglamento describía detalladamente las preguntas que debían realizarse a los testigos, por lo menos tres, varones y vecinos del pueblo, bajo juramento. Entre las mismas, se recoge (en castellano antiguo):

> Si creen que ha de ser combeniente á la curacion del enfermo el ingresár en el hospital de Dementes de Toledo; y que al pretenderlo la persona que les presenta se dirije á este fin y no se propone en manera alguna servir á sus intereses, ó miras particulares, ó de familias ú otras.

El dictamen de los facultativos debía ser detallado y recoger una serie de especificaciones que se detallaban. El Juez concluía con un decreto de aprobación. Sobre esta justificación medico-legal emitía, además, su dictamen facultativo el Director del establecimiento; y en su vista y del de la junta de beneficencia, finalmente, decretaba la administración superior del establecimiento si era finalmente o no admitido.

En la fecha de la publicación del reglamento, los alcaldes podían conocer como jueces ordinarios de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que llegasen a ser contenciosas entre partes, en cuyo caso debían remitirlas al juez de primera instancia del partido[475]. Las informaciones no eran asuntos

---

[474] El texto original de los artículos citados puede consultarse en Marquez Moreno, Mª Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX,* Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989, páginas 210 a 213

[475] Ortiz De Zuñiga, Manuel. *Biblioteca judicial,* Tomo I, Madrid, 1839, páginas 199 y 200. De hecho, hasta un Real Decreto de abril de 1834 ejercieron en muchos pueblos la misma jurisdicción que los jueces letrados en

contenciosos. Tras la publicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se encontraban disposiciones sobre las mismas en las normas sobre la jurisdicción voluntaria, concretamente en los artículos 1.359 a 1.366 («informaciones para perpetua memoria»)[476], pasando también a formar parte de la Ley de 1881 hasta la actualidad (artículos 2.002 y ss.). Las informaciones eran «averiguaciones o pruebas que se hacían judicialmente o a prevención, para hacer constar hechos que pudiesen afectar en lo sucesivo el interés o derecho de los que las solicitan, o para llenar requisitos de las leyes administrativas»[477], se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que, antes de la LEC de 1881 tenía un contenido amplio.

Es de reseñar que el internamiento no se producía por «orden» del juez sino que el artículo 21 del Reglamento expresaba que, fuera la petición de un interesado o de la autoridad, *aunque fuere judicial,* se exigía necesaria y previamente la citada justificación médico legal de la demencia.

De distinta forma, el *Reglamento del Instituto Manicómico de San Baudilio de Llobregat* de 1857[478] recogía en un solo artículo, el VI, las formalidades de la admisión de los enfermos, distinguiendo entre los de colocación voluntaria y los de oficio. Para la colocación voluntaria era preciso, previamente y salvo supuestos de urgencia en los que debían cumplirse estos requisitos después, entrevistarse con el Director del establecimiento, un certificado del facultativo que hubiera visitado al paciente en la enfermedad, *expresando el grado de locura que sufre el paciente,* y la acreditación del derecho que tenían sobre el enfermo las personas que pretendían depositarlo. Para la colocación de oficio era necesaria la orden del Gobernador de la Provincia, Jueces, Tribunales o Alcaldes de los pueblos.

En cuanto a la práctica, podemos citar, por ejemplo, la llevada a cabo en el Manicomio de Valencia. En 1800 no parecía cumplirse ninguna reglamentación sobre los requisitos de ingreso. De hecho, en una sesión celebrada por la Real Junta de Gobierno el 5 de agosto de 1802, se trató el internamiento de un presbítero que había sido ingresado a petición del Obispo de Orihuela sin certificado

---

otros. Dividido entonces todo el territorio de la monarquía en partidos, se erigieron jueces de primera instancia que limitaron considerablemente las facultades de los alcaldes. En el Reglamento provisional para la administración de justicia publicado en 26 de septiembre de 1835 se dio el nombre de jueces de paz a los alcaldes que hacían el oficio de conciliadores. La ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 volvió a introducir ese nombre con diferente forma, creando verdaderas autoridades locales en el orden judicial y separando sus atribuciones de las de administración y de gobierno, debiendo existir jueces de paz en todos los pueblos de la monarquía donde existieran ayuntamientos. Los alcaldes fueron privados así del conocimiento de los asuntos civiles pero mantuvieron algunas competencias en materia criminal (Gómez de la Serna, Pedro/Montalbán, Juan-Manuel. *Tratado Académico Forense de Procedimientos Judiciales,* Tomo I, Madrid, 1855, páginas 104 a 128)

[476] *Ley de Enjuiciamiento Civil.* Edición oficial 2ª. Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1855, página 226.

[477] Caravantes, *Procedimientos judiciales según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, 1856

[478] Se contiene como anexo al artículo de Rey González, Antonio. «Clásicos de la Psiquiatría Española del siglo XIX (VI). Antonio Pujadas Mayans (1811-1881)» en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría,* número 9 (enero-abril de 1984), páginas 84 a 90.

médico que lo apoyase[479]. Los médicos del hospital y el Padre de Locos visitaron al afectado y dictaminaron

> No haber hallado extravío en la mente del citado Truelle, ni por consiguiente el menor indicio de Demencia o locura, antes por el contrario que su imaginación está quieta y desembarazada para poder ejercer las funciones de su Ministerio.

La Real Junta decidió poner en libertad al presbítero, sin embargo, a ruego del Obispo, se mantuvo al citado en observación hasta el 9 de enero de 1803 (un total de cinco meses), pese a la insistencia de los médicos y del Padre de Locos del perfecto estado mental. Sólo en 1813 consta la presentación en Junta del Estado de enfermos y demás entradas y salidas en el año anterior confirmándose que el libro de entradas y salidas no se regía con las formalidades exigibles y estableciéndose diferentes cautelas.

En el período comprendido entre 1834 y 1850, junto a los enfermos procedentes de la ciudad y pueblos de la provincia de Valencia, se encontraban numerosas solicitudes de otras provincias dirigidas indiscriminadamente por alcaldes, jueces del lugar de procedencia del afectado, o por el Jefe Político de la provincia respectiva. De hecho, el 12 de abril de 1850, la Junta Directiva del Hospital se dirigió a la Junta Provincial de Beneficencia para que rogase al Gobernador Civil de Valencia la publicación en el Boletín Oficial del modo de instruir el expediente para la remisión de enajenados, trasladando ejemplares del mismo a los Gobiernos de las Provincias lindantes, dado que, en muchos casos, estos se presentaban sin ningún documento e, incluso, los conductores ignoraban la filiación del enfermo[480].

El *Reglamento para la dirección facultativa del asilo de enagenados de Valencia* de 1845 disponía, en su Capítulo II, las condiciones de admisión y salida. Para ser admitido, debía presentar el que acompañara al *enagenado* un certificado del facultativo en que constara la especie de enajenación y un requerimiento del Juez respectivo, ambos documentos legalizados. Si hubiera sido declarado incapaz, en lugar del requerimiento del Juez, debía presentarse el auto de interdicción y el de nombramiento de tutor. Si venían por disposición de la Autoridad competente para observación, se admitían con la simple orden. En casos de urgencia, se admitían sin demora, debiéndose formalizar, con posterioridad la admisión. El reglamento expresaba que los enfermos quedaban en el asilo (en castellano antiguo):

> Tan solo en clase de observación porque no siendo fácil al principio de una locura, marcar con exactitud si el delirio es febril ó crónico, deben tomarse todas las precauciones posibles para no esponerse á declarar por enagenado á un individuo que no tiene mas que un delirio febril, privándole para en lo sucesivo del derecho comun, derogación tan grave en el órden social.

---

[479] Calvé Pérez, Alfonso. *El manicomio de Valencia en la primera mitad del siglo XIX. Contribución al estudio de sus fuentes documentales*. Memoria para la obtención del grado de Licenciado en Medicina. Valencia, junio de 1971, páginas 49 a 52.

[480] Calvé Pérez, Alfonso. *Op. cit.*, páginas 65 y 74

Se exigían las mismas formalidades para la salida, con el fin de evitar la responsabilidad del establecimiento. El Médico Director declaraba curado o no al enfermo, indicando en este último caso los peligros a que se exponía tanto él como los que le rodeaban y no se entregaba a los padres, tutores, o personas autorizadas por la Autoridad que ordenó la admisión mientras no otorgasen la correspondiente escritura de fianza por los daños y perjuicios que el *enagenado* pudiera sufrir o causar[481].

B. El Real Decreto de Romero y Robledo

Siendo Ministro de la gobernación D. Francisco Romero y Robledo se redactó el R.D. de 19 de mayo de 1885 reglamentando la hospitalidad de los dementes que instauró un sistema de control judicial de los ingresos[482]. El objetivo de la norma, según expresaba su preámbulo, era evitar *que se promuevan con frecuencia litigios, y aun procedimientos criminales, por haber recluido sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia*.

Con anterioridad a la publicación del R.D. de 1885, probablemente, el caso más famoso fue el de Juana Sagrera en Valencia (1862). Fue ingresada en el manicomio de San Baudilio de Llobregat por indicación de los doctores A. Navarra y M. Pastor, con informes favorables de los doctores A. Pujadas y B. Net, en el momento de recluirla y de E. Pi y Molist y V. Picas en un informe posterior redactado a petición de un sobrino de la presunta enferma. El diagnóstico era ambiguo y reflejaba un conflicto social de carácter familiar, pues la señora, de 41 años de edad y casada con uno de los más importantes comerciantes de Valencia, Miguel Nolla, presentaba un comportamiento extravagante. Tras la denuncia presentada por uno de sus familiares, el Gobernador de Barcelona ordenó la salida de la citada de San Baudilio y fue llevada al convento de las Concepcionistas de Barcelona, donde fue sometida a la vigilancia y la observación de facultativos que escribieron una memoria en la que estimaron que estaba en su sano juicio. Fue trasladada igualmente por orden gubernativa al Departamento de las Hermanas de la Caridad del Hospital General de Barcelona, en donde un nuevo reconocimiento médico se pronunció en igual sentido. Se instruyó en Valencia proceso por reclusión indebida en el que figuraron los dictámenes de dos doctores y otro de la Academia de Medicina de Valencia, que se opuso al dictamen de monomanía, estimando que la mentada se encontraba perfectamen-

[481] *Reglamento para la dirección facultativa del asilo de enagenados de Valencia*. Imprenta de Gimeno, frente al Miguelete, Valencia, 1845. La Junta Municipal de Beneficencia lo aprobó y mandó imprimir en sesión de 3 de junio de dicho año.

[482] Gaceta de Madrid de 21 de mayo de 1885 y rectificación de 22 del mismo mes y año. De interés también la Circular de 22 de mayo del mismo año haciendo prevenciones a los gobernadores para el mejor cumplimiento del citado Real decreto (Gaceta de Madrid de fecha 23 del mismo mes y año).

te, resultando finalmente condenados el esposo y los familiares a 20 años de prisión y a 18 los doctores Navarra y Pastor (estos dos, posteriormente, fueron indultados por la Reina), resultando absuelto Pujadas. En la época se produjo un intenso debate contra el dictamen de la Academia de Medicina y Cirugía de Valencia y su diagnóstico sobre la inexistencia de monomanía, siendo rebatido por la prestigiosa Sociedad Médico-Psicológica de París (con diagnóstico de histerismo)[483].

El Real Decreto constaba de 16 artículos y uno adicional, dividiendo la hospitalización en dos sistemas: de observación y de reclusión definitiva. Se redactaron además diversas disposiciones de desarrollo[484]. Se estableció esta división de períodos porque *la locura no puede definirse en juicio sumarísimo,* y, por ello, *ha establecido el legislador un período de observación para que el Juzgado pueda refrendar, en su día, el diagnóstico del alienista.*[485]

El *ingreso de observación* sólo debía darse en los casos de *verdadera y notoria urgencia*, matizando el Real Decreto que si el paciente podía permanecer en su casa sin peligro para su familia, molestias excesivas al vecindario o sin perjuicio para su salud, no podría ser recluido[486]. Posteriormente, la R.O. de 20 de junio de 1885[487] aclarará que

> Cuando un presunto demente que carezca de familia ó de representación legal fuese hallado en la vía pública ó en su domicilio, dando motivo con su libertad á algún peligro inminente en evitación del cual la autoridad estime que su reclusión es absolutamente necesaria y urgente, podrá ésta acordarse en el acto por el gobernador ó el alcalde, según los casos, sin perjuicio de disponer que en el preciso término de veinticuatro horas se cumplan las formalidades estatuídas en los artículos 3º, 5º y 8º del Real Decreto.

---

[483] Alvarez-Uria, Fernando. *Miserables y locos…* páginas 188 a 193. El dictamen de la Academia íntegro y la crítica del letrado del Dr. Antonio Navarra pueden consultarse en Péris y Valero, José. *La frenopatía y la Academia de Medicina y Cirugía de Valencia ó exámen científico de las soluciones dadas por aquella Corporación a las ocho cuestiones propuestas por el Juez de la causa formada sobre la supuesta detención ilegal de Dª Juana Sagrera, en el Manicomio de San Baudilio de Llobregat.* Imprenta de Cárlos Bailly-Báilliere, Madrid, 1862.

[484] Las citadas disposiciones pueden consultarse en Martínez Alcubilla, Marcelo. *Diccionario de la Administración Española,* 6º edición, Tomo XI, Madrid, 1923, voz «Manicomios». La Exposición de Motivos del Real Decreto de 1885 expresará que, desde que el Gobierno se encargó de los asilos de dementes como establecimientos de Beneficencia, se cuidó de que los reglamentos establecieran limitaciones para garantizar la seguridad individual, «no consintiendo la reclusión de ningún alienado sin previa información hecha ante el juez competente para justificar el padecimiento y la conveniencia o necesidad de la clausura del enfermo». El texto completo de esta norma puede consultarse en Martínez-Alcubilla, Marcelo. *Boletín Jurídico Administrativo. Apéndice al Diccionario de la Administración Española.* Madrid, 1885. Páginas 344 a 347. También en la base de datos Gazeta histórica – colección histórica. 1875-1967 (www.boe.es/g/es/bases_datos/gazeta.php). En la época de publicación del Real Decreto, sólo estaba a cargo del Estado el manicomio de Leganés. También contiene una relación de estas disposiciones y un nutrido cuerpo de comentarios Casamada y Torrent, Francisco. *Legislación y Guía para la Reclusión de Dementes en los Manicomios.* Imprenta de Henrich y Cª, en comandita. Barcelona, 1903.

[485] Exposición de Motivos de la R.O de 1 de junio de 1908

[486] Artículo 5 del Real Decreto

[487] Gaceta de Madrid de 23 de junio de 1885

El ingreso para observación, en principio, sólo podía acordarse sólo una vez[488] y estaba limitado a un máximo de tres meses[489]. Las formalidades para el ingreso consistían en la solicitud del pariente más próximo del enfermo (o de oficio si carecía de estos o se encontraban ausentes) y un certificado expedido por dos doctores o licenciados en Medicina, visado por el subdelegado de esta Facultad en el distrito e informado por el Alcalde[490]. El Director del establecimiento debía comunicar, en el término de tres horas, el ingreso del alienado al Gobernador de la provincia o al Alcalde, según estuviera el manicomio en la capital de la provincia o en alguno de sus pueblos.

Para el ingreso de reclusión definitiva era necesario expediente instruido ante el Juez de Primera Instancia, en el cual debía justificarse la enfermedad y la necesidad o conveniencia de la reclusión[491]. Se trataba de un procedimiento de jurisdicción voluntaria[492] que debía comenzar a instruirse, en principio, tan pronto como el enfermo ingresara[493]. Se instaba a solicitud del pariente más próximo salvo que el afectado careciera de estos o se hallasen ausentes, en cuyo caso se procedía de oficio[494]. Las formalidades exigibles eran la entrega de un certificado informativo expedido por el facultativo o facultativos del manicomio en que el presunto alienado hubiera estado en observación (que debía entregarse al familiar que solicitó la clausura el mismo día que terminase dicho período)[495] y la audiencia de los parientes, los cuales eran emplazados por el término de un mes, transcurrido el cual, se hubiera o no celebrado la audiencia, se procedía a resolver[496]. Si el

---

[488] Excepcionalmente, el artículo 4 del Real Decreto permitía un segundo ingreso en observación, previa instrucción de expediente judicial, si la persona presentaba de nuevo síntomas de demencia, previsión que reiteró el artículo 3 de la R. O. de 2 de agosto de 1902

[489] Excepcionalmente, en los supuestos dudosos, de hasta seis. Posteriormente, este límite máximo fue elevado hasta 12 meses por R.O. de 28 de enero de 1887.

[490] El informe de los subdelegados de Medicina y de los Alcaldes debía expresar los motivos por los cuales el ingreso era de verdadera y notoria urgencia. La R.O. de 26 de noviembre de 1903 insistirá en que estos informes sean razonados y que sin este requisito no se dará ingreso en los manicomios a ningún enfermo.

[491] Artículo 7 del Real Decreto. La Instrucción de 9 de abril de 1917 de la Fiscalía del Tribunal Supremo aclaró que el Auto del Juzgado declarando la incapacidad de una persona para regirse ella y sus bienes no bastaba para su reclusión, sino que era preciso cumplir los requisitos ya indicados del Real Decreto (Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1917, página 20, consultada en extracto en Carrasco Maldonado, Carlos. *Memorias Anuales de la Fiscalía General de la República 1883-1934*. Imprenta Góngora, Madrid, 1935, página 399). El Real Decreto de 1885 no expresaba cuál era el Juzgado competente para tramitar el expediente judicial para la reclusión definitiva, pero la R.O. de 1 de junio de 1908 aclaró que se trataba del «juez de primera instancia del último domicilio del enfermo» (no se exigía el reconocimiento judicial del enfermo, sino una información sobre la conveniencia o necesidad de la reclusión, expidiendo el facultativo del manicomio un certificado que el solicitante debía presentar al Juzgado).

[492] Fabrega y Cortes, Magín. *Lecciones de práctica forense,* Barcelona, 1921, páginas 402 y 409

[493] La R.O. de 20 de junio de 1885 aclarará la obligación de instruir expedientes a los dementes que existían recluidos antes de la publicación del R.D. de 19 de mayo de 1885, con objeto de legalizar su situación.

[494] La R.O. de 20 de junio de 1885 aclaró que «si terminado el plazo legal de la observación de un presunto demente, la familia de éste no acudiese al Juzgado en la forma que expresa el artículo 6º, ó se opusiere á la reclusión, deberá promover el expediente el alcalde ó el gobernador, de oficio, y los Tribunales resolverán si procede la clausura definitiva del enfermo, á menos que la familia, tutor ó curador del paciente se hagan cargo de su custodia y cuidado bajo las responsabilidades que establece el Código Penal».

[495] Artículo 6 del Real Decreto

[496] Artículo 8 del Real Decreto

afectado había sido declarado incapaz, era de aplicación el artículo 269 nº 3 del Código Civil en su redacción originaria que señalaba que el tutor (salvo que la tutela estuviera desempeñada por el padre, la madre o algún hijo) precisaba de autorización del Consejo de familia, que debía constar por acta certificada, para recluir a un incapaz en un establecimiento de salud.

El Real Decreto también regulaba la reclusión en *casas de curación*, es decir, las de particulares que, sin tener establecido hospital de dementes, se hacían cargo de éstos para atender a su cuidado y curación. En estas casas no podía haber más de cuatro enfermos[497] y no era preciso realizar la tramitación judicial antedicha. Debían notificar los ingresos al Gobernador o al Alcalde en el término de 24 horas desde la admisión, quedando sujetos a las disposiciones del Código Penal si incurrían en infracción penal por *secuestro inmotivado* o cualquiera otra causa, y respondían asimismo, de los daños que pudieran causar los dementes por razón de abandono o negligencia en la custodia de los mismos[498].

El Real Decreto atribuyó la alta inspección al Ministro de Gobernación y al Director General de Beneficencia y Sanidad. Los Gobernadores civiles, la autoridad local y los subdelegados de Medicina tenían la vigilancia ordinaria. Los Gobernadores civiles tenían la facultad de corregir inmediatamente las faltas dando cuenta a los Tribunales si se apreciaban signos de infracción penal. Los subdelegados de Medicina tenían obligación de practicar las inspecciones, mensual o trimestralmente, según se encontrase dentro o fuera del término municipal de su residencia el manicomio o casa particular[499].

El Real Decreto, por último, recogía dos disposiciones especiales relativas a la reclusión de los militares aquejados de enajenación mental. Con posterioridad, se tratará con amplitud esta materia en el *Reglamento para regular la situación, sueldo y personalidad jurídica en el Ejército de los presuntos dementes* del Ministerio de la Guerra aprobado por R.D. de 15 de mayo de 1907. A juicio de BERCOVITZ, contrastaba esta detallada exposición con las inexistentes referencias que se recogían en las normas dictadas para la población civil[500].

Lo más destacado de la regulación de 1885 fue su incumplimiento. Las R.O. de 30 de mayo de 1901, la de 1 de junio de 1908 y la de 2 de noviembre de 1921, repetían con insistencia la necesidad de cumplir las disposiciones del Real Decreto[501]. La norma no había sido, obviamente, del agrado de los médicos que

---

[497] Artículo 14 del R.D.

[498] Artículo 11 del R.D

[499] Artículo 12 del R.D.

[500] Bercovitz, Rodrigo. *Op. cit.*, páginas 144 y 145. El autor cita también un Real Decreto de 18 de julio de 1923 que se ocupa de las mismas cuestiones para la Armada, expresando: «todo esto no debe llevar a la conclusión de que los mencionados Reales Decretos contienen una regulación modélica. (...) Simplemente se trata aquí de poner de relieve que la coincidencia de una persona de su pertenencia al Ejército o a la Armada con su hipotética enfermedad mental constituye motivo para que dicha persona reciba una atención jurídica especial como tal enfermo mental, aunque ello no sea debido a la situación de enfermo, sino a la de hombre de armas o militarizado.» (páginas 183 y 184)

[501] Así, la Exposición de Motivos de la R.O. de 1921 señalaba: «verdaderamente es ya inadmisible que, una vez acordada la reclusión provisional de un presunto demente, para lo cual todo son actividades y

encontraban en la norma un obstáculo para el ingreso de los enfermos y desprestigiaba a la profesión al atender más a los aspectos de peligrosidad que a los curativos, desdeñando el alcance terapéutico del internamiento. Por otro lado, no cabe duda de que el Decreto pretendía aliviar a los establecimientos públicos del alto número de ingresos que se venía produciendo, factor que inicialmente tuvo repercusión en el descenso de los mismos pero que finalmente no impidió su progresivo y espectacular aumento. Al margen de lo anterior, muchas familias, ante el problema de enfrentarse a los gastos de un largo y costoso expediente judicial prefirieron abandonar al enfermo[502].

La burocratización no pasó inadvertida y así, la Real Orden de 28 de julio de 1925, manifestaba que «la legislación es anticuada y en desacuerdo con las modernas tendencias científicas», designando una Comisión especial para el estudio de la cuestión[503].

Así, RODRÍGUEZ LAFORA manifestaba, en 1928, que[504]:

> La maraña de informes, de responsabilidades difusas no hacen más que retrasar y complicar los ingresos prematuros de los enfermos mentales, encarecer a los parientes su ejecución, obligar a un difícil visiteo burocrático de la agobiada familia y permitir con el retraso que el enfermo cometa algún atropello por causa de las visitas de los diversos médicos, subdelegado o alcalde que aquel observa con sospecha.

El trámite más dificultoso en la práctica diaria solía ser el informe del subdelegado de Medicina. Las firmas de los médicos debían ser visadas por el subdelegado del distrito del médico que certificaba, lo que no ocurría en ningún otro tipo de certificación facultativa. Por otro lado, si el problema surgía fuera del horario de consulta, el aviso no llegaba hasta el día siguiente, tampoco el subdelegado estaba obligado a acudir de inmediato, lo que compaginaba poco con las situaciones de urgencia y, por último, generalmente los subdelegados no poseían preparación psiquiátrica. La ley española, en opinión de RODRIGUEZ LAFORA, estaba dictada *«en un sentido jurista de defensa de la personalidad» y no en un sentido médico preventivo y curativo (…) Ya es hora que se promulgue la nueva ordenación del problema de asistencia rápida del enfermo mental*[505]. Lo cierto es que, en la práctica, el expediente tardaba en acabarse y las familias, a menudo, no podían retener en su casa a los enfermos en situaciones de urgencia lo que daba lugar

---

apresuramientos, poniendo en muchos casos influencias y medios para que se acuerde por las Autoridades gubernativas… luego, en cambio, se deje por las familias en el mayor olvido su deber de incoar el expediente definitivo para la reclusión».

[502] Espinosa Iborra, *op. cit.*, páginas 132 a 136. Gonzalez Duro, *op. cit.*, páginas 28 y ss.

[503] Escalas Real, Jaime. «La legislación manicomial española en la letra y en la práctica» en *Archivos de Neurobiología,* nº 3 del Tomo VII, 1927, páginas 97 a 120.

[504] Rodríguez Lafora, Gonzalo. «El internamiento de los enfermos mentales y los subdelegados de medicina» en *El siglo médico. Revista Clínica de Madrid.* Año LXXV, Tomo 81, Madrid 17 de marzo de 1928, núm. 3.875, páginas 298 a 300.

[505] Rodríguez Lafora, Gonzalo. *Op. cit.*, página 300

al incumplimiento de la ley y que las autoridades (alcalde, jefe de urbanos, policía, etc.) ordenaran la detención y traslado a los calabozos municipales o a cualquier asilo menos al manicomio donde permanecían durante dos, cuatro, seis día y, a veces, semanas, no visitando al enfermo ningún médico mientras tanto. Por otro lado, la disposición no reglamentaba la organización del servicio de conducción por lo que, si faltaba alguna diligencia al llegar a la capital o la orden de admisión, el enfermo de nuevo ingresaba en otros calabozos municipales. Se daba incluso la circunstancia de que, por falta de personal apto, la conducción la verificaba, a veces, la Guardia Civil o Seguridad, a pesar de la terminante prohibición de que estas fuerzas interviniesen[506].

C. El Decreto de 3 de julio de 1931

La obsolescencia de la regulación denunciada por los médicos tuvo su reflejo en el período de la 2ª República con la publicación del Decreto de 3 de julio de 1931 sobre asistencia de enfermos psiquiátricos[507]. La citada disposición se componía de 35 artículos, divididos en tres apartados[508], que se verían modificados por Decreto de 27 de mayo de 1932[509] y, posteriormente, el artículo 17 sería aclarado por Orden de 30 de diciembre de 1932[510] [511] y complementados con el Decreto de 12 de enero de 1933 sobre locales para tratamiento de niños alienados.

El contenido del Decreto resalta por su indudable contenido médico, regulando aspectos tales como la obligación de instalación de baño permanente y la obligación de no utilizar medios físicos coercitivos (camisas de fuerza, ligaduras, etc) sin orden explícita del médico (artículo 3), regula la existencia de lo que llama «servicio abierto» (dispensarios) en los establecimientos públicos urbanos (artículos 4 y 5),

---

[506] Escalas Real, Jaime. *Op. cit.*, páginas 104 y 105

[507] Gaceta de Madrid de 7 de julio de 1931. Aranzadi, marginal 640. La Exposición de Motivos expresaba: «Los errores tan fundamentales en las disposiciones hoy en vigor, barreras interpuestas sin justificación social o científica alguna a la rápida asistencia del enfermo psíquico por una parte y la cantidad de trabas inútiles y vejatorias para el paciente y sus familiares por otra, impidiendo asimismo una eficaz actuación profesional, agravada con el concepto equivocado y muy extendido sobre el carácter y funcionamiento de los Manicomios, Prisiones más que propias Clínicas médicas, requieren e imponen modificaciones inmediatas que, corrigiendo aquella anómala situación adapten nuestra legislación, sin caer en meras copias de disposiciones extranjeras en la materia, a la altura que las exigencias de la Ciencia psiquiátrica demanda».

[508] Sus títulos eran: «Disposiciones generales», «De la admisión de enfermos psíquicos en los establecimientos psiquiátricos» y «De la salida de los enfermos psíquicos de los establecimientos psiquiátricos».

[509] Gaceta de Madrid de 1 de junio de 1932. Aranzadi, marginal 687. Modifica los artículos 9, 10, 12, 13, 22 y 23 del Decreto.

[510] Gaceta de Madrid de 18 de enero de 1933. Aranzadi, marginal 99.

[511] De menor importancia también son las Ordenes de 27 de noviembre de 1931 por la que se crean secciones de psiquiatría en las Inspecciones Provinciales de Sanidad y la de 28 de noviembre de 1931 que dicta normas sobre las estadísticas en establecimientos psiquiátricos (se adopta la clasificación de Kraepelin) y las de 16 de mayo de 1932 sobre personal sanitario subalterno en establecimientos psiquiátricos y 10 de octubre de 1933 que aprueba el Reglamento de médicos de establecimientos psiquiátricos. Reseñamos también que se mantuvo una legislación separada para los militares (remitimos para su estudio a la obra de Chacón Giménez-Cuenca, Fernando. *Reclusión de dementes.* Madrid, 1941 y a la de Bercovitz ya citada, en su capítulo VII).

el servicio de ambulancia, la necesidad de que todos los Establecimientos tengan su propio reglamento aprobado por el Ministro de la Gobernación, regulando los servicios de inspección y la asistencia y protección de los enfermos que salgan de los Establecimientos mediante Patronatos provinciales y mediante el control de las organizaciones privadas o públicas de asistencia familiar (artículo 7). Importante es reseñar que el Decreto recoge expresamente que

> La admisión de un enfermo psíquico por indicación médica (admisión involuntaria), sólo podrá tener el carácter de «medio de tratamiento» y en ningún caso de privación correccional de la libertad[512].

El Decreto regulaba tres posibles formas de ingreso (artículo 8): voluntario, por indicación médica y por orden gubernativa o judicial.

El ingreso voluntario, cuyas formalidades se recogen en el artículo 8 del Decreto, constituye una novedad con relación a la regulación anterior. Se recoge, con buen criterio, el supuesto de que «un enfermo ingresado voluntariamente presente, a consecuencia del avance de su enfermedad psíquica, signos de pérdida de la libre determinación de su voluntad y de la autocrítica de su estado morboso, o manifestaciones de peligrosidad», en cuyo caso se tramita el ingreso de la forma que expondremos para los involuntarios (artículo 11).

El *ingreso involuntario por indicación médica* podía obedecer a cuatro tipos de razones: 1) enfermedad psíquica que aconseje el aislamiento; 2) peligrosidad de origen psíquico, 3) incompatibilidad con la vida social; 4) toxicomanías incorregibles que pongan en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás.

Las formalidades eran diferentes según el internamiento fuera ordinario o urgente. En los *ordinarios*[513] era preciso un certificado firmado por un médico colegiado debidamente legalizado[514] y la declaración firmada por el pariente más cercano del paciente o su representante legal o por las personas que conviviesen con el enfermo si no tenía parientes próximos[515]. En los *urgentes*, podía ser admitido inmediatamente, bajo la responsabilidad del Médico-Director del Establecimiento quien, en el término de 24 horas debía comunicarlo al Gobernador de la Provin-

---

[512] Artículo 10

[513] Artículo 10

[514] El Decreto de 27 de mayo de 1932 modificará el artículo 10 en el sentido de que la firma del médico sea legalizada por el Subdelegado de Medicina de su distrito, o en ausencia de éste por el Alcalde o por el Juez municipal. En el certificado se hacía constar la existencia de la enfermedad y la necesidad del internamiento, exponiéndose brevemente la sintomatología y el resultado de la exploración somática y psíquica del paciente, sin que fuera necesario establecer un diagnóstico clínico. Se hacía con arreglo a un formulario publicado por la Dirección General de Sanidad.

[515] En la declaración tenía que indicarse expresamente la conformidad y solicitud del ingreso. Era necesario hacer constar las permanencias anteriores del enfermo en Establecimientos psiquiátricos, Sanatorios o aislamientos privados. Si el Establecimiento era provincial, el Director Médico tenía que participar el ingreso al Presidente de la Diputación. La admisión del enfermo debía producirse en un plazo no superior a diez días contados desde la fecha del certificado médico.

cia acompañando un certificado[516] en el que se hicieran constar cuáles eran las razones de la urgencia[517].

El Decreto establecía un doble sistema de garantías:

1) En primer lugar, la comunicación del ingreso por el Médico-Director del Establecimiento al Gobernador Civil antes de 24 horas[518]. El Gobernador tenía que disponer el reconocimiento del enfermo y la remisión de un informe en el plazo máximo de 8 días oficiando para ello al Inspector provincial de Sanidad[519].
2) En segundo lugar, las comunicaciones al Juzgado de Primera Instancia[520]: a) La primera dentro de las 24 horas del ingreso, consistente en un parte duplicado en el que se hacía constar la filiación del enfermo y el nombre y el domicilio del Médico que certificó el ingreso[521]. b) La segunda a remitir, en su caso, en el plazo máximo de 6 meses de observación, un informe que debía remitir el Médico-Director del Establecimiento en el que constasen los resultados del estudio del enfermo ingresado por indicación médica u orden gubernativa o judicial[522].

La intervención judicial quedaba completamente desvirtuada dado que la única obligación que generaba la primera comunicación era la de devolver sellado al Establecimiento el ejemplar duplicado al día siguiente de su recepción y, en el caso de la segunda comunicación, dar cuenta al Juzgado de los síntomas que justificaban la permanencia del enfermo con objeto de que pudieran ser comprobados en caso de denuncia por reclusión ilegal, pero, como añadiría expresamente el Decreto de 27 de mayo de 1932, «este informe no implica que dicha Autoridad

[516] El certificado podía ser extendido por uno de los Médicos del Establecimiento o por otro ajeno a éste, debidamente legalizado. En el primer caso debía, dentro de los tres días siguientes al del ingreso, ser ampliado por otro firmado por un psiquiatra ajeno al Establecimiento o, en su defecto, por un Médico general. En los casos en los cuales el servicio psiquiátrico constituyera un departamento anejo a un Establecimiento hospitalario, podría el certificado ser firmado por un Médico cualquiera de dicho Establecimiento hospitalario.

[517] Artículo 12. Posteriormente debían ser completados los restantes requisitos exigidos en el artículo 10. El artículo 18 del Decreto consideraba expresamente de carácter urgente el ingreso «de todo enfermo mental indigente o de escasos medios de fortuna o que carezca de protección familiar, y cuya psicosis exija por su peligrosidad un rápido ingreso en un establecimiento psiquiátrico», dichos ingresos serían admitidos «sin dilación alguna en los departamentos de observación habilitados en los hospitales provinciales o municipales».

[518] La documentación tenía que recoger una nota resumen de todos los documentos indicados en el artículo 10 y los motivos del ingreso.

[519] Informe a realizar por el Subdelegado de Medicina del término en que estuviera emplazado el establecimiento, o en su ausencia, por el funcionario médico correspondiente, o en casos especiales, por facultativo idóneo.

[520] El juzgado era el de la última residencia del enfermo y si esta fuera desconocida, el del Distrito del Manicomio.

[521] Artículo 10, «in fine».

[522] Artículo 22. El artículo 24 del Decreto señalaba que los Expedientes de incapacitación y sujeción a tutela se solicitarían al Juzgado de primera instancia de la residencia del enfermo por su representante legal conforme al Código Civil, con la particularidad de que el Juzgado oficiaría al Médico Director del establecimiento para que certificase respecto al tiempo de su observación como trámite complementario a los informes médico-legales de otros facultativos. Incapacidad e internamiento eran completamente independientes.

judicial deba decidir de la continuación o no del enfermo en el Establecimiento, ya que el llamado expediente de reclusión definitiva de la legislación anterior queda derogado por el presente Decreto». Por otro lado, los *ingresos por orden judicial*, a tenor del artículo 16 del Decreto, se limitaban a los ingresos motivados por motivos penales[523].

El *ingreso por orden gubernativa para observación* podía ser dispuesto por el Gobernador Civil o el Jefe de Policía (en las capitales de provincia) y por los Alcaldes (en las poblaciones menores). Sólo podía tener lugar cuando, a juicio de un médico, el enfermo se hallase: a) en estado de peligrosidad para sí o para los demás; b) cuando, a consecuencia de la enfermedad psíquica, haya peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluida la del propio enfermo[524].

Cualquier español o extranjero, mayor de edad, podía solicitar la orden de ingreso forzoso a la Autoridad gubernativa[525]. De no existir solicitud inicial, si la Autoridad gubernativa tenía conocimiento de un caso, debía proceder de oficio a decretar la observación. En las dos situaciones descritas, la Autoridad debía reclamar un informe médico de los funcionarios sanitarios correspondientes aunque, en caso de urgencia notoria, podía ordenarse sin informe previo[526]. El ingreso no podía prolongarse más de 24 horas sin que se justificase por medio de certificado expedido por el Médico Director del Establecimiento y, en casos de duda, por el del Médico Forense correspondiente[527].

En cuanto al alta, si se trataba de enfermos ingresados por indicación médica o por orden gubernativa, la salida se producía cuando la indicación de la asistencia había cesado a juicio del Médico Director o a solicitud de los familiares o representante legal del enfermo. Si la salida estaba contraindicada, debían firmar una declaración en la que constase que la salida se hacía bajo su responsabilidad y a pesar de la opinión contraria de los facultativos. Si el Director consideraba, no obstante, que el paciente se encontraba en estado de peligrosidad, podía oponerse a su salida, hasta que la Autoridad gubernativa dispusiera lo oportuno[528]. Los

---

[523] Bercovitz pone de relieve la *detestable redacción del Decreto desde el punto de vista jurídico* dado que el artículo 21 al señalar que «es pública la acción para solicitar de la autoridad gubernativa *o judicial»*, parece dar a entender que la Autoridad judicial pueda decretar, previo informe médico, el ingreso para observación de cualquier persona cuando lo estime oportuno. El propio autor señala que, en la práctica eso no ocurría en absoluto (*op. cit,* páginas 152 y 153).

[524] Artículo 17

[525] Artículo 21

[526] En tales casos se actuaba con arreglo a las disposiciones de los artículos 12 y 18, es decir, conforme a los criterios para la indicación médica urgente ya vistos con anterioridad.

[527] En este segundo caso, era preciso cumplir las formalidades establecidas en el artículo 10 del Decreto (aclaración del artículo 17 por Orden de 30 de diciembre de 1932)

[528] Artículo 27. La salida del enfermo y sus circunstancias debía ser comunicada por el Médico Director al Gobernador Civil y al Juez de Primera Instancia del domicilio del enfermo (artículo 28). Es de reseñar que ya no existe la antigua reclusión definitiva, dejado una posibilidad a la curación del enfermo y que los engorrosos trámites para someter a segundas o posteriores observaciones al enfermo exigidos por el Real Decreto de 1885 tampoco existen ya, por lo que se puede someter una y otra vez a observación a los afectados (Chacón Giménez-Cuenca, Fernando. *Op. cit.*, páginas 95 y 96)

casos de fuga debían notificarse a la Autoridad gubernativa o policial para que se procediera a la búsqueda del enfermo y su reingreso en el establecimiento[529].

La doctrina civil trató muy poco el Decreto de 1931. En este sentido, DE CASTRO, a principios de los años 50, señalaba que

> No se advierte la justificación jurídica de que una persona pueda ser reducida a la condición de cosa por sólo un certificado médico y que pueda continuar indefinidamente privada de su libertad sin una declaración judicial.

El autor estimaba que el Decreto de 1931 estaba en contradicción con las leyes fundamentales, dado que el artículo 18 del Fuero de los Españoles disponía que en el plazo de setenta y dos horas todo detenido debía ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial. A juicio del autor, los médicos habían de dictaminar conforme a su ciencia, los gobernadores vigilar el cumplimiento de las disposiciones administrativas sobre los manicomios y el juez decidir sobre la libertad de la persona. La intervención judicial, primero para aprobar, con conocimiento de causa, y legalizar la detención, y luego para abrir inmediatamente y de oficio el expediente de incapacitación, no pondría en peligro el tratamiento médico, si se hacía con la prudencia y delicadeza propias del caso[530].

El primer intento serio de tratar la problemática jurídica de las personas con enfermedad mental fue la obra de Rodrigo BERCOVITZ «La marginación de los locos y el Derecho», en 1976, en la que se menciona también la existencia de dos proyectos de reforma de la Dirección General de Sanidad que no llegaron a tener vigencia y que, en definitiva, mantenían el sistema médico y gubernativo, manteniendo los defectos técnico-jurídicos del citado Decreto[531].

No obstante, es de reseñar que el Decreto de 1931 debe ser considerado desde la perspectiva de su momento de publicación. Se trataba de una norma en la que se reflejaba a una confianza plena en la ciencia psiquiátrica, que representó un triunfo para el asociacionismo psiquiátrico y para el reconocimiento de la profesión. Se garantizaba la eficacia médica y era progresista en los planteamientos asistenciales de la época frente a la inoperancia de su antecedente de 1885. Lo que a la fecha del Decreto era un avance, posteriormente, cuando las circunstancias cambiaron y se produjo una revisión de estos conceptos en el plano internacional, quedó obsoleto[532]. Por otro lado, en el contexto republicano, cabía una interpretación correctora del Tribunal de Garantías Constitucionales, que hubiera corregido estas insuficiencias en el terreno de las libertades individuales en un proceso análogo al de Francia e Italia, aspecto imposible en la

---

[529] Artículo 29

[530] De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España.* Reedición de la editorial Civitas, Madrid, 1991, páginas 285 y 286

[531] Bercovitz y Rodriguez-Cano, Rodrigo. *Op. cit.* Páginas 172 y 173.

[532] Aparicio Basauri, Víctor/Sánchez Gutierrez, Ana-Esther «Norma y Ley en la Psiquiatría Española (1822-1986)» En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997página 38.

época de la Dictadura[533]. Este proceso de *aislamiento normativo* de la materia relativa a los internamientos psiquiátricos es patente en el Decreto 2082/78 de 25 de agosto de 1978 sobre *normas provisionales de gobierno y administración y garantías de sus usuarios* en cuyo artículo 13 se recogen las garantías, verdadera carta de derechos de los pacientes, y que pudo ser un momento magnífico para reformar los defectos observados en el Decreto cuya regulación se mantuvo vigente[534].

En la década de los 70 se alzaron voces que reclamaban cambios y no sólo desde el ámbito de los psiquiatras que ya vimos. Interesante es destacar la Conferencia Nacional sobre Integración del Minusválido en la Sociedad, celebrada en Madrid del 28 al 30 de enero de 1974, organizada por el Ministerio de Trabajo, en la que se formuló un paquete de conclusiones en materia de minusvalía en todos los aspectos: médico, educativo, de reforma de la legislación sobre capacidad jurídica.... Una de las recomendaciones consistió en la necesidad de considerar al enfermo mental como minusválido con todos los efectos inherentes de rehabilitación e integración social que ello conllevaba[535] y la modificación del régimen de la tutela vigente en aquel momento, entre otras razones, por su excesivo carácter patrimonialista en detrimento del carácter asistencial, la necesidad de creación de jueces especiales asistidos de equipos de especialistas y el carácter graduable de la tutela.

D. La reforma de 1983 y sus sucesivas modificaciones

La reforma del Código Civil operada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificó el artículo 211 del código civil, cuyo inicio expresaba: «el internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida». El artículo 2 de la Ley derogaba el Decreto de 3 de julio de 1931 y la disposición adicional remitía al procedimiento de jurisdicción voluntaria en el orden procesal.

---

[533] Bercovitz y Rodriguez-Cano, Rodrigo. *Op. cit.*, páginas 168 y 169

[534] B.O.E. de 1 de septiembre de 1978. Ar. 1894. Este Decreto fue declarado nulo por falta del preceptivo dictamen del Consejo de Estado. Señalaba su artículo 13 nº 1 letra k: «1. La admisión y estancia en el Hospital ha de responder a la finalidad primordial de diagnóstico, tratamiento médico o quirúrgico y atención sanitaria, sin discriminación alguna y supondrá como mínimo las siguientes obligaciones para Establecimiento y su personal que constituyen otros tantos derechos del enfermo asistido: k) La libertad de abandono del Hospital y salida inmediata del Establecimiento haciendo constar por escrito la renuncia a ulterior reclamación de indemnización. *Se exceptuarán los supuestos de hospitalización obligatoria por razones de salud pública y la aplicación de la normativa especial de asistencia psiquiátrica.* En caso de duda y, desde luego, cuando a juicio del o de los facultativos pueda producirse un riesgo grave para la vida del paciente o de los demás, se pondrá el caso en conocimiento inmediato de la autoridad judicial competente y se estará a lo que ésta resuelva». (El subrayado es mío.)

[535] Sobre las conclusiones, recomendaciones y repercusión del citado Congreso, Carretero Pérez, Adolfo. *La problemática jurídica de los subnormales en España.* Editoriales de Derecho Reunidas, S. A.. Madrid, 1977, páginas 288 y ss.

Nuestro ordenamiento volvía a recoger la intervención plena del Juez en los internamientos. El alcance de lo que constituía el término «autorizar» fue perfilado inicialmente por diversos informes oficiales, así, el Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial[536], expresaba en 1984:

> Es una medida no afectante en exclusiva ni esencialmente al ámbito de las relaciones jurídicas civiles e, incluso, de naturaleza más administrativa que estrictamente jurisdiccional. La ley ha operado a modo de *sometimiento a licencia*, técnica característica de la policía administrativa para el ejercicio de determinadas actividades, en principio lícitas y orientadas a fines social e individualmente positivos, *en tanto en cuanto las mismas inciden sobre el bien jurídico de la libertad personal*, derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la CE, que esta institución pretende en definitiva garantizar. La atribución de esta función garantizadora, con técnicas no estrictamente jurisdiccionales, a los Juzgados y Tribunales viene legitimada por el artículo 117.4 *in fine* de la Constitución que les asigna funciones no jurisdiccionales pero dirigidas a la garantía de cualquier derecho. El legislador ha venido a instituir un procedimiento previo y necesario de habeas corpus de oficio frente a las situaciones de especial tensión del derecho a la libertad que todos los internamientos conllevan.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de salud[537], por su parte, también coincidió en que todos los ingresos «son ingresos médicos» y que el Juez «tutela los derechos del presunto enfermo mental; no ingresa, sino que *autoriza* el ingreso involuntario (sin consentimiento del paciente)». Ingreso y alta responderán a «razones sanitarias».

Sin embargo, esta función judicial fue cuestionada en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil[538], que señalaba en su artículo 765 nº 4 párrafos tercero y cuarto:

> Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.
>
> Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento lo comunicarán inmediatamente al tribunal para que resuelva lo procedente.

Este precepto suponía la atribución al Juez de la competencia para decretar la salida del centro y fue duramente criticado[539], no llegando a formar parte del definitivo artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afortunadamente.

---

[536] «Informe del Gabinete técnico sobre algunas cuestiones que suscita el Título IX del Libro I del CC, reformado por la Ley 13/83 de 24 de octubre, del 23 de febrero de 1984». B.I. del Consejo General del Poder Judicial, Año IV, nº 24, abril 1984, págs. 29 y ss. El subrayado es mío.

[537] Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. *Informe del Comité de Estudio y Recomendaciones aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la problemática jurídico asistencial del enfermo mental,* pleno del día 13 de julio de 1988.

[538] B.I.M.J., Año LII, Suplemento al número 1832, de 1 de noviembre de 1998

[539] Así, el Fiscal Fernando Santos Urbaneja expresaba: «Este párrafo supone la quiebra completa del sistema instaurado en 1983 en cuanto que el alta del enfermo, que se dejaba en todo caso a criterio médico, se

Pese a la mención a «presunto incapaz», desde el principio quedó bien claro que el internamiento no es en modo alguno una consecuencia normal de la incapacitación ni se rige por su normativa, sino por la específica del citado artículo 211 [540].

Previamente a la actual redacción del precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 211, fue modificado en su primer párrafo por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Judicial del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil [541], cambiando la mención a «presunto incapaz» por la de «internamiento por razón de trastorno psíquico» [542]. Cataluña dispone de su propia regulación en el artículo 255 de la Ley Catalana 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia [543]

---

somete ahora a control judicial, siendo el juez quien, a la postre, va a tener la última palabra. Ello va a provocar probablemente una rebelión de los psiquiatras y cuestiona uno de los pocos dogmas que existen en esta materia, cual es que el internamiento debe sustentarse, con independencia de que pueda coexistir con otros motivos, en una indicación médica. Por eso, si cuando esta indicación ya no existe, puede decidir el Juez su mantenimiento, se deduce que el internamiento puede estar justificado por otras razones ajenas a las clínicas o terapéuticas (peligrosidad social, alarma, etc.). Esto supondría resucitar las medidas de peligrosidad predelictual incompatibles con nuestro actual marco legal, por lo que se propone la supresión de este párrafo» (Memoria de la Fiscalía General del Estado. Madrid, 1999. Página 418). La Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales (FEAFES) consultó a sus miembros con el siguiente resultado: la mayoría de los miembros se opuso a la redacción del párrafo último del apartado 4 del citado artículo 765 del proyecto, al considerar que podría suponer una prolongación innecesaria del internamiento, perjudicando gravemente con ello el derecho a la libertad de los enfermos internados. Los que se mostraron a favor alegaron la falta de dispositivos alternativos para hospitalización en la Comunidad para el adecuado seguimiento del enfermo, así como la mejor protección que supone de su derecho a la salud, Ambas posturas coincidieron en la falta de dispositivos alternativos para la asistencia de los enfermos en el ámbito comunitario, cuya creación evitaría las posturas encontradas en el seno de la confederación ante el proyecto relacionado con la salud mental (Consejo General del Poder Judicial. «Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999». En *Estudios de Derecho Judicial,* número 26; Madrid, 2000; páginas 106 y 107)

[540] Así, nuestro Tribunal Supremo expresó: «El internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico no es una normal consecuencia de la incapacitación conferible a quien sea encargado de la custodia del incapacitado, ni en consecuencia emana de la normativa contenida en el art. 200 CC con su complemento del art. 208 del mismo cuerpo legal, sino de una específica regulación establecida en el art. 211 del código referido, para el caso de que un incapaz requiera internamiento, y cuya facultad no viene encomendada al órgano de guarda constituido, sino exclusivamente al juez correspondiente, con acomodo a la expresada normativa contenida en el citado art. 211, a la que, en su caso y momento, de estimarse que se dan las circunstancias para su aplicación, habrá de acudirse y mucho más en cuanto que las limitaciones de índole personal, como son las de internamientos en centros psiquiátricos, no pueden establecerse «a priori» y genéricamente, sino en el momento y concretamente para cuando se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida afectante a la personalidad». (TS 1ª, S 10-2-1986. Pte: Fernández Rodríguez, Antonio, EDE 86/1121.)

[541] BOE, número 15 de 17 de enero de 1996

[542] El texto completo del citado párrafo era el que sigue: «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor».

[543] BOE 198/1998 de 19-08, página 28310. Su texto es el siguiente: «Autorización judicial y comunicación del internamiento. 1. El internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, en una institución adecuada y cerrada requiere autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma. No se requiere esta autorización si razones de urgencia médica hacen necesaria la adopción de esta medida, pero en tal caso el director o directora del centro donde se efectúe el internamiento

que recoge la misma expresión utilizada en el código civil. La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón recoge en dos artículos (para menores y para mayores de edad) la regulación de la figura[544]. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[545], finalmente, introdujo en el Libro IV (De los procesos especiales), en el Título I (De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores), dentro del Capítulo II (De los procesos sobre la capacidad de las personas), el artículo 763 destinado al internamiento[546] que matizó ligeramente la expresión «internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico».

---

debe dar cuenta del hecho al Juez o Jueza del partido judicial al que pertenece el centro, en el plazo máximo de veinticuatro horas. La misma obligación se produce cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento. 2. Una vez se ha efectuado la solicitud de internamiento o se ha comunicado el internamiento, el Juez o Jueza, después de realizar la exploración personal y oír el dictamen del facultativo o facultativa que designe y el informe del Ministerio Fiscal, debe acordar motivadamente la autorización o denegación del internamiento o su continuación. El Juez o Jueza, cada dos meses, debe revisar la situación de la persona internada. 3. En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el art. 219 para estos tratamientos, y las funciones atribuidas por el art. 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el Juez o Jueza».

[544] Artículo 17. *Intromisión de terceros en los derechos de la personalidad.* 1. Siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de catorce años se regirá por las siguientes reglas: a) Si tiene suficiente juicio, requerirá su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor; en caso de negativa de alguno de ellos, su autorización podrá ser suplida por el Juez. b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor. c) Si no tiene suficiente juicio, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

2. *Para internar al menor contra su voluntad* en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial.

Artículo 33. *Internamiento.* Para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o *en un centro residencial* que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado, salvo si media autorización judicial en tal sentido.

[545] BOE número 7, de 8 de enero de 2000. (Entrada en vigor 8 enero 2001)

[546] Su tenor es el siguiente: «Artículo 763.Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. 1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa

Por razones de extensión y para no desviarme del problema fundamental objeto del presente trabajo, no puedo detenerme en una detallada exposición de lo que constituye el internamiento en sus ámbitos procesal y material. En este epígrafe me limitaré a hacer mención a algunos puntos que estimo de relevancia y en la parte correspondiente a los elementos del tratamiento ambulatorio involuntario expondré la interpretación actual del derecho a la libertad y sus garantías procesales[547].

Según el Diccionario de la Real Academia Española, por *internamiento* debe entenderse «el ingreso de una persona en un establecimiento como hospital, clínica, prisión etc.», y, por *trastorno,* «la acción y efecto de trastornar o trastornarse», siendo el sentido de esta expresión la de «perturbar el sentido, la conciencia o de la conducta de uno, acercándolos a la anormalidad».

A mi juicio, tanto el artículo 763 LEC 1/2000 como el artículo 255 de la Ley 9/1998 de 15 de julio del Código de Familia lo que regulan no es el internamiento, sino exclusivamente su garantía judicial para la protección de la libertad ambulatoria.

Los criterios tradicionales para el internamiento han sido «el peligro para sí mismo o para terceros». Con la excepción de Italia, estos criterios son de amplio uso en el derecho comparado. Como veremos con posterioridad, dichos criterios han sido admitidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y siguen teniendo vigencia. Es forzoso admitir, con BERCOVITZ, que *el internamiento de enfermos mentales por razones de peligrosidad no delictiva no es anticonstitucional*[548]. Sin embargo, la adopción de este criterio no viene refle-

---

en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente».

[547] Únicamente reseñar, brevemente y por orden cronológico, las Circulares, Instrucciones y Consultas que constituyen la doctrina de la Fiscalía General del Estado: Circular nº 2/1984 «En torno al artículo 211 del Código Civil. El internamiento de incapaces presuntos»; Instrucción nº 6/1987 «Sobre el control necesario de los internamientos psiquiátricos por parte del Ministerio Fiscal» Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, páginas 483 a 485; Instrucción nº 3/1989 sobre intervención del Fiscal en el orden civil. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1990, páginas 535 a 536; Instrucción nº 3/1990 «Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad» Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1991, páginas 659 a 662; Consulta 6/1997 de 15 de julio sobre el criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, páginas 633 a 647; Circular 1/2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.2, páginas 487 a 491). Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, páginas 467 a 533

[548] Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo. «El régimen de internamiento involuntario en centros sanitarios», en VV.AA., *Psiquiatría legal y forense,* Editorial COLEX. Madrid, 1994. Página 838.

jado en norma alguna (salvo en el artículo 219 de la Ley catalana del Código de familia[549]) y sólo ha sido recogido en opiniones doctrinales.

En mi opinión, nuestra legislación se ha apartado de este criterio tradicional y ha admitido la hospitalización únicamente por razones terapéuticas, eliminando todo vestigio que permita el internamiento simplemente por razones de orden público[550]. Al equiparar al enfermo mental a cualquier otro ciudadano que precise de los servicios sanitarios y sociales, nuestra legislación ha operado un avance al desestigmatizar en el terreno de los principios al enfermo mental, aspecto que debe considerarse positivo.

A diferencia de otros países de nuestro entorno, en España no se creó legislación especial en materia de salud mental, siendo de aplicación en su totalidad los criterios recogidos en la Ley General de Sanidad para los restantes enfermos. Aunque la doctrina más autorizada (BERCOVITZ[551], COBREROS MENDAZONA[552]...) y también algunos profesionales de la Psiquiatría se han pronunciado por la conveniencia de una legislación específica con el carácter de ley orgánica (así, BOUSOÑO, BOBES y GARCIA PRIETO[553]), lo cierto es que esa ausencia no responde a un olvido sino a una intención específica del legislador. Así, podemos citar las posiciones de la Comisión de Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría[554]. La Dra. ROIG SALAS[555], coordinadora de la citada Comisión, estimaba que

---

[549] Señala el citado artículo: «1. La persona titular de la tutela necesita autorización judicial para: a) Internar a la persona incapacitada en un establecimiento adecuado. (...) 2. Las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un *grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes*. En este caso, debe comunicarse al Juzgado que corresponda y al consejo de tutela, si lo hay, la decisión tomada en el plazo de veinticuatro horas como máximo». (el subrayado es mío)

[550] Calcedo Ordoñez señala, en este sentido: «sobre *argumentos para internar* saltará a la vista la diferencia de nuestra legislación frente a las dominantes en otros países. Recordemos que los argumentos más frecuentes se centraban en la peligrosidad del enfermo mental para sí y para otros y, como añadido, en la falta de capacidad para cuidar de sí mismo. Riesgo de violencia, suicidalidad y cuidado de sí aparecían como referentes a concretar. En nuestro país, en puridad, el campo de discusión se reduce a confrontar al paciente con la hospitalización en clave de autonomía personal en el momento presente... La hospitalización involuntaria por autorización judicial solo puede asentar en la crisis y deterioro de la autonomía en cuanto de la necesidad de hospitalización se trata» («Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios ...», páginas 40 y 41)

[551] «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud» en ADC nº 4, 1984, pagina 972 (citado por Cobreros Mendazona).

[552] *Los tratamientos sanitarios...*, páginas 407 y ss.

[553] «Regulación de la hospitalización forzosa», artículo integrado en la obra conjunta *Medio siglo de psiquiatría en España.* Madrid, 1992. Página 261.

[554] La *Circular sobre la situación actual del internamiento psiquiátrico* expresa que «tampoco es médica ni jurídicamente aconsejable el desarrollo legislativo específico de tal supuesto (en una ley específica de Internamiento Psiquiátrico) lo que no parece conforme con el principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, sino más bien su desarrollo junto con todos aquellos casos en los que deba producirse la situación de internamiento voluntario por motivos sanitarios y aceptable *únicamente con fines terapéuticos* individuales o colectivos». Al tratar de los internamientos involuntarios señala que «la autorización judicial viene a garantizar los derechos del usuario al que se va a privar de libertad. La necesidad de internamiento ha de ser determinada en base a criterios médico-asistenciales». (Revista de la A.E.N. nº 9, año IV, enero/abril de 1984.)

[555] Roig Salas, Alicia. «La ley en la práctica: 5 años de experiencia». *Revista de la A.E.N.* nº 31, año IX, octubre/diciembre 1989, páginas 633 y ss.

> De crearse una ley específica, el RETROCESO en las garantías conseguidas, la marginación —tanto en lo jurídico como en lo social— del enfermo mental sería inevitable. Es por ello por lo que hemos apoyado desde el inicio el artículo 211 de la Reforma del Código Civil en materia de tutela, por ser una normativa amplia y suficiente, dirigida al presunto incapaz y que puede cumplirse con rigor, garantizar y velar los derechos del ciudadano.

Señala, asimismo, que

> El cambio legislativo y la falta de información a los profesionales, hospitales, justicia, etc., creó una situación de confusión, despertando en su momento actitudes contrarias, en los años iniciales de la Reforma, por falta de coordinación (inexistente hasta entonces) de la Justicia con la psiquiatría y que se pidió a los Ministerios de Sanidad y Justicia que informaran en sendas circulares y dieran RECOMENDACIONES a las administraciones sanitarias y de Justicia del Estado, pero esto no se llevó a cabo.

La *Red Internacional de Alternativas a la Psiquiatría*[556] estima que en las legislaciones específicas de internamiento, los estatutos de excepción ponen en juego reglas de policía y fuertes riesgos de arbitrariedad. En particular este tipo de leyes prevé estructuras especializadas que en su mayor parte, y a pesar de los progresos de la Psiquiatría, presentan normalmente aspectos totalitarios, desocializadores, despersonalizadores y degradantes. Debe suprimirse la legislación que asocie peligrosidad y alienación a la enfermedad mental comportando respuestas de orden público a problemas psiquiátricos. La obligación de tratamiento debe ser decidida, exclusivamente en función de criterios de salud de la persona, los demás criterios de referencia (peligrosidad y orden público), deben ser excluidos[557].

Desde mi perspectiva, el criterio de la peligrosidad es obsoleto. Incluso en las regulaciones que recogen este patrón tiene hoy un carácter más acotado (referido a los casos inminentes) que el configurado históricamente (como factor directamente asociado a la enfermedad o como pronóstico impreciso de realización de actos futuros). La segunda opción era claramente discriminatoria y la primera (patrón de peligrosidad inminente) es coincidente en muchos casos con el diagnóstico agudo de la enfermedad, convirtiéndolo en innecesario.

¿Cuáles son los criterios que deben presidir el internamiento? El examen de nuestra legislación arroja, a mi juicio, dos supuestos posibles: 1) la hospitalización psiquiátrica involuntaria; 2) el ingreso en los servicios de atención residencial involuntario.

---

[556] *Recomendaciones al Parlamento Europeo,* recogida en la *Revista de la A.E.N.* nº 9, enero/abril de 1984, página 135 y ss

[557] *Recomendaciones a los responsables de la política de salud mental.* Texto recogido en la Revista de la A.E.N. nº 9, enero/abril de 1984, página 135 y ss.

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La *hospitalización psiquiátrica*[558] se regula con carácter general en la Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad, hospitalización que es concebida como asistencia sanitaria especializada (artículo 18 nº 3), como un derecho del paciente en el caso de ser superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria (artículo 15 nº 1), sometido al sistema de lista de espera única y a su materialización a través de la unidad de admisión del hospital (artículo 16 nº 2) y a los criterios generales en materia de consentimiento de la Ley de Autonomía del Paciente. El artículo 20 de la Ley General de Sanidad recoge, como vimos, el principio de equiparación del paciente mental con los restantes, indicando además los principios de reducción al máximo posible de las necesidades de hospitalización y que la misma debe formalizarse en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. Las prestaciones sanitarias del catálogo de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud se establecen, de conformidad con los artículos 7, 8 y 20 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, por Real Decreto[559]. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización[560], en desarrollo de la citada norma, establece, en su artículo 6, que el contenido de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud se recoge en los anexos de la citada norma. La «hospitalización en régimen de internamiento» se incluye en el apartado 3 del Anexo III (bajo el epígrafe «cartera de servicios comunes de atención especializada») del citado Real Decreto y comprende «la asistencia médica, quirúrgica, obstétrica y pediátrica o la realización de tratamientos o procedimientos diagnósticos, a pacientes que requieren cuidados continuados que precisan su internamiento». El propio artículo especifica las prestaciones que incluye y señala tanto la indicación para el internamiento como el sistema de acceso. En lo que concierne a las indicaciones, la norma se inclina por un principio de «ultima ratio», es decir, la hospitalización en régimen de internamiento tendrá lugar «cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a domicilio». El Real Decreto también especifica que «el acceso a la asistencia especializada en régimen de hospitalización se realiza por indicación del facultativo especialista o a través de los servicios de urgencia hospitalaria»[561]. El párrafo tercero del anexo

---

[558] También podría denominarse «internamiento clínico psiquiátrico», de hecho, el artículo 65 apartado 2 de la Ley General de Sanidad señala que *el hospital es el establecimiento encargado... de internamiento clínico.*

[559] BOE 128/2003, de 29 mayo 2003 Ref Boletín: 03/10715 (EDL 2003/9794)

[560] BOE de 16 de septiembre de 2006, núm. 222, página 32650 a 32679

[561] El Real Decreto 63/1995 de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud (BOE 35/1995 de 10-02, página 4538), que el citado R.D. 1030/2006 deroga expresamente, especificaba en su artículo 2 que *constituyen prestaciones sanitarias, facilitadas directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad, las relacionadas en el anexo I de este Real Decreto.* El citado anexo recogía, dentro de la atención especializada *la asistencia especializada en régimen de hospitalización, que incluye la asistencia médica, quirúrgica, obstétrica y pediátrica para procesos agudos, reagudización de procesos crónicos o realización de tratamientos o procedimientos diagnósticos que así lo aconsejen,* hospitalización que incluye la atención a la

citado también detalla que *la atención de urgencia que se presta en los hospitales durante las veinticuatro horas del día, a pacientes que sufran una situación clínica aguda que obligue a una atención inmediata de los servicios del hospital*, se lleva a cabo de acuerdo con lo establecido en el anexo IV que regula la cartera de servicios comunes de prestación de atención de urgencia que la entiende como una *atención integral y continua que se presta por atención primaria y especializada y por los servicios específicamente destinados a la atención urgente.* La atención sanitaria urgente es la que se presta en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata y se dispensa tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente y la atención «in situ». El párrafo 3º del anexo 3 precitado también se inclina por el mismo principio de ultima ratio ya expresado al señalar que *el acceso del paciente a la atención de urgencia hospitalaria se realiza por remisión del médico de atención primaria o especializada o por razones de urgencia o riesgo vital que puedan requerir medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario.*

El *ingreso en centro residencial* se recoge, con carácter general, en el nº 6 del artículo 52 de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos que señala que *cuando la profundidad de la minusvalía lo hiciera necesario, la persona minusválida tendrá derecho a residir y ser asistida en un establecimiento especializado.* La norma citada se fundamenta en el artículo 49 de la Constitución[562], *en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias* (artículo 1). El número 4 del artículo 52 matiza: *Los servicios de residencias y hogares comunitarios tienen como objetivo atender a las necesidades básicas de aquellos minusválidos carentes de hogar y familia o con graves problemas de integración familiar.* El desarrollo de estas normas, en lo concerniente al paciente mental, es muy distinto según las Comunidades Autónomas. En estos se incluyen los denominados «establecimiento de educación o formación especial» que recoge el artículo 271 nº 1 del Código Civil[563]. Lo que el Juez autoriza en estos casos es el internamiento en un centro en el que, además de reunir las condiciones oportunas para el ingreso (sanitario o social), se imparte educación especial, pero no si el alumno tiene o no necesidades educativas especiales. Además de estos centros existen otros muchos como son las residencias de tercera edad, residencias para

---

salud mental y a la asistencia psiquiátrica, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 nº 1 letra «d» del citado Anexo. El apartado 3 nº 2 letra «b» del citado Anexo señala que *con carácter general, el acceso a la asistencia especializada en régimen de hospitalización se realizará por indicación del médico especialista o a través de los servicios de urgencia, cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a domicilio.*

[562] El citado artículo señala: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a los ciudadanos.*

[563] Véase, asimismo, el artículo 215 nº 2 del Código de Familia catalán.

personas con discapacidad intelectual, etc. El debate actual sobre si estos centros están incluidos en el tenor del artículo 763 ha alcanzado a muchas Audiencias que excluyen a las residencias de Tercera Edad de su ámbito. La nueva ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[564] establece, en su artículo 4 destinado a la regulación de los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, un apartado segundo que expresa:

> Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:
>
> g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial
> h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, *garantizándose un proceso contradictorio*.

El artículo 5 determina que son titulares de los derechos establecidos en la presente ley aquellas personas que se encuentren en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y que reúnan los requisitos de residencia en territorio español que la misma establece. El apartado 15 establece el catálogo de servicios que comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia entre los que se incluye *el servicio de atención residencial* que tiene un doble contenido:

- Residencia de personas mayores en situación de dependencia
- Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

El artículo 25.3 señala que la prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de los cuidadores no profesionales. La situación de dependencia se define en el artículo 2 como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental intelectual o sensorial, precisan de la atención de otro u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.» Con carácter general la disposición adicional octava de la ley establece una precisión terminológica, expresando que «las referencias que en los textos normativos se efectúan a *minusválidos* y a *personas con minusvalía* se entende-

[564] BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299, páginas 4412 a 44156

rán realizadas a *personas con discapacidad*» y que, a partir de su entrada en vigor, «las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos *persona con discapacidad* o *personas con discapacidad* para denominarlas».

La mayor crítica que hay que efectuar al artículo 763 es la desconexión con la realidad tanto práctica como teórica del internamiento. La situación ha cambiado desde el año 1983 y los problemas son diferentes.

Observando el Derecho comparado, vemos que, en la generalidad de los países, el internamiento psiquiátrico se produce de forma urgente. Italia, de hecho, carece en su legislación del internamiento que nosotros conocemos como *ordinario* (con autorización previa). En países como Alemania, en los que sí se conoce el régimen de autorización *ex ante*, también la práctica habitual se produce, en la mayor parte de los casos, sin resolución judicial previa[565].

El cambio producido en la psiquiatría en lo concerniente a la reducción del número de camas, la existencia de diagnósticos más precisos (frente a la vaguedad de los años precedentes a la reforma psiquiátrica), los plazos breves de estancia y el carácter de última solución que tiene la medida, hace que este tipo de internamientos se produzcan con tal carácter.

Los problemas materiales que ocasiona la intervención en urgencias psiquiátricas, principalmente en lo que se refiere al transporte y a la coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado son sobradamente conocidos. Parece que la elaboración de protocolos como los de las ciudades de Bilbao, Albacete, Alicante, han favorecido una mejor operatividad del sistema, eliminando interpretaciones conflictivas. Dicha recomendación ya venía consignada en el conocido Informe del Defensor del Pueblo de 1991[566]. Hay que evitar la posible burocratización de las urgencias médicas.

---

[565] Brill, Karl-Ernst, *op. cit.*, página 127. Las leyes regionales ofrecen particularidades con relación al internamiento urgente, permitiendo a las autoridades administrativas competentes el ingreso en razón de crisis aguda con peligro para el enfermo o para terceros sin previa autorización judicial en las primeras 24 horas. Generalmente, en todas las regulaciones se exige el certificado médico e, invariablemente, al ingreso continúa la solicitud judicial de internamiento. En algunos *Ländern,* incluso, se permite un período más amplio que el plazo de 24 horas generalmente adoptado. Respecto del internamiento urgente sin autorización judicial previa por el *Betreuer,* el autor señala que si el Juzgado no está accesible al mismo, también el *Betreuer* puede internar sin autorización previa cuando el certificado médico acredite la urgencia del ingreso con la obligación de presentar inmediatamente la solicitud de *einstweilige Anordnung,* el Juzgado luego deberá comprobar que las condiciones del internamiento se ajustan a las garantías legales (página 126).

[566] Cobreros Mendazona (*op. cit.*, página 127) nos reseña cómo se resolvió el problema en Italia: «La imprevisión sobre este punto llevó al contrasentido de que con una legislación destinada, entre otras finalidades, a *homologar* al enfermo mental con los demás enfermos la persona que iba a ser ingresada obligatoriamente en muchas ocasiones era conducida al centro sanitario por miembros de la policía (sobre todo municipal que es la que está bajo el mando directo del Alcalde). Ciertamente, el hecho de que el primer contacto que tiene el enfermo lo sea con personas uniformadas y armadas, una de cuyas misiones es la persecución de los delincuentes, no resulta en absoluto terapéutico ni acorde con las claves de fondo de la reforma psiquiátrica. Ante los problemas que por esta cuestión se iban planteando, el Ministerio del interior dictó una Circular con fecha 1 de octubre de 1979 aclarando que el traslado del enfermo mental hasta el hospital donde debía ser internado no debía incluirse entre los cometidos de la policía, sino que se debía considerar como *mera operación sanitaria* y por lo tanto competencia del personal sanitario; pero matizando, a continuación, que *esto*

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

Tenemos, sin duda, una legislación exigente en el terreno de la protección jurídica que rodea al internamiento. En todos los casos hay intervención judicial sin necesidad de previo requerimiento del afectado, intervención del Fiscal y plazo de 72 horas desde la admisión en los ingresos de urgencia. Sin embargo, con independencia de los defectos de técnica legislativa, sí que hay aspectos que causan una cierta perplejidad.

Los internamientos en las unidades de agudos suelen ser de muy escasa duración lo que conlleva que el plazo de revisión de 6 meses es muy raramente aplicable a estos casos. Al no existir internamientos por razones de orden público derivadas de la peligrosidad, el índice de litigios es muy escaso. Las ocasiones en que tales recursos han sido interpuestos lo han hecho los familiares pero no para procurar el alta del paciente sino para intentar que permaneciera más tiempo o se le ingresara mediante una «autorización» del Juzgado. Los recursos de apelación carecen de virtualidad, dado que, pese a tratarse de un derecho fundamental, no tienen tramitación preferente, con lo cual son resueltos mucho después de que el paciente haya sido dado de alta.

Contrasta, por último, la gran protección judicial que tienen los internos con el escaso desarrollo de los servicios sanitarios y sociales, lo que origina una gran conflictividad social en este terreno y una gran desprotección de los pacientes. La intervención judicial es un accidente necesario en esta materia, pero ni suple ni puede suplir la necesidad de una adecuada atención sociosanitaria que es el principal elemento de protección que precisa este colectivo. Es necesario, sin duda, un control de las denominadas instituciones totales. Razones históricas avalan tal aserto. Sin embargo, es de reseñar que durante todo el tiempo que llevamos de aplicación de esta ley (y también durante el anterior de vigencia del antiguo 211 C.C.), la coincidencia con los criterios clínicos por parte de la actuación judicial ha sido, con escasas excepciones, plena.

Por otro lado, en lo que concierne a los internamientos por razones asistenciales, en muchos casos se está utilizando más que como un medio de protección como una forma de ralentizar el acceso a las plazas públicas, debido a la fuerte demanda de estas, burocratizando una vez más la asistencia. Particularmente están originándose problemas en el caso de los ancianos.

Sin embargo, sí que es de destacar que se ha avanzado en lo concerniente a las garantías procesales, recogiendo las observaciones del Tribunal Constitucional y de la doctrina. Me parece positivo además que puedan ser aplicadas las nuevas disposiciones de la Ley sobre los particulares concernientes a la disciplina proba-

---

no excluye, obviamente, la eventual posibilidad de intervención de la fuerza pública en los casos en los que haya motivo para considerar que puedan producirse situaciones de grave peligro efectivo para la integridad y la seguridad de la colectividad. Sin embargo, a pesar de esta última observación, parece que no han sido pocas las resistencias que han mostrado en muchos casos la policía para cooperar en la ejecución material. De cualquier modo, lo que quedaba claro era la conveniencia de instituir por zonas un servicio de emergencia psiquiátrico, compuesto por personal sanitario especializado, que evite, así, las formas policiales y la apariencia incriminatoria y refuerce el aspecto terapéutico».

toria. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil efectúa unas precisiones muy acertadas en relación al reconocimiento de personas, entre las que destaca la garantía del respeto a la dignidad e intimidad del reconocido (artículo 355 nº 2), la adaptación del interrogatorio al caso concreto y las facultades limitadas de intervención de las partes (artículo 355 nº 1), la posibilidad de realizar en unidad de acto el reconocimiento judicial, el pericial e incluso el de testigos (artículos 356 y 357), el contenido mínimo del acta (artículo 358) y, por último, la posibilidad de acordar el reconocimiento fuera de la sede del Tribunal, pudiendo acordarse cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en que se halle la persona que se deba reconocer (artículo 354 nº 1). En materia de dictamen pericial médico, el artículo 339 número 5 señala expresamente que *el tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre… la capacidad de las personas*, dictamen que, en la práctica, ordinariamente realiza el forense. Por último, estimar también la aplicación de las normas sobre exclusión de la publicidad del artículo 754 LEC.

2. LA ÓPTICA PENAL

2.1. La expansión del concepto de locura penalmente irrelevante: la inimputabilidad

Los británicos comenzaron a ocuparse del problema de los «locos criminales» ligando una consecuencia jurídica al hecho de quedar absuelto de la comisión de la infracción penal: el ingreso en un manicomio tras el caso Hadfield en 1800. Sin embargo, sería preciso crear un armazón doctrinal para determinar cuándo y cómo podía ejercerse la defensa por razón de perturbación mental.

Con anterioridad al caso Mc Naghten los elementos que se tenían en cuenta para proceder a apreciar este tipo de defensa podían resumirse en tres consistentes en[567] el «test del bien y el mal» (*good and evil*) que surgió en 1313 y persistió hasta 1724 centrado en el entendimiento de que los niños, los tontos y los locos carecen de razón por lo que no pueden discernir el bien del mal; el «test de la bestia salvaje» (*wild beast*) surgió en el caso *Rex v. Arnold* (1724) el Juez Tracy estipuló que «un hombre loco… tiene que ser un hombre que está totalmente privado de su entendimiento y memoria y no sabe lo que hace, no más que un animal, o una bestia salvaje, uno como tal nunca es objeto de castigo»; el «test de lo correcto y lo incorrecto» (*right and wrong*) que emergió en dos casos en 1812 y se amplió en 1840 en el caso *Regina v. Oxford* donde Lord Denman expresó al jurado que tenía que determinar si el acusado, como efecto de la

[567] Perlin, Michael. *The jurisprudence of Insanity Defense*. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina, 1994. Páginas 73 a 78

mente enferma, conocía que el acto era incorrecto y la pregunta a responder era si «no era consciente de la naturaleza, carácter y consecuencias del acto que estaba cometiendo».

La construcción de este sistema se produjo a raíz de otro asunto célebre, el caso Mc Naghten (1843). Daniel Mc Naghten intentó asesinar al Primer Ministro Robert Peel bajo la creencia delirante de que era perseguido por el Gobierno (por error, mató a su secretario, Edward Drummond). Tras el veredicto, la Cámara de los Lores envió un cuestionario a 15 jueces de Inglaterra que respondieron en forma de reglas. En esencia, la *insanity defense* se construyó de la siguiente forma:

> Debe resultar claramente probado que, al tiempo de la comisión del acto, la parte acusada estaba aquejada de tal defecto de la razón por causa de enfermedad de la mente que no conozca la naturaleza y calidad de la acción que está realizando o, si la conoce, que no sepa que lo que está haciendo es correcto[568].

Las reglas de Mc Naghten se aplicaron en los países del Common Law y permanecieron vigentes, con alguna variación, hasta bien entrado el siglo XX.

En el continente también se partía de conceptos similares que hundían sus raíces en el derecho romano. El éxito de este tipo de defensas era escaso y partía de presupuestos carentes de fundamento científico.

En Francia el Código de 1810 recogió estas antiguas prácticas judiciales en su artículo 64 que permaneció vigente hasta 1994 y señalaba que «no hay crimen ni delito cuando el procesado se encontrase en estado de enajenación en el momento de la acción». Sin embargo, el surgimiento del alienismo traería sus consecuencias. La intervención de la psiquiatría en el terreno penal surgió a comienzos del siglo XIX en relación con una serie de casos que presentaban formas parecidas y que tuvieron lugar entre 1800 y 1835 y que fueron relatados por los psiquiatras de la época (METZGER, HOFFBAUER, ESQUIROL, GEORGET, ELLIS, COMBE...)[569]. Estos presentaban las siguientes características:

- A diferencia de lo sucedido hasta finales del siglo XVIII (en el que el derecho penal no se planteaba el tema de la locura mas que cuando esta se presentaba bajo la forma de demencia o imbecilidad o bajo la forma de furor y con manifestaciones, temporales o definitivas, fácilmente reconocibles), se planteará un problema nuevo el de aquellos crímenes que no han sido acompañados de signos tradicionalmente reconocidos y visibles de locura.
- No se trataba de pequeñas infracciones sino de delitos graves, casi todos asesinatos acompañados, a veces, de extrañas crueldades.

---

[568] «It must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong».

[569] Foucault, Michel. «La evolución de la noción de *individuo peligroso* en la psiquiatría legal», incluido en *La vida de los hombres infames,* Ediciones La Piqueta, Madrid 1990. Páginas 231 a 264.

- Tales crímenes solían desarrollarse en una esfera doméstica (familia, hogar o vecindad)
- Todos tenían en común el hecho de haber sido cometidos sin interés, sin pasión, sin motivo, e, incluso, sin estar fundados en una ilusión delirante.

Por ejemplo, en el caso Feldtmann el condenado asesinó a su hija tras haber intentado en varias ocasiones mantener relaciones incestuosas. La defensa invocó que era un idiota de débil inteligencia cuya razón estaba afectada de una pasión violenta. Henri Feldtmann fue condenado a muerte por la *cour d'assises* de Paris y ejecutado (1823). Tras la muerte el doctor Breschet constató anomalías en la estructura de su cerebro tras la práctica de una autopsia. Casos similares fueron los de Louis Lecouffe, Antoine Léger, Louis-Auguste Papavoine o Henriette Cornier[570].

La evolución del pensamiento fue producto de la reelaboración realizada por los propios alienistas, siendo de citar los trabajos del frenólogo GALL y, fundamentalmente, de ESQUIROL y su discípulos Etienne-Jean GEORGET y Charles-Chrétien-Henry MARC que desarrollaron el concepto de monomanía[571]. La monomanía, en sus diversas formas (monomanía homicida, piromanía, cleptomanía, dipsomanía…) «sirve para explicar ciertos crímenes sin objeto y sin resultados, que parecían escaparse en cuanto a sus causas a la sagacidad de los hombres»[572] . Los alienistas intervienen como un auténtico grupo de presión para arrancar una decisión al órgano judicial pero, en su conjunto, cuidaron mucho de los excesos haciendo imposible que una persona con enfermedad mental fuera condenada pero también que se absolviera a un criminal por una falsa imputación de locura[573]. Las alter-

---

[570] Un resumen de estos casos puede encontrarse en Renneville, Marc. *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires.* Éditions Fayard, Paris, 2003. Páginas 106 y ss. También es de citar el caso de la mujer de Sélestat que, durante una época de hambruna, asesinó a su hija, la descuartizó y cocinó el muslo con repollo blanco en 1817. Foucault ve en el caso Cornier el caso más representativo del giro hacia el problema de la «ausencia de interés» *(Los anormales, Op. cit.*, Clase de 5 de febrero de 1975, págs. 107 y ss.) El estudio de un proceso francés completo del siglo XIX puede examinarse en la obra de Foucault; Michel *Yo Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano.* Ed. Tusquets, Barcelona, 1983. El original título corresponde al inicio de la memoria presentada por el procesado explicando el suceso (el asesinato cruel de su madre, hermana y hermano el 3 de junio de 1835 en un pueblo del Norte de Francia). Fue condenado por parricidio a la pena capital y confirmada la sentencia por la Cámara criminal del Tribunal Supremo francés el 16 de enero de 1836 aunque fue indultado por el Rey el 10 de febrero del mismo año. En la causa constaban dos informes periciales contradictorios (el del Dr. Bouchard, que no apreciaba signos de alienación y el del Dr. Vastel que sí los contemplaba). Requerido el consejo de varios médicos entre los cuales se encontraban Esquirol (médico jefe de Charenton) y Orfila (Decano de la Facultad de medicina de París) emitieron un dictamen en el que declararon la situación de alienación mental del sujeto y su conformidad con el dictamen del Dr. Vastel que fue recogido en el informe del Ministro de Justicia al Rey para la fundamentación de la conmutación de la pena. Rivière, finalmente, se ahorcó el 20 de octubre de 1840 en la Penitenciaría de Beaulieu.

[571] Ampliamente, Campos Marín, Ricardo/Martínez Pérez, José/Huertas García-Alejo, Rafael. *Los ilegales de la natualeza* ... Páginas 57 y ss.

[572] Peiro, Pedro-Miguel/Rodrigo, Jose. *Elementos de Medicina y Cirujía legal arreglados á la legislacion española.* Imprenta de la Compañía general de Impresores y libreros. Madrid, 1841. Página 91

[573] Castel, Robert. *El orden*… Páginas 186 y 187. En sí, la monomanía es la primera respuesta de la psiquiatría para calificar patológicamente una nueva área de comportamientos que escapa a la clásica señalización de la locura por el delirio, estos casos le son ofrecidos por la justicia ya que le plantean un enigma insoluble: los grandes crímenes monstruosos y sin motivaciones de principios del siglo XIX (páginas 183 y 188).

nativas estaban claras: la ejecución (como penado responsable) o el manicomio (como enfermo irresponsable). Este mismo proceso se reprodujo en España más tarde. Al igual que en Francia, las novedosas tendencias no eran del agrado de los juristas. El Fiscal PACHECO[574] escribía en 1856:

> No creemos ni juzgamos deban creer los tribunales, en esas monomanías halladas á posteriori, con el fin de justificar ó de excusar á los delincuentes. Para admitirlas á discusión, como tal medio de excusa, parécenos preciso que ántes de la comisión del hecho inculpado fuesen ya conocidas y aceptadas, por la generalidad de los que trataban con sus autores. Aun así, es necesario ver y examinar muy detenidamente su relacion con el mismo hecho; es necesario que respecto á éste, como causa de su inculpabilidad, satisfagan bien á la conciencia pública. Las declaraciones periciales, por sí solas, no se nos figuran argumentos decisivos; sabiéndose por una parte con qué facilidad se inclinan el mayor número de los médicos á la teoría que rechazamos, y teniéndose presente por otra que la verdad en estas materias alcanza al sentido comun, tanto ó más que á las idéas ó á los estudios especiales. A ningun motivo real de excusa se niega la conciencia humana: los que ella desde luego no admite, para nosotros son falsos, ó por lo ménos sospechosos.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ[575] destaca que la paulatina aceptación de las distintas categorías de individuos imputables e inimputables no fue producto de una reelaboración de los conceptos clásicos sino el efecto de la penetración del saber antropológico en el Derecho Penal merced al contexto histórico del último tercio del siglo XIX dominado por el positivismo, el método inductivo-experimental, la supeditación del conocimiento a la experiencia y la renuncia al pensamiento apriorístico.

---

[574] PACHECO, Joaquín-Francisco, *El Código Penal concordado y comentado,* Madrid, 1856, Tomo I, página 133. Como expresa la STS Sala 2ª de 1 abril 2005, (Pte: Martín Pallín, José Antonio; EDJ 2005/68311), «La desconfianza de los Tribunales hacia las pericias psiquiátricas arranca de un pasado en el que las ciencias del espíritu o el análisis de la mente carecía de una solvencia científica indiscutida. Al mismo tiempo, existía la sensación de que muchos acusados, fundamentalmente de delitos de sangre, solicitaban dictámenes más o menos de complacencia, con objeto de huir de la cárcel y sustituirla por un tratamiento psiquiátrico que previsiblemente sería de menor duración que el cumplimiento de la pena de prisión». FOUCAULT (*op. cit.*) estimaba, refiriéndose al contexto general europeo inglés, alemán, italiano y francés a partir de 1820, que «los fiscales obstinadamente hacían valer la ley; nada de demencia, nada de furor o alienación establecida mediante signos reconocidos; más bien todo lo contrario, actos perfectamente organizados, por lo tanto es preciso aplicar la ley. Pero de todas formas no pueden evitar plantear la cuestión de los motivos, ya que conocen bien que a partir de entonces en la práctica de los jueces el castigo está ligado, al menos en parte, a la determinación de los motivos (…) La intervención en la medicina mental en la institución penal a partir del siglo XIX no es la consecuencia o el simple desarrollo de la teoría tradicional de la irresponsabilidad de los dementes y furiosos (…) El crimen monstruoso, a la vez contra natura y sin razón, es la forma bajo la cual concurren la demostración médica de que la locura es en último término siempre peligrosa, y la impotencia judicial para determinar la punición de un crimen sin haber determinado los motivos del mismo. La curiosa sintomatología de la monomanía homicida ha sido diseñada en el punto de convergencia de estos dos mecanismos (…) han sido necesarios más de cien años para que esta noción de individuo peligroso que estaba virtualmente presente en la monomanía de los primeros alienistas, fuese aceptada por el pensamiento jurídico. Al cabo de cien años esta noción se ha convertido en un tema central de los exámenes periciales psiquiátricos».

[575] GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín, *La imputabilidad en el Derecho Penal español. Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX*. Ed. Comares. Granada, 1994 (páginas 255 a 259)

La reelaboración de conceptos fue fruto de la lucha que mantuvieron los frenópatas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, particularmente Pedro MATA y FONTANET y sus discípulos, en lo que vino a denominarse la «campaña de los forenses». Procesos como el de Manuel Blanco Romasanta «el hombre lobo gallego» [576], Garayo «El Sacamantecas» [577], el del cura Galeote [578], Morillo o el del guarnicionero francés Hillairaud [579], demuestran la virulencia de la discusión en un momento en el que la alternativa suponía la condena a muerte del individuo o su absolución.

En esencia, dos fueron los resultados de este proceso. En primer lugar la ampliación del espectro de lo que se consideraba enfermedad mental. Hasta ese momento sólo eran admisibles aquellas alteraciones mentales que resultaran manifiestas o que su perturbación se presentase de forma aparatosa. Existían, en frase del Dr. Esquerdo, *locos que no lo parecen* [580]. El desarrollo de la disciplina de los entonces llamados frenópatas o alienistas condujo a nuevos hallazgos como la

---

[576] Detenido el 2 de julio de 1852, Blanco Romasanta confesó 13 asesinatos, manifestando que lo había hecho convertido en «hombre lobo», los había matado y se los había comido, que era víctima de una maldición familiar. 6 médicos (4 de medicina general y 2 cirujanos) confirmaron que «no es idiota, ni loco, ni monomaniático, ni imbécil y es probable que si fuera más estúpido no fuera tan malo». Sin embargo, su letrado intentó por todos los medios convencer al tribunal de que era un «enajenado». Fue condenado a la pena de muerte. Sin embargo, se solicitó un aplazamiento de la ejecución por un hipnólogo francés que manifestaba que el penado podía sufrir un tipo de monomanía conocida por los médicos antiguos como «licantropía». El letrado, por su parte, también envió una carta a Isabel II para intentar convencer de que Blanco Romasanta era un enajenado y que se iba a ejecutar a un loco a los ojos del mundo entero. Isabel II revocó, el 24 de julio de 1853 la sentencia de muerte conmutándola por cadena perpetua. No podemos saber si realmente presentaba una patología mental pero lo importante de este proceso es la comprobación de la importancia que tuvo la introducción del problema de la locura en el proceso penal. (Berbell, Carlos/Ortega, Salvador. *Psicópatas criminales. Los más importantes asesinos en serie españoles.* La esfera de los libros, S.A., Madrid, 2003, páginas 74 a 86)

[577] Juan Díaz Garayo sembró el pánico durante varios años en tierras de Álava y Burgos. Fue autor de la muerte de seis mujeres por estrangulamiento o desgarro y de otros cuatro crímenes no consumados, practicando actos de necrofilia. Fue detenido a los sesenta años de edad, confesando su crimen. En opinión de González González tal fue el episodio más intenso de la «campaña de los forenses», concurriendo una decena de peritos entre los que se encontraba Esquerdo. Sólo Esquerdo y otro perito (Fernando Sancha, médico del manicomio de Toledo) diagnosticaron la locura de Garayo. El tribunal apreció la plena responsabilidad del reo y la condena a la pena de muerte que fue ejecutada (*op. cit.*, página 176, también en *Historia de la locura en España,* de Enrique González Duro, Tomo III, páginas 51 y ss. Madrid 1996; Eleizegui, *op. cit.*, páginas 52 y ss. y Berbell, Carlos/Ortega, *op. cit.*, páginas 87 a 102)

[578] Cayetano Galeote y Cotilla, el domingo de Ramos de 1886 y ante la Catedral, disparó tres tiros al obispo de Madrid-Alcalá, que murió al día siguiente. En la causa participaron 6 peritos, tres de los cuales coincidieron en el diagnóstico de paranoia con delirio persecutorio. El tribunal le condenó a la pena de muerte pero, posteriormente, el Tribunal reconoció que el penado había caído en locura y decretó su internamiento en el manicomio de Leganés. Según la opinión de Esquerdo (no participó en este proceso como perito), el no ejecutar a Galeote estuvo determinado por la autopsia practicada a Garayo que evidenció ciertas anomalías constitutivas *de gran cuantía,* cuestionando la condena impuesta y por ende de imposible rectificación (*op. cit.*, páginas 174 y 175, ampliamente en la obra citada de González Duro, páginas 56 y ss. y, con la reconstrucción del proceso, Varela, Julia/Álvarez-Uria, Fernando *El cura Galeote asesino del obispo de Madrid-Alcalá,* Ediciones La Piqueta. Madrid, 1979)

[579] Sobre los procesos de Morillo y Hillairaud puede consultarse también la obra de González González, páginas 172 y ss.

[580] Esquerdo, Jose-María. *Locos que no lo parecen. Garayo el Sacamantecas.* Segunda Conferencia dada por el Dr. Esquerdo en la Facultad de Medicina. Publicaciones del Ateneo Médico Escolar. Imprenta y estereotipia de El Liberal. Madrid, 1881.

denominada monomanía. La jurisprudencia anterior no conocía más que las crisis y los intervalos, es decir sucesiones cronológicas, fases de la responsabilidad en el interior de una enfermedad dada, pero ahora se construirá un concepto que representará a un individuo que está loco respecto a un punto, pero que sigue siendo razonable respecto a todos los demás e intenta responder a la pregunta si es posible la existencia de una enfermedad crónica que se manifieste en un solo acto[581]. La monomanía se sustentaba en un problema práctico: ¿Cómo castigar un crimen sin sentido, sin razón, sin móvil? La noción de monomanía fue abandonada un poco antes de 1870 (no sin balbuceos y pasos atrás) y sustituida por concepciones más amplias sobre los delirios sistematizados y por la teoría de la degeneración.

En segundo lugar, la delimitación de estados intermedios o semiimputabilidad. DOVAL PAIS[582] señala que la doctrina se debatía entre considerar la enajenación mental susceptible, o no, de matiz cuantitativo, debido a su naturaleza no material, intangible y de difícil determinación. Así el Tribunal Supremo estimó en algunas decisiones que la imbecilidad y la locura constituían un estado o condición única e indivisible a los efectos de apreciar una semiimputabilidad (así, sentencias de 19-12-1881, 9-5-1883, 3-10-1884, 28-11-1897 y 6-2-1891), por lo que no cabría nunca la estimación como circunstancia atenuante. Este criterio restrictivo se fue ampliando hasta dar lugar a modificaciones de la antigua jurisprudencia con decisiones estimatorias de la locura o imbecilidad incompletas (así, las sentencias de 9 de octubre de 1891, de 4 de abril de 1896 y de 17 de junio de 1899)[583].

Todo ello condujo a la consolidación de la imputabilidad y la inimputabilidad como categorías jurídico-penales, referidas al autor del delito[584]. Exponentes de lo anterior fueron Bernaldo DE QUIRÓS y Quintiliano SALDAÑA, claramente influidos por la antropología criminal, que aceptan la imputabilidad como categoría referida al individuo.

Podemos observar, sin embargo, que la introducción del saber psiquiátrico produjo una expansión del concepto de locura penalmente relevante. Quizá la cúspide de esta concepción vino con el positivismo y, particularmente con el médico

---

[581] Foucault, Michel. *Historia de la locura…* Vol II, páginas 285 y 286.

[582] Doval Pais, Antonio. *Las Consecuencias jurídico penales de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio: regulación actual.* páginas 61 y 62

[583] El problema de la «semilocura» fue ampliamente debatido en Europa. Sobre el estado de la cuestión a principios del siglo XX desde distintas perspectivas, con cita del derecho comparado y de diversas sentencias del momento, Peset Aleixandre, Juan-Bautista/Fernández Hernández, Alfredo. *La responsabilidad atenuada. Las leyes hechas y por hacer en los diversos países respecto de los criminales y de la responsabilidad atenuada.* Impr. Casa de Beneficencia. Valencia, 1912 (particularmente páginas 109 y ss.). Por ejemplo, en Francia, la *responsabilité atténuée* se desarrolló a partir de un arrêt de la Cour de Cassation de 1885 que afirmaba que no existía violación del artículo 64 del Código Penal francés por el hecho de moderar la pena en atención al limitado discernimiento y quedó consolidada tras la Circular del Ministro de Justicia Joseph Chaumié de 20 de diciembre de 1905 (Renneville, Marc. *Crime et folie…* Páginas 347 y ss.)

[584] En opinión de González González, el primer penalista español que introdujo el concepto de imputabilidad subjetiva fue Luis Silvela (página 256, op. cit). Los conceptos del Código Penal de 1848 y el de 1870 reflejaban a un concepto de locura anclado en la tradición de carácter no psiquiátrico ni biológico sino de naturaleza eminentemente valorativa (página 255)

italiano Cesare LOMBROSO. La asimilación del delincuente al anormal patológico que realiza en su concepción del «delincuente nato» era difícilmente aceptable por los tribunales[585].

Nuestro Código Penal no realiza una definición de lo que debe entenderse por imputabilidad o inimputabilidad. No obstante, dentro del artículo 20, en el capítulo destinado a las «causas que eximen de la responsabilidad criminal», el número 1 señala que está exento de responsabilidad criminal «el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

El penalista alemán MEZGER[586] señalaba que tradicionalmente se distinguieron tres métodos diversos en la construcción del concepto de la inimputabilidad, que se designaron como el método biológico, el método psicológico y el método bio-psicológico o mixto. El primer criterio, propiamente psiquiátrico, se satisface con el simple diagnóstico de la enfermedad o deficiencia padecida, bastaría entonces con el dictamen médico; el segundo, atiende fundamentalmente a los efectos que deben producirse en la mente del sujeto, en su conciencia y voluntad, con independencia de que exista o no diagnóstico de enfermedad mental, lo que implica una valoración a realizar exclusivamente por el Juez; el tercero combina los dos anteriores, remitiendo el primer aspecto a la actividad de los peritos médicos y el segundo aspecto a la actividad propiamente judicial.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal vigente, el artículo 8 nº 1 del C.P. recogía la palabra *enajenado* fórmula que fue introducida por indicación del psiquiatra SANCHIS BANÚS en 1932, término amplio que comprendía tanto a las psicosis como a las oligofrenias y que ha sido calificado tradicionalmente como una construcción del primer modelo expuesto (biológico-psiquiátrico)[587]. No obstante, la interpretación tradicional del Tribunal Supremo recogió la tercera fórmula indicada (mixta)[588].

---

[585] Sobre la figura de LOMBROSO: LANDECHO, Carlos-María. *La tipificaciòn lombrosiana de delincuentes*. UNED. Madrid, 2004

[586] MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal (1933)*. Traducción y notas de derecho español de Jose-Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ, Tomo II, página 64.

[587] El Código de 1822 hacía referencia al «estado de demencia o delirio». Los Códigos de 1848 y 1870 hablaban, respectivamente de «loco o demente» o del «imbécil y el loco». Más correcto era el de 1928 que hablaba del «estado de perturbación o debilidad mental, de origen patológico que le prive necesariamente y por completo de la aptitud para comprender la justicia de los actos, o a su voluntad para obrar de acuerdo a ella». Sobre el concepto de imputabilidad en el Código Penal de 1928, es de citar el trabajo de RODRÍGUEZ LAFORA, Gonzalo. *La psiquiatría en el nuevo Código Penal Español de 1928*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1929, páginas 7 y ss.

[588] Así, la TS 2ª, S 24-10-1997, núm. 1283/1997, rec. 1215/1996-. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 97/7930) señalaba que: «La doctrina de esta Sala no sigue estrictamente un criterio médico-psiquiátrico a los efectos de la aplicación de la circunstancia de enajenación mental prevista en el art. 8,1 CP/1973, tanto en su condición de eximente completa, como incompleta o atenuante analógica, sino que atiende fundamentalmente, más que al origen o presupuesto biológico o psíquico de la alteración, a la consecuencia o concreto efecto que se pueda producir. Es decir, a la anulación o disminución de la capacidad intelectual o volitiva, criterio que hoy recoge, en cierto modo, el art. 20,1 nuevo CP/1995 al concretar la circunstancia no tanto en el origen, que puede ser cualquier anomalía o alteración psíquica, sino en el resultado o consecuencia, es decir que, por su causa, el agente no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión».

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

El artículo 20.1 estructura, recogiendo la concepción mixta[589], esta causa de inimputabilidad sobre dos conceptos:

- La anomalía o alteración psíquica (presupuesto bio-psiquiátrico)
- La imposibilidad, a consecuencia de las mismas de «comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» (presupuesto psicológico)

En el vigente Código Penal se recoge como circunstancia atenuante (eximente incompleta) la anteriormente expuesta siempre y cuando *no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad* (artículo 21.1). La consecuencia la expresa el artículo 68 del mismo texto legal, señalando que *los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.* Además, conforme a los artículos 104 y 105, el Tribunal puede imponer las medidas de seguridad previstas en los artículos 101 y 105 (privativas y no privativas de libertad).

Por último también cabe la simple atenuación con arreglo al número 6 del citado artículo 21, como circunstancia de análoga significación[590].

---

[589] Diferentes sentencias mantienen este aserto. Así la STS Sala 2ª de 9 marzo 2005 (Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio; EDJ 2005/40667) expresa: «la moderna jurisprudencia ha consolidado el criterio según el cual no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas (S.T.S. de 9/10/99, núm. 1400). Ya la Jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (S.T.S. de 20/01/93, núm. 51). Por su parte, la STS Sala 2ª de 18 julio 2002 (Pte: García Ancos, Gregorio; EDJ 2002/28448) expresa: «la jurisprudencia ha entendido que en este tipo de enfermedad, además del elemento «biológico-psiquiátrico», debe tenerse en cuenta también el elemento «sicológico», distinguiéndose así entre el presupuesto biológico de la enajenación en si misma considerada y el efecto sicológico que esa enfermedad pueda proyectar en cada supuesto respecto a la imputabilidad del sujeto activo de la acción. De ahí que se haya considerado que no todo esquizofrénico, por el hecho de serlo, es siempre totalmente inimputable, pero si que sus capacidades intelectivas y volitivas siempre están disminuidas en mayor o menor medida, circunstancia que deben ser tenidas en cuenta a efectos de, por lo menos, considerándoseles semi-inimputables. También es de citar la STS Sala 2ª de 20 noviembre 2000 (Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo; EDJ 2000/38951) expresa: «según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 22 de enero de 1988; 8 de junio y 28 de noviembre de 1990 ; 6 de mayo de 1991; 16 de junio y 15 de diciembre de 1992; y 30 de octubre de 1996; entre otras) y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia

[590] Así, TS 2ª, S 28-1-1997, núm. 119/1997, rec. 824/1996. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 97/453) que señala que acorde con la doctrina de esta Sala —véase, entre otras, la sentencia de esta Sala de 14 enero 1994—, es correcta la aplicación, que hace el Tribunal de instancia, de una atenuante analógica, cuando el hecho cometido estuviera en relación causal psíquica con la desviación caracterológica advertida y

La fórmula empleada no es muy dispar de otras existentes en el Derecho comparado. Así, el artículo 20 del Strafgesetzbuch habla de incapacidad para comprender la injusticia del hecho o de obrar conforme a dicha comprensión (*unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln*), abarcando el artículo 21 la capacidad disminuida; el artículo 85 del Código Penal italiano manifiesta que es imputable el que tiene la capacidad de entender y querer (*é imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere*), distinguiendo los artículos 88 y 89 la exclusión total y parcial de responsabilidad; el artículo 10 del Código Penal suizo habla de la facultad de apreciar el carácter ilícito su acto o de determinarse según esta apreciación (*faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation*), recogiendo el artículo 11 la responsabilidad disminuida; el artículo 122-1 del Código Penal francés habla de que haya abolido su discernimiento o el control de sus actos (*ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes*), recogiendo el propio artículo la posibilidad de apreciar la alteración parcial de las facultades. El Código Penal Portugués también recoge una fórmula parecida en su artículo 20.1 (*é inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação*).

Junto a esta aparente similitud de criterios, es de destacar la evolución del concepto en los Estados Unidos. La norma de Mc Naghten tenía un defecto evidente: se centraba en los aspectos cognitivos (*cognition*) ignorando los volitivos (*conation*). A partir de la década de 1920 muchos tribunales reconocieron, junto a la regla de Mc Naghten, el concepto denominado impulso irresistible. Los tribunales optaron por interpretar esta ley de forma tal que se denominó «ley de policía al lado», puesto que el acusado habría cometido el delito incluso aunque hubiera tenido un policía junto a él. Posteriormente, el Juez David Bazelon, en 1954 (caso *Durham v. United States*, 214 F. 2d 862), introdujo un nuevo criterio conforme al cual, *un acusado no es responsable penalmente si su acto ilegal fue producto de enfermedad o alteración mental*. La denominada *norma de Durham* tuvo una relativa aceptación debido a la dificultad de interpretación de términos como «producto», «enfermedad» o «alteración». El *American Law Institute* desarrolló en 1962 un Código Penal Modelo en el que recomendaba la siguiente fórmula:

---

sólo procedería la eximente completa o incompleta cuando, por coexistir la personalidad psicopática con otra enfermedad mental o concurrir circunstancias excepcionales, quedase eliminada o más seriamente afectada su inteligencia y voluntad, lo que no ha sucedido en el caso que nos ocupa. No parece haber tampoco inconveniente en la admisión de dicha circunstancia como muy cualificada a los efectos del artículo 66 nº 4. Así, la TS 2ª, S 15-9-1992, rec. 5682/1992. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDJ 92/8794), refiriéndose a la regulación del Código Penal, Texto refundido de 1973, señala que la sentencia de 25-5-1988 ha precisado, incluso que la atenuante analógica del núm. 10 del art. 9 del Código Penal puede ser apreciada, en estos casos, como simple o como muy cualificada. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que nuestro Código Penal permite a los Tribunales aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley tanto en el caso de apreciar la concurrencia de una atenuante muy cualificada (art. 61, quinta), como si lo que se aprecia es la concurrencia de una eximente incompleta (art. 66).

> Una persona no es responsable de su conducta criminal si en el momento de la conducta, como resultado de una enfermedad mental o defecto, carece de capacidad para apreciar la criminalidad (maldad) de esa conducta o para ajustarla a los requerimientos de la ley. El término enfermedad o defecto mental no incluye una anormalidad manifestada sólo por la repetición de conductas criminales o antisociales de otro tipo.

El denominado ALI test tuvo una considerable influencia en la jurisprudencia norteamericana hasta el caso Hinckley. En 1980, John Hinckley hijo disparó contra el presidente Reagan. En 1982, el veredicto de un jurado del Distrito de Columbia le consideró no culpable por enajenación mental, siendo ingresado en el Hospital Federal St. Elizabeth de Washington D.C. El caso levantó una inmensa polémica en los Estados Unidos y, a partir del mismo se ha tratado de reducir el alcance de la *insanity defense* en varios sentidos: estableciendo un veredicto intermedio (*guilty but mentally ill*), elevando el estándar de prueba [591], limitando el alcance del testimonio de los peritos psiquiatras o, sencillamente, aboliendo el uso de la *insanity defense.*

Como vemos, el ejemplo norteamericano revela que no se trata de una cuestión pacífica y que las fórmulas distan mucho de ser criterios absolutos. Las citadas fórmulas no son reflejo de la ciencia psiquiátrica sino elaboraciones que se han fundado en teorías jurídicas precedentes. Como afirma QUINTERO OLIVARES, «conforme a un concepto actual de enfermedad mental no es posible sostener que una de sus características sea esa imposibilidad de saber lo que está bien o lo que está mal» [592]. No es al perito al que corresponde precisar si un acusado/a es o no imputable. La opinión del psiquiatra no es una opinión jurídico-técnica sino que su misión es suministrar datos técnicos de que el juez o el tribunal carecen [593] [594]. No obstante ello, es indudable la enorme relevancia de la prueba pericial psiquiátrica y la necesidad de una adecuada preparación de los médicos forenses en este ámbito [595].

---

[591] En Estados Unidos se utilizan tres estándares de prueba: la evidencia preponderante, la evidencia clara y convincente y la evidencia más allá de toda duda razonable. El paso ha sido del primer estándar al segundo.

[592] Quintero Olivares, Gonzalo. *Locos y culpables.* Aranzadi Editorial. Pamplona, 1999. Página 103.

[593] Castilla Del Pino, Carlos. «El informe psiquiátrico penal». Conferencia pronunciada en el Seminario sobre la Protección de los Derechos y Libertades de los Enfermos Mentales en el Marco de la Reforma Psiquiátrica y Legislativa. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Sevilla, 27 de mayo de 1990.

[594] La exposición de las diferentes teorías de la culpabilidad y de la imputabilidad me resulta imposible en este apartado dado que supondría desviarme excesivamente de la cuestión. Remito al trabajo de Urruela Mora, Assier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica.* Ed. Comares. Bilbao-Granada, 2004.

[595] Ampliamente sobre este particular, Higuera Guimerá, Juan-Felipe. «La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada urgente de atención» en VV.AA. *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Editorial Dykinson. Madrid, 2005, páginas 503 a 529.

2.2. La elaboración de un nuevo sistema de consecuencias jurídicas: el sistema de las medidas de seguridad

La consecuencia jurídica fue previa a la elaboración del concepto de peligrosidad y su análisis a través de un proceso. El fundamento de la imposición de una medida radicaba en la peligrosidad para terceros pero esta se presumía y lo único que aparecía era la consecuencia jurídica: bien el internamiento, bien la custodia en el seno de la familia. Ni el Código Penal de 1822 ni los Proyectos de 1830, 1831 y 1834 recogieron propiamente la posibilidad del internamiento. Fue el Código Penal de 1848 el que por primera vez expresaba:

> Cuando el loco ó demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal. En otro caso será entregado á su familia bajo fianza de custodia; y no prestándola, se observará lo dispuesto en el párrafo anterior.

PACHECO, comentando el precepto, señalaba en 1856:

> No tiene otro fundamento el partido de encerrar á los locos, que el *peligro inminente* en que su libertad ó su soltura ponen á sus conciudadanos. Y si le hay, ese derecho, para con un loco cualquiera, mucho mas ha de haberle para con aquel que la experiencia señala como *peligroso*.

No era, por otro lado, novedad en la época la imposición de tales consecuencias jurídicas. El Código de Brasil de 1830, al que hace referencia el autor, disponía en su artículo 12 que *los locos que cometan algún crimen, serán entregados a una de las casas destinadas para los de su clase, ó entregados a su familia, segun lo estime el juez conveniente*[596].

El Código Penal de 1870 mantuvo estas dos consecuencias:

> Cuando el imbécil o el loco hubiere ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin autorización del mismo tribunal. Si la ley calificare de menos grave el hecho ejecutado por el imbécil o el loco, el tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior o entregará el imbécil o loco a su familia, si esta diese suficiente fianza de custodia.

Finalmente, con la anulación del Código Penal de 1928 en el año 1932, la redacción del artículo 8 nº 1 obvió la distinción entre delito grave y menos grave, dando lugar a que la única solución posible fuera el internamiento *en uno de los*

[596] *Op. cit.*, Tomo I, páginas 137 y 138.

establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal, solución que se mantuvo hasta la reforma de 1983.

El concepto actual de peligrosidad es fruto del positivismo. El debate de fondo se centraba en el fracaso de las doctrinas clásicas para dotar de una respuesta al fenómeno de la delincuencia: la pena como justa retribución por el delito cometido, la culpabilidad basada en el libre albedrío y la utilidad de dicha consecuencia jurídica en el proceso de corrección del delincuente. Para los positivistas, la pena se mostraba ineficaz ante dos grupos de delincuentes: los irresponsables penales (menores, locos...) y aquellos a quienes la pena se mostraba insuficiente: los delincuentes habituales. El positivismo concibió la sociedad como un ser vivo cuya finalidad es la supervivencia. Este instinto de conservación es lo que da lugar a la necesidad de defensa frente al ataque que supone la infracción penal. El criterio de graduación de la respuesta al fenómeno no se fundará ya en la culpabilidad, como juicio de reproche por el acto realizado, sino en la «temibilidad» (GAROFALO) o «peligrosidad» (JIMÉNEZ DE ASÚA) del delincuente, como cálculo probabilístico de comisión de nuevas transgresiones del ordenamiento jurídico-penal.

El Anteproyecto de 1893 de Código Penal Suizo de Carlos STOOSS se considera el primer texto que introduce en la estructura de un Código Penal un sistema orgánico y coordinado de medidas de seguridad[597]. La introducción de las medidas de seguridad con esta denominación en el Derecho español se produce con el Código Penal de 1928[598] y en la Ley de 4 de agosto de 1933 de vagos y maleantes.

En lo que a nosotros afecta, desde 1932, la consecuencia penal única para las personas con enfermedad mental fue el internamiento. La ley de vagos y maleantes no incluía disposiciones sobre las personas con enfermedad mental. La Ley 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social, sin embargo, estimó oportuno «incluir en la relación de peligrosidad social a quienes, como los enfermos mentales cuando estuvieren abandonados y sin adecuado tratamiento, constituyen, por desgracia y sin ninguna voluntariedad por su parte, un riesgo efectivo para la comunidad, por lo que, tanto en interés social como en su propio bien, deben ser objeto de un régimen preventivo que permita lograr su curación y poner remedio a su potencial peligrosidad» (Exposición de Motivos). Insiste en

---

[597] Ampliamente, JORGE BARREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*. Civitas Monografías. Madrid, 1976. Páginas 36 y ss.

[598] Sobre la peligrosidad y las medidas de seguridad en el Código Penal de 1928, ampliamente, RODRÍGUEZ LAFORA, Gonzalo. *La psiquiatría en el nuevo Código Penal Español de ...*, páginas 57 y ss. El autor cita dos casos de crímenes notorios en esa época: el de José Marimón (en mayo de 1928 mató en un pueblo de Gerona a nueve niños y a una mujer e hirió a tiros y hachazos a otras tres mujeres más, siendo «cazado a tiros» varios días después por una gran batida de vecinos, somatenes y Guardia Civil) y el del maestro de escuela Ildefonso Uriarte (en un pueblo de Álava, asesinó a su esposa en el campo y se llevó la cabeza a un bosque, vagando luego varios días por la campiña). (*Op. cit.*, páginas 66 y 67)

este parecer la Circular 2/1972 de 21 de junio de la Fiscalía del Tribunal Supremo sobre la nueva Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social[599] señalando que

> No es la existencia de la enfermedad el fundamento de la declaración del estado peligroso, sino el peligro que significa para la comunidad el enfermo o deficiente mental abandonado.

En otro apartado de la Circular se matizará que

> La peligrosidad es necesaria también para cualquier internamiento psiquiátrico ajeno al internamiento en establecimiento de preservación; en efecto, todo enfermo mental no incapacitado cuya conducta represente un riesgo puede ser recluido en establecimiento adecuado; incluso los enfermos mentales considerados peligrosos están sujetos al régimen común del Decreto de 3 de julio de 1931 modificado por Decreto de 27 de mayo de 1932 y aclarado por Orden de 30 de diciembre de 1932, pues, el internamiento forzado de un enfermo psíquico puede hacerse por causas como «la peligrosidad de origen psíquico o la incompatibilidad con la vida social» (artículo 10); y en el artículo 17 está previsto un internamiento con un mínimo de formalidades, cuando el enfermo se halle en estado de peligrosidad para sí o para los demás o cuando a consecuencia de la enfermedad psíquica haya peligro inminente para la tranquilidad y seguridad, e incluso la del mismo enfermo. Cuándo se aplicará el Decreto de 1931 o la Ley de Peligrosidad ante la presencia de un enfermo mental peligroso, es cuestión que debe resolverse atendiendo a si están o no abandonados.

Esta situación permaneció vigente hasta la Ley 77/1978 de 28 de diciembre. Así reglamentaba el internamiento de tales enfermos en lo que denominaban «establecimientos de preservación» (artículos 2 nº 15, 6 nº 12). Tales establecimientos acogían a los enfermos y deficientes mentales peligrosos aunque con separación (artículo 35 del Reglamento. Decreto 1144/1971 de 13 de mayo). Los internamientos podían llevarse a cabo en establecimientos privados (artículo 6 del Reglamento) pero, en principio eran establecimientos públicos dependientes de Instituciones Penitenciarias (artículo 23 del Reglamento)[600]. El número 12 del artículo 6 incluía, junto con el internamiento en un establecimiento de preservación ya citado, la posibilidad de «sumisión a la vigilancia de los delegados» para su cumplimiento sucesivo.

---

[599] Fiscalía del Tribunal Supremo. *Circulares relacionadas con la ley de peligrosidad y rehabilitación social.* Publicaciones Abella. Madrid, 1972.

[600] La Orden de 1-06-1971 daba la relación de centros entre los que se encontraba la habilitación del Sanatorio Psiquiátrico de Madrid para el cumplimiento de las medidas de internamiento en establecimiento de preservación para enfermos mentales, el Centro Médico-Pedagógico de León para cumplimiento de medidas de internamiento en establecimiento de preservación de deficientes mentales varones y el Instituto Geriátrico de Almería para sometidos a medidas de seguridad que por su edad u otra circunstancia estén imposibilitados para seguir el régimen normal de otros establecimientos

JORGE BARREIRO señalaba que el problema concursal con el antiguo artículo 8.1 del Código Penal se resolvía a favor de este último. Los supuestos eran distintos ya que el Código penal contemplaba una conducta derivada del delito (peligrosidad posdelictual) y la Ley de 1970 el mero riesgo social derivado de la situación particular (por abandono o falta de tratamiento adecuado) del enfermo y deficiente mental (peligrosidad predelictual)[601]. Las críticas que suscitó el precepto radicaban en que estos casos no tenían razón de estar en una Ley de peligrosidad y que era inadecuado, por una situación de abandono o de carencia de tratamiento idóneo, que estas personas fueran declaradas «socialmente peligrosas» haciendo muy difícil su posterior reincorporación a la sociedad[602].

En momento posterior de este trabajo se hará referencia a la regulación actual de las medidas de seguridad afectantes a las personas con enfermedad mental tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995[603]. Nos interesa ahora profundizar exclusivamente en los siguientes aspectos, dos son anteriores a la entrada en vigor del nuevo Código Penal y presidieron nuestra legislación durante mucho tiempo (la falta de garantías procesales, la duración indeterminada de las medidas) otro sigue siendo de actualidad en nuestro ordenamiento (la inexistencia de medida de internamiento cautelar).

El artículo 637 nº 3 de la LECrim. establece que «procederá el sobreseimiento libre cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores». En la actualidad puede decretarse el sobreseimiento si se acoge la exención del artículo 20 nº 1 pero lo que no puede hacerse es imponer una medida de seguridad sin juicio previo. Sin embargo, durante largo tiempo la práctica de imponer una medida sin apertura de juicio oral constituyó la regla y aunque la interpretación del Tribunal Supremo era clara en este sentido de exigir que para la imposición de estas medidas es necesaria la celebración de un juicio contradictorio (Ss. 30-10-1973, 31-05-1977, 16-04-1979, 8-11-1979 y 20-10-1982) y también la de la Fiscalía General del Estado (Consulta 1/1989), teniendo en la actualidad reflejo legal en la regulación del procedimiento abreviado (artículo 790 apartado 3 de la L.E.Crim. —hoy artículo 780 nº 1), durante algún tiempo continuó siendo práctica habitual como demuestra el Informe del Defensor del Pueblo de 1991[604]. En un asunto de trascendencia como fue el del conocido «Arropiero» (célebre por los asesinatos en serie cometidos en la década de los 60), por Auto de 2 de mayo de 1978 de la Sala de lo Penal de 1978, se decretó

---

[601] *Op. cit.*, página 220. Refiriéndose a la situación originada con la Ley de Vagos y Maleantes, Olesa Muñido hacía mención de la existencia, dentro de las medidas de seguridad predelictuales, a las denominadas en la doctrina italiana «medidas de seguridad civiles» que hacían referencia al nombramiento de un curador o el internamiento en manicomio. El autor rechaza esta clasificación. Olesa Muñido, Francisco-Felipe. *Las medidas de seguridad.* Editorial Bosch, Barcelona, 1951, páginas 142 y 143.

[602] *Op. cit.*, página 221

[603] Como bibliografía de carácter general, sin perjuicio de la que posteriormente se citará, remito al trabajo de Sierra López, Mª del Valle. *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

[604] Páginas 634 a 637, 661 y 682

el sobreseimiento libre e internamiento. La Sala, en Auto de 5 de julio de 1995 estimó que la cobertura legal del internamiento del mentado en centro psiquiátrico penitenciario se amparaba en el artículo 211 del Código Civil, tras las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo antes citadas. Dada la reforma del artículo 183 del Reglamento Penitenciario en el que se concretaba el destino de este tipo de centros, su permanencia en el mismo devino imposible. Por Auto de 22 de mayo de 1996 la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó que debía inhibirse a favor de la jurisdicción civil. Lo anterior motivó no pocos problemas de reubicación del interno en otro centro de la red civil.

Otro de los elementos objeto de crítica fue la posible colisión con el artículo 17 de la Constitución (libertad personal) de la facultad de prolongar indefinidamente la medida de internamiento. El Tribunal Constitucional estimó que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 5 e) del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950 constituía ya un límite a esa discrecionalidad, al exigir, entre otros requisitos para mantener la medida, la subsistencia del trastorno que dio origen al internamiento, lo que obligaba a revisar periódicamente la situación y acordar el cese de no persistir. En cuanto a la indeterminación de la medida en su duración, afirmó el Tribunal Constitucional que era conforme con la propia esencia y finalidad de la medida, que es la prevención y, en su caso, curación del sometido a la misma[605]. La regulación sustantiva propició en la práctica, por la obligatoriedad e indeterminación de la medida, la permanencia en régimen de internamiento de personas declaradas exentas de responsabilidad penal incluso por simples faltas[606], por

[605] STC Pleno de 21 enero 1993 (Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles; EDJ 1993/298). Para el Tribunal Constitucional no resulta tampoco contrario al principio de proporcionalidad, pues el juicio de proporcionalidad entre penas y medidas es competencia del legislador, ni al de legalidad en materia sancionadora, por haber dejado en manos de los tribunales esa facultad, primero porque la adaptación de las medidas a la evolución de la peligrosidad no se deja a la total discrecionalidad del órgano judicial, sino que viene impuesta por la ley, y segundo, porque por los mismos fines perseguidos por la adaptación, resulta prácticamente imposible establecer con carácter general y abstracto una correlación entre tipos de medidas y grados de remisión. Es cierto que el legislador hubiera podido establecer medidas concretas para asegurar con mayores garantías la constante adaptación de las medidas de seguridad a la evolución de los enajenados (mediante la exigencia, por ejemplo, de controles periódicos)

[606] El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre este particular en, ATC Sala 2ª de 14 marzo 1994 (EDJ 1994/13522): «La jurisprudencia constitucional ha reconocido que el internamiento psiquiátrico dispuesto en la sentencia penal, en los casos y en la forma establecidos en el art. 8.1 CP, no es contrario al derecho a la libertad personal consagrado en el art. 17.1 CE (SSTC 16/1981 y 122/1988). Pero esta privación de libertad, para que sea admisible, ha de respetar determinados límites vinculados a la finalidad perseguida por el internamiento judicial. La regularidad del internamiento depende básicamente de la existencia de una perturbación mental, comprobada médicamente de forma objetiva, que presente tal magnitud que justifique la privación de libertad del enajenado por no poder vivir libremente en sociedad (STC 104/1990). El estado de peligrosidad del enfermo hacia el resto de la comunidad es, pues, lo que legitima esta intervención. Se ha referido a ello la STC 24/1993, al establecer que el criterio determinante para la adopción de estas medidas es la personalidad del sujeto, su peligrosidad, no la mayor o menor gravedad del acto delictivo. Por ello, aunque el criterio general deba ser el de considerar insuficiente la realización de un hecho antijurídico de poca importancia, es preciso reconocer que en ciertas ocasiones la comisión de un delito de escasa gravedad, e incluso de una falta, como sucede en el presente caso, puede ser sintomático, por sí solo, de una relevante peligrosidad del autor determinante del internamiento judicial. En suma, la adopción de la medida de interna-

períodos dilatadísimos, al no haber sido objeto de revisión su situación[607]. Aunque la revisabilidad de las medidas forma parte sustancial del sistema establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la instauración de un procedimiento contradictorio y la obligación del Juez de Vigilancia de elevar, al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, es de todo punto aconsejable, como ha hecho el Código Penal de 1995. Supone incidir en el problema de la lentitud de estos procesos que es observable en el derecho comparado, aunque es de reseñar que, sobre todo en lo atinente a los internamientos, las revisiones son burocráticas y, al estar basadas en cálculos probabilísticos con un alto índice de imprecisión, escasas.

La Fiscalía General del Estado se pronunció sobre la necesidad de hacer una propuesta de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para incluir la regulación del internamiento psiquiátrico como medida cautelar con todas las garantías previstas para la prisión provisional y controlada directamente por el Juez o Tribunal penal mientras se tramita el proceso[608].

Como señala GONZALEZ-CUÉLLAR[609], «el principal problema que se plantea en relación con la situación personal durante el curso del proceso, del sujeto al que le puede ser impuesta una medida de seguridad por haber cometido el hecho en alguno de los estados previstos por los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 20 C.P., radica en la inexistencia en nuestra legislación procesal penal de un catálogo de medidas alternativas a la prisión provisional que resulten eficaces desde el punto de vista cautelar y, simultáneamente, permitan en todo caso proporcionar a dicho sujeto un tratamiento adecuado».

---

miento, se encuentra sujeta a la existencia de un hecho antijurídico, a la falta de capacidad de culpabilidad del autor y, a que éste represente un peligro real para la comunidad. Todos estos presupuestos se encuentran presentes en el caso sometido a la consideración de este Tribunal. La apreciación de los dos primeros no ofrece dificultad alguna, ya que en la demanda no se cuestiona que se haya producido un ataque a un bien personal, ni que la gravedad de la enfermedad mental sea suficiente para justificar el internamiento del demandante en un centro psiquiátrico. Las mayores dificultades se encuentran en la apreciación del peligro que para la comunidad puede representar el recurrente. Sólo a partir de una consideración global del hecho y del autor, como la realizada por el Tribunal Supremo, es posible afirmar la existencia de un peligro cierto para la comunidad. A este respecto, la resolución impugnada ha tenido en cuenta, para establecer la peligrosidad del autor, el alto significado indiciario del impulso agresivo dirigido contra bienes jurídicos de singular importancia y, junto a ello, la gravedad de la enfermedad mental, que ha llevado a los expertos médicos a desaconsejar la sumisión a tratamiento ambulatorio».

[607] Giménez Garcia, J «Los internamientos psiquiátricos en el orden penal. Medidas de seguridad acordadas en sentencia», en Actualidad Penal, nº 2 /11, 1993, página 31, recoge algunos ejemplos del Informe del Defensor del Pueblo de 1991 sobre la situación de los enfermos mentales, como el de una mujer que falleció tras 60 años de internamiento sin que su situación hubiese sido revisada. En opinión de este autor, la falta de controles establecidos en el Código Penal y la inercia burocrática del órgano jurisdiccional, y no su insensibilidad, fueron las causas de esta situación, caracterizada por la ausencia del más mínimo diálogo entre tribunal sentenciador y centro de internamiento. Gráficamente, afirma: «las ejecutorias durmieron un sueño de años en el polvoriento anaquel del archivo judicial. El tribunal como tal continuó en el organigrama judicial, pero sus titulares se olvidaron de aquella persona enviada al psiquiátrico o incluso desconocieron tal situación si accedieron con posterioridad al tribunal».

[608] Memoria elevada al Gobierno de S.M. Madrid, 2001. Páginas 464 a 466.

[609] González-Cuellar Serrano, Nicolás, «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», en *Estudios Jurídicos,* Ministerio Fiscal. 1997, II, página 185

El artículo 100 del Anteproyecto de Código Penal (30 de diciembre de 1991) señalaba:

> El Juez o Tribunal podrá decretar, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida en relación con el sujeto sometido a proceso penal por delito. Por su parte el artículo 101 señalaba: 1. El tiempo de duración de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior en ningún caso podrá exceder del plazo máximo señalado para la prisión provisional. 2 Este tiempo se computará en la aplicación de la medida o en el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta, en su caso.

La previsión del Anteproyecto no fue recogida por el Código Penal (L.O. 10/1995 de 23 de noviembre), vigente en la actualidad. A diferencia de otros ordenamientos como el italiano, cuyo artículo 206 regula expresamente la medida de seguridad cautelar de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario[610] o el alemán que también recoge el internamiento provisional en el artículo 126.a de la *Strafprozeßordnung*[611], carecemos de una norma similar. La aplicación del principio de legalidad resulta inexcusable. El artículo 17 nº 1 de la Constitución señala que *nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

2.3. La especialización de las instituciones

El nacimiento de una especialidad asistencial en materia de personas con enfermedad mental que han cometido infracciones penales es posterior en el tiempo al inicio del sistema asilar. En Inglaterra, el siglo XIX se inició una corriente legislativa dedicada a la detención de los *locos criminales*. Las causas de esta regulación tuvieron su origen en una serie de atentados contra el Rey Jorge III

---

[610] El artículo 206 del Código Penal italiano dispone: (Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza). - Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio, o in un manicomio giudiziale, o in una casa di cura e di custodia. Il giudice revoca l'ordine, quando ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose. Il tempo dell'esecuzione provvisoria della misura di sicurezza è computato nella durata minima di essa.

[611] § 126.a StPO. Anordnung der einstweiligen Unterbringung (1) Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, daß jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 des Strafgesetzbuches) begangen hat und daß seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden wird, so kann das Gericht durch Unterbringungsbefehl die einstweilige Unterbringung in einer dieser Anstalten anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. (2) Für die einstweilige Unterbringung gelten die §§ 114 bis 115a, 117 bis 119, 125 und 126 entsprechend. Hat der Unterzubringende einen gesetzlichen Vertreter, so ist der Beschluß auch diesem bekanntzugeben. (3) Der Unterbringungsbefehl ist aufzuheben, wenn die Voraussetzungen der einstweiligen Unterbringung nicht mehr vorliegen oder wenn das Gericht im Urteil die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt nicht anordnet. Durch die Einlegung eines Rechtsmittels darf die Freilassung nicht aufgehalten werden. § 120 Abs. 3 gilt entsprechend.

de Inglaterra: Los casos de Margaret Nicholson en 1786 (recluida finalmente en el manicomio de Bethlem), de John Fritz en 1790 (lanzó una piedra cuando el rey estaba paseando en carroza, siendo ingresado igualmente en un manicomio) y, sobre todo, el caso de James Hadfield (se trataba de un antiguo soldado que trató de atentar contra la vida del rey cuando se encontraba en el teatro de *Drury Lane*). El acusado Hadfield, a pesar de ser declarado inocente por enfermedad mental de una tentativa de asesinato, no fue liberado *por su propio bien y por el bien de la sociedad en general.*

En 1816 se destinó una «división especial para alienados criminales» en el asilo de Bedlam, creándose después secciones análogas en otros asilos y en particular en las prisiones del reino[612], sin embargo, no tuvo lugar un tratamiento separado de los locos criminales hasta la *Criminal Lunatics Act* de 1860. ¿Cuáles fueron las razones de la creación de estructuras diferenciadas para este tipo de enfermos? En 1853, el gobierno británico promovió una investigación de la que se extrajeron las siguientes conclusiones[613]:

1) La promiscuidad de los enajenados ordinarios con los enajenados criminales es injusta y ofensiva para los enajenados ordinarios y sus familias.
2) Los hábitos de los locos criminales son viciosos, tienden a la evasión y a la insubordinación, siendo causa de descontento para los demás enfermos.
3) La necesidad de una mayor vigilancia dificulta la clasificación para el tratamiento y convierte al establecimiento en una cárcel.
4) Los locos criminales precisan de una mayor atención y vigilancia lo que va en detrimento del cuidado de los restantes.
5) Los propios locos criminales son rechazados por los restantes enfermos y se ven excluidos cuando ven salir a los demás del establecimiento.

El resultado fue el referido cambio legislativo y la construcción del Manicomio Judicial de Broadmoor (1863). Con anterioridad ya existía un manicomio de estas características, el de Drundum (cerca de Dublín) en Irlanda (1850)[614]. Rápidamente se extendió esta tendencia a lo largo del siglo XIX en otros países: Perth en Escocia (un departamento en la prisión central), Auburn en Nueva York[615] o la

---

[612] Casamada y Torrent, Francisco. *Op. cit.*, página 49

[613] Xalabarder, E. *Valía Higiénico-social de los manicomios judiciales.* Gaceta Médica Catalana. Tomo XXIV. Núm.2 (continúa también en los números siguientes), Barcelona 31 de enero de 1901, núms. 566 y ss.

[614] Xalabarder (*op. cit.*) señala que el Real decreto de 1845 para la creación de un Asilo Central para locos delincuentes en Irlanda ordenó formar una corporación (Comisionados de obras públicas de Irlanda) con atribuciones propias e independencia para la realización de sus funciones, a diferencia de España donde el encargo al Ministro dio lugar al sometimiento a las contingencias de la política.

[615] El hospital civil, *Utica State Hospital,* se negaba a admitir enfermos procedentes de la prisión de Auburn, por lo que se creó, en 1859 el *State Lunatic Asylum for Insane Convicts* en los terrenos de la prisión. Esta fue la primera institución de esta clase que se creó en Estados Unidos. Rápidamente se sobrepobló dando lugar a la construcción del hospital *Matteawan* en 1892 y a la del hospital *Dannemora* en 1899. A mediados de la década de los 60 del siglo XX estos establecimientos tenían alrededor de 3.000 pacientes. Dannemora cerró en 1972. En enero de 1977, el Departamento de Higiene Mental creó el *Central New York Psychiatric*

sección establecida en la prisión de Aversa en Italia[616]. En Alemania se crearon también departamentos de manicomios o prisiones como el caso de Moabit

---

Center, dando lugar al cierre de Matteawan. El CNYPC es una organización comprensiva de un amplio abanico de servicios de salud mental para las personas sometidas al sistema penitenciario. Tiene 210 camas en un establecimiento de máxima seguridad ubicado en Marcy. Es el único centro donde hombres y mujeres pueden ser hospitalizados de forma involuntaria conforme al artículo 402 de la *Corrections Law* del Estado de Nueva York. Junto con este servicio, el CNYPC dispone de una unidad con servicios de hospitalización para detenidos en espera de juicio de 25 cárceles del condado de la parte norte del Estado, *NGRI* e internamiento conforme al artículo 508 de la *Corrections Law.* También dispone de servicios externos consistentes en una red estatal de unidades de salud mental con un total de 23 clínicas externas con 12 unidades satélites que suministran un total de 154 camas de crisis, 534 camas del programa de cuidado intermedio y servicios clínicos destinados al *NYS Department of Correctional Services.* (Página web oficial del *NYS Office of Mental Health.* http://www.omh.state.ny.us/omhweb/facilities/cnpc/facility.htm)

[616] Fue establecido en la prisión de Aversa en 1876. A diferencia de Inglaterra, la creación de Aversa se realizó por un simple acto administrativo del director de la prisión, Martino Beltrani Scalia, que, en ausencia de toda disposición legislativa, creó una *sezione per maniaci.* Pronto siguió la apertura de otros establecimientos (en la época de redacción del proyecto se abrieron *Montelupo Fiorentino* en 1886 y *Reggio Emilia* en 1892). Naturalmente, se intentó recoger el sistema en ley positiva (para un análisis de la historia del manicomio judicial italiano, puede verse Manacorda, *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di una istituzione totale,* Bari, 1982). El primer proyecto de ley fue el de Depretis (1881), que cita el texto, al que siguieron los de Crispi (1890), Nicotera (1891) y Giolitti (1893). La primera regulación del *manicomi gidiziari* se realizó en el Real Decreto de 1 de febrero de 1891 (n. 260, *Regolamento generale degli stabilimenti cacerari e per i Riformatori Governativi del Regno)* que recogió expresamente el término y los sujetos para los cuales estaba destinado (artículos 469 a 473). Es de destacar que el Código Penal aprobado dos años antes *(Codice Zanardelli)* no recogía ninguna mención a este tipo de institución. En ese mismo año, una comisión realizó una inspección de los manicomios del Reino (compuesta por Lombroso, Tamburini y Ascenzi) y redactó una relación de los problemas que encontraron al Ministro del Interior *(Relazione a S.E. il Ministro dell'Interno sulla ispezione dei manicomi del Regno).* La *Scuola Positiva* insistentemente demandó el establecimiento de instituciones psiquiátricas para criminales con trastornos mentales (Lombroso, «Sulla istituzione dei manicomi criminali in Italia», *Rivista di discipline carcerarie,* 105-126, año 1872, y *L'uomo delinquente,* 1897; Della Rocca, «I manicomi criminali: studio bibliografico», *Rivista de discipline carcerarie,* 35-49, Año 1873; Tamburini, A. «I manicomi criminali», *Rivista di discipline carcerarie,* página 35, Año 1873). Ellos pensaban que el crimen debía ser abordado como una patología de origen sociopsicobiológico, sobre la cual era posible trabajar científicamente; y, consecuentemente, no debía ser castigada como una acción inmoral, resultado de la voluntad individual, merecedora de un castigo proporcionado a la ofensa como demandaba contrariamente la *Scuola Classica* (Solivetti, Luigi Maria. «De-institutionalization, psychiatric treatment and mentally disordered offenders in Italy: a difficult transition from the old to the new». En *Estratto da: Quaderno n.2. Universitá degli studi di Roma «La Sapienza». Dipartimento di contabilitá nazionale e analisi dei processi sociali,* Roma 1996, página 171). Lombroso señalaba que «los delincuentes locos necesitan también un tratamiento especial en los manicomios criminales, tratamiento en que se concilie la humanidad con la defensa social; porque la disciplina y la seguridad de estos establecimientos son iguales a las de la cárcel; pero los locos son tratados como enfermos, y el establecimiento se halla dirigido por médicos. Se custodiarán allí hasta que se curen, y en su caso por toda la vida, todos los individuos que hayan cometido delitos por causa de locura o que se hayan vuelto locos en la cárcel» (Lombroso, César. *Medicina legal.* Traducción por Pedro Dorado. Vol I página 283. Editorial La España Moderna, Madrid —sin fecha—). La propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre creación de manicomios judiciales de 1888 en España hace referencia a esta escuela y a la escuela correccionalista, «unánimes en este punto (...) porque si, de acuerdo con la ciencia positiva, provee á la eliminación del que es un peligro en la vida libre, por sus tendencias al crimen, con arreglo á las doctrinas correccionales, que ven en el delincuente, aun sin ser loco, un enfermo de la voluntad, coloca á éste bajo la salvaguardia de la ciencia médica en una de sus más difíciles especialidades, sin perjuicio de rodearle de cuantos elementos sean necesarios para su regeneración moral. En cualquier caso, se indicaba que no es una escuela la iniciadora de esta gran reforma. Importa consignarlo aquí, toda vez que los empeños sistemáticos suelen, por lo exclusivos, andar reñidos en parte con la amplísima realización de la vida, y encuentran por ello mismo, en su desarrollo, tropiezos y oposiciones de que se ven libres aquellas fecundas concordancias de las ideas y los hechos que espontáneamente se producen en el seno de la sociedad á impulsos de necesidades vivamente sentidas».

(Berlín), Bruchsal (Baden) y Waldheim (Sajonia)[617]. En Francia, primeramente se establecieron cuartos de seguridad en Bicêtre y luego se creó un *quartier d'aliénés* en la prisión de Gaillon (1876) que permaneció hasta 1906[618]. Portugal, en 1895, se limitó a presentar un proyecto de ley, recomendando a las Cámaras la organización de asilos semejantes[619].

En España, la primera mención de un *Manicomio Penal,* aparece en el R.D de 13-12-1886 bajo la firma del Ministro de la Gobernación, Fernando León y Castillo[620] mandando construir uno en Madrid o en sus cercanías destinado a reclusión y tratamiento de los delincuentes afectados de cualquier forma de enajenación mental, y a la observación de todos los acusados presuntos locos. El Decreto establecía la creación de una Comisión que tenía que redactar en un período no superior a tres meses, un proyecto de ley en el que se especificaran las medidas de protección contra «los locos criminales» y las bases para la construcción y organización del Manicomio Penal[621]. Se redactó un proyecto de ley que regulaba en su artículo 1º que los recursos concedidos por la ley de 23 de julio de 1878 para la edificación de una penitenciaría de separación individual, se aplicaran a la construcción del manicomio judicial, creado por Real Decreto de 13 de diciembre de 1886, a la instalación de la penitenciaría hospital en el exconvento de la Victoria del Puerto de Santa María, y al establecimiento de una colonia penitenciaria agrícola en terrenos del Estado o cedidos por las Diputaciones provinciales o Ayuntamientos. La Comisión del Congreso de los Diputados señalaba que *no ya una prescripción científica, sino un deber humanitario exige que lo mismo los procesados locos que los penados enfermos y ancianos, cumplan su condena en condiciones que alivien y no agraven su situación*[622]. El dictamen sobre construcción de un manicomio penal fue retirado al cambiar la Dirección de Establecimientos penales del Ministerio de la Gobernación al de Justicia y preparar este una ley general de prisiones[623] [624].

---

[617] Casamada y Torrent, Francisco. *Op. cit.*, página 50; Peset Aleixandre, Juan-Bautista/Fernández Hernández, Alfredo. *La responsabilidad atenuada...* página 116

[618] Renneville, Marc, *op. cit.*, página 502

[619] Casamada y Torrent, Francisco. *Op. cit.*, página 50

[620] Gaceta de Madrid de 21 de diciembre de 1886 (núm. 355, Tomo IV, página 898). Las disposiciones pueden consultarse en la base de datos Gazeta histórica – colección histórica. 1875-1967 (www.boe.es/g/es/bases_datos/gazeta.php)

[621] La Exposición de Motivos expresa que «la idea de mantener en reclusión a los locos y delincuentes y la de conservar separados en establecimientos especiales a los delincuentes que resulten locos, viene preocupando hace más de un siglo a los estadistas de distintos países, y han promovido en Inglaterra, en Francia y en Italia importantes reformas legislativas, llevadas a la práctica con beneficiosos resultados». Posteriormente, tras enumerar diferentes manicomios penales existentes en el extranjero, señala «entre nosotros, el problema afecta los mismos caracteres y obliga a parecidas resoluciones, que pueden inspirarse en lo que la experiencia ha acreditado».

[622] Congreso de los Diputados. Diario de las Sesiones de Cortes. Apéndice 6º al número 9. 13 de junio de 1887.

[623] Congreso de los Diputados. Diario de las Sesiones de Cortes. Número 4, sesión de 5 de diciembre de 1887.

[624] Otro Real Decreto de la misma fecha, Gaceta de Madrid de 21 de diciembre de 1886 (núm. 355, Tomo IV, página 897), creó la Penitenciaría Hospital del Puerto de Santa María para la extinción de las penas por

En nuestro país, se elaboró un Proyecto de Ley en 1888 que no tuvo un final feliz[625]. La Exposición de Motivos refleja perfectamente el sentido del cambio legislativo:

> El proyecto de ley presentado por el Ministro que suscribe, es evidentemente una ley de seguridad. La seguridad está en los preceptos legislativos, en el manicomio dispuesto con un fin especial, en su organización, en los requisitos exigidos para la libertad de los locos criminales y en la existencia de un personal idóneo é imbuido de la difícil misión que ejerce, tan semejante á la del médico como á la del magistrado. Esta es la gran conquista en las tradiciones del manicomio inglés. Allí se procede siempre bajo la idea de que el enajenado que con sus actos acredita instintos agresivos, es un sér notoriamente peligroso; y por esta circunstancia se diferencia al loco criminal del ordinario, no concediendo á aquél la libertad hasta su «bien comprobada curación», requisito tan indispensable que sin él, como dice un autor ilustre, los manicomios para criminales no serían más que un lujo y un inútil descargo de las prisiones.

El proyecto contemplaba tres clases de categorías, siguiendo las directrices de la época (artículo 2): a) los que después de sentencia firme (penados) fuesen reconocidos y declarados en estado de perturbación mental; b) los que habiendo realizado un acto que la ley califica de delito sean reconocidos y declarados en estado de perturbación mental en virtud de auto o sentencia firme en que se decida su exención de responsabilidad criminal; c) los procesados sospechosos de perturbación mental cuya observación y examen sean decretados por el Tribunal competente[626].

---

los mayores de 70 años, por los ciegos, paralíticos y afectados de cualquier otra inutilidad de importancia y por los enfermos crónicos incurables

[625] Alonso Martinez, Manuel, Exposición de Motivos del Proyecto de Ley sobre creación de manicomios judiciales de 1888, párrafos 4º y 5º (Senado. Diario de las Sesiones de Cortes, 4 de abril de 1888, apéndice 1º al número 79). Fue aprobado por el Senado, siendo remitido al Congreso (Congreso De Los Diputados. Diario de las Sesiones de Cortes. Apéndice al número 56. 20 de febrero de 1889). Posteriormente el Ministro Trinitario Ruiz Capdepón lo volvió a presentar a las Cortes en 1894 pero tuvo idéntico final (Senado. Diario de las Sesiones de Cortes, 4 de abril de 1894, apéndice 44 al número 91). Xalabarder (*op. cit.*) expresaba que «el proyecto, considerado en general, es tan deficiente, que no hay manera de hacer posible su realizacion, y así lo van demostrando los hechos». Continúa el autor señalando «el artículo primero es el único que se dedica a la construcción de los asilos y aunque los coloca bajo la dependencia del Ministerio de Gracia y Justicia, no dice de donde han de salir los fondos á dicha construcción destinados, ni señala la entidad á quien debe encomendarse». En otro apartado enumera los cuatro defectos principales que son: 1) falta de autonomía de la Junta inspectora en sus funciones, debiendo quedar encargada de la construcción de los asilos con los fondos que el Ministerio le proporcione; 2) necesidad de simplificación de los trámites para la admisión de los «locos delincuentes»; 3) desde el momento en que recae sobre un individuo penado o simplemente procesado la declaración de *locura peligrosa,* debe considerársele como enfermo y cesar sobre él la acción del Código penal, ordenar su ingreso en el Asilo y no expedir la orden de salida definitiva hasta la completa curación o demencia final de su enfermedad; 4) omisión grave en los aspectos referentes a la cuestión religiosa que deben llenarse en el sentido de la más absoluta tolerancia.

[626] El Proyecto de Ley de 1888 indicaba, en su Exposición de Motivos, la existencia de 128 penados que enloquecieron durante el cumplimiento de su condena existentes en los establecimientos penales, señalándose la existencia de una estadística incompleta que revelaba la existencia de 297 pacientes ingresados en hospitales y manicomios que quedaron exentos de responsabilidad criminal por aplicación del artículo 8 del C.P., ignorándose el número de los que habían quedado confiados a sus familias.

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

No cabe duda de que también pesaron sobre el parecer de los legisladores decimonónicos los problemas concernientes a la situación de los manicomios ordinarios, tanto el estatal como los provinciales. Así, la Junta de Patronos de la casa de dementes de Santa Isabel de Leganés solicitó del Gobierno que se prohibiera el ingreso en dicho manicomio de los procesados declarados dementes por los Tribunales, solicitud que fue aprobada en contra del reglamento orgánico de dicho manicomio[627], tal y como pone de manifiesto una R.O. del Ministerio de la Gobernación de 17 de marzo de 1893. Las razones que dio la Junta para que se aceptara dicha medida en un momento en que existían en Leganés 45 locos criminales fueron las siguientes[628]:

1) Que los dementes procesados ahuyentan a los locos pensionistas o locos de pago, que van descendiendo progresivamente;
2) Que dichos locos, dada «la exacerbación y desarrollo de instintos que los condujeron al crimen» son un peligro para los demás locos;
3) Que este peligro es difícil de evitar, por la vida común que hacen los locos y por la imposibilidad de construir un departamento especial para locos delincuentes;
4) Que si la admisión de dichos locos continúa, llegará un día en que para seguridad del establecimiento y tranquilidad de los vecinos del pueblo, será necesario, aun rechazándolo el carácter del asilo, reclamar la garantía de la fuerza armada.

Es de observar que las razones que motivaron la creación de una red separada son muy similares a las ya citadas del Reino Unido (que es fuente de inspiración del proyecto). A pesar de que el proyecto de ley no prosperó, sí que se creó este tipo de red. En 1894, se establecía en el Reglamento de la suprimida Penitenciaría Hospital una sección de manicomio a la que serían destinados los penados afectos de cualquier forma de enajenación mental y los epilépticos[629]. El R.D. de 1-09-1897[630] fue el que, finalmente, reguló con detalle el ingreso en la Penitenciaría Hospital. La Exposición de Motivos del Decreto señalaba que

---

[627] R.D. de 12 de mayo de 1885, cuyo artículo 106 señalaba que: «Cuando los Tribunales de justicia declaren la irresponsabilidad de un reo por razón de demencia probada, y acuerden su reclusión en este manicomio, se concederá el turno de ingreso correspondiente, previo el envío de testimonio de la sentencia. El administrador del Establecimiento cuidará de avisar al Tribunal cuándo corresponde ingresar al demente para que pueda ser remitido. Ningún demente de esta clase podrá ser puesto en libertad cuando obtenga su curación sin avisar previamente al Tribunal que lo remitió». El artículo 90 establecía la división del manicomio en *cuarteles* diferentes para los dos sexos y para la infancia y la edad madura. Cada uno de aquellos cuarteles se subdividían en *departamentos* independientes dedicados a observación, *a enfermos sujetos a Tribunales de justicia,* a pobres, a pensionistas, alienados pacíficos, a turbulentos, a furiososo o sucios, a epilépticos y a convalecientes.

[628] Alvarez Uria, Fernando. *Miserables y locos.* Tusquets editores, 1983, Página 234.

[629] Reglamento Provisional de la Penitenciaría Hospital de Puerto de Santa María, aprobado por Real Orden de fecha 20 de marzo de 1894 (Gaceta de Madrid de fecha 22 de marzo de 1894)

[630] Gaceta de Madrid de 5-09

> Contra todos los preceptos legales (...) hay en muchas cárceles varios individuos con la razón perturbada, que no obstante haber sido declarados por los Tribunales Sentenciadores exentos de responsabilidad criminal por causa de enajenación mental, permanecen impropiamente recluidos con agravación de sus males y hasta con trastornos en el régimen y en la disciplina de los establecimientos carcelarios donde moran, para remediar este estado de cosas, el Ministro que suscribe acometió la empresa de edificar un pabellón de enajenados en la Penitenciaría Hospital del Puerto de Santa María; y logrado este propósito y próxima la instalación adecuada de los locos que han de pertenecer a este establecimiento, falta otra de carácter legislativo.

Este proyecto legislativo se plasmó en el R.D. de 13-08-1917[631] cuyo artículo primero señalaba que

> El pabellón que en la actualidad existe en el Puerto de Santa María perteneciente a la suprimida Penitenciaría Hospital, se destinará en lo sucesivo, con carácter provisional a albergue de reclusos dementes, bajo la denominación de Manicomio Penitenciario.

El artículo 11 encargaba a una Comisión especial *recoger y ordenar todos los antecedentes legislativos y administrativos y efectuar los estudios oportunos para que por el Ministro de Gracia y Justicia pueda ser redactado el proyecto de ley de Manicomio judicial*. Dicho proyecto de ley nunca llegó a alcanzar vida.

Existió, pues, de forma separada a la legislación sanitaria ordinaria, legislación concerniente a la creación de un «manicomio penal», que arranca del citado R.D de 13 de diciembre de 1886, «Penitenciaría Hospital» (R.D. 1-09-1897), a la creación de un «manicomio judicial» en la Colonia del Dueso (R.D. 26-01-1912 y R.O. de 31-03 y 7-07-1913[632], esta última disposición resolvió la construcción de un pabellón en la cárcel de Mujeres de Alcalá para observación y tratamiento de «vesánicas»), al «Manicomio Penitenciario del Puerto de Santamaría» (R.D. de 13-08-1917, R.D. 22-10-1919 y Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1930), «Hospital Psiquiátrico Judicial» (Decreto de 5 de julio de 1933, cuya vigencia fue breve, concretamente hasta el Decreto de 22 de noviembre de 1936 que restableció el Reglamento de los Servicios de prisiones de 14 de noviembre de 1930 citado)[633], «Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario» (Reglamentos de los Servicios de Prisiones de 1948 y de 1956 y Reglamento penitenciario de 1981) y, finalmente,

---

[631] Gaceta de Madrid del día 18

[632] Esta disposición se dejó temporalmente en suspenso por R.O. de 4 de septiembre de 1915 (Gaceta 7 y rectificación del 8). Martínez Alcubilla, Marcelo. *Boletín Jurídico-Administrativo. Apéndice de 1915 al Diccionario de la Administración Española.* Madrid, 1915, página 490

[633] Por Orden de 8 de marzo de 1934 (Gaceta de 10 del mismo mes y año), se aplazó el cumplimiento de lo dispuesto en el citado Decreto de 5 de julio de 1933, disponiendo que «el edificio destinado por dicha disposición a Hospital Psiquiátrico Judicial en Alcalá de Henares sea utilizado por la Dirección General de Prisiones como lugar de reclusión preventiva o de sentenciados con arreglo a lo que las necesidades del servicio demanden, en relación con lo determinado en las leyes vigentes».

«Establecimientos o Unidades Psiquiátricas Penitenciarias» (actual Reglamento Penitenciario).

En general, en los países europeos siguen existiendo estructuras de seguridad.

En Inglaterra y Gales (para Escocia e Irlanda del Norte existe una regulación diferente), por ejemplo, se aplica un triple sistema de seguridad: los criminales de alto riesgo son enviados a uno de los tres hospitales especiales (*Broadmoor* en Berkshire, *Ashworth* en Nottinghamshire o *Rampton* en Lancanshire, fundados, respectivamente en 1863, 1912 y 1989, aunque Ashworth es la combinación de dos instituciones anteriores), donde las condiciones son de máxima seguridad. El promedio de población de cada uno de estos hospitales gira entorno a 400-500 pacientes, admiten diferentes tipos de desorden mental, pero la distribución varía[634]. La población es mayoritariamente masculina. Los criminales de mediano riesgo son enviados a las unidades regionales de seguridad. Finalmente hay una provisión de camas para enfermos mentales y deficientes psíquicos en los hospitales locales, de las cuales un pequeño porcentaje está en custodia cerrada. Aunque la posibilidad de ser transferido a un hospital de menor seguridad está contemplada, lo cierto es que es muy conocido el problema del retraso en los traslados. Entre las diversas razones de ello se encuentra el rechazo de los psiquiatras de las unidades de seguridad media a la aceptación de un paciente que proviene de un hospital de alta seguridad. Tanto las salidas como los traslados están sometidos a la aprobación del ministro[635]. Últimamente se ha acentuado el factor seguridad en estos centros[636].

Italia tiene un sistema similar al nuestro contando con 6 hospitales psiquiátricos penitenciarios. Los *Ospedale psichiatrico giudiziario*[637] son: 1) Aversa, ubicado

---

[634] La estancia media en estos hospitales se sitúa alrededor de 6 años, predominando la esquizofrenia como diagnóstico más frecuente (Jamieson, Liz/Taylor, Pamela, J. «Patients leaving english high security hospitals: Do discharge cohorts and their progress change over time?» en *International Journal of Forensic Mental Health.* 2005, Vol. 4 nº 1, pages 71-87)

[635] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *op. cit.*, páginas 113 y 114. El denominado *Fallon Report,* presentado al Parlamento por el Ministro de Sanidad Británico en enero de 1999 mostraba que en los citados hospitales se había producido una evolución hacia una excesiva apertura que pugnaba con el concepto de seguridad del hospital hasta niveles intolerables (por ejemplo, la disponibilidad de material pornográfico, incluida pornografía infantil y situaciones de falta de seguridad, manteniéndose un relativo aislamiento con el resto del sistema hospitalario) (Fallon, Peter/Bluglass, Robert/Edwards, Brian/Daniels, Granville. *Report of the Committee of Inquiry into the Personality Disorder Unit, Ashworth Special Hospital* The Stationery Office. 12 January 1999. Disponible en internet: http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm41/4194/ash4194.htm)

[636] U.K. Department of Health. *Report of the review of security at the High Security Hospitals*. Febrero de 2000. El artículo 4 de la *National Health Service Act 1977,* tras su modificación por el artículo 41 de la *Health Act 1999,* describe el *High Security Hospital* como el destinado «para personas que son susceptibles de ser detenidas bajo la *Mental Health Act 1983* y… requieren tratamiento bajo condiciones de alta seguridad debido a su propensión peligrosa violenta o criminal». El hospital *Carstairs* es el equivalente escocés de estos hospitales y también admite pacientes procedentes de Irlanda del Norte. Las Circulares del *Health Service* 1999/150 *(The safety and Security in Ashworth, Broadmoor and Rampton Hospitals Directions)* y sus revisiones de 2000 (HSC 2000/027), 2002 *(The Ashworth, Broadmoor and Rampton Amendment [No. 2] Directions 2002)* y 2003 *(The safety and Security in Ashworth, Broadmoor and Rampton Hospitals Amendment Directions 2003)* constituyen el marco actual de condiciones de seguridad en tales centros.

[637] La regulación actual se encuentra en los artículos 215 y 222 del *codice penale (misure di sicurezza detentive: ricovero in un manicomio giudiziario,* aunque también hay que tener presentes los articulos 206

sobre un convento del siglo XVI y creado en 1876; 2) Napoles, o San Efremio Nuovo, también ubicado en un convento del siglo XVI y fundado en 1923; 3) Reggio Emilia, ubicado en un viejo convento que fue reconvertido en 1892; 4) Castiglione delle Stiviere en Verona, creado en 1939 (destinado a mujeres); 5) Barcellona Pozzo di Gotto, en Messina (Sicilia), inaugurado en 1925; 6) Montelupo Fiorentino, en Siena, fundado en 1886, que está instalado en una antigua fortaleza medieval[638]. La Ley 180/1978 clausuró los hospitales psiquiátricos pero no previó el cierre de los hospitales psiquiátricos penitenciarios. Los efectos prácticos fueron dramáticos, en parte porque la introducción de la ley eliminó rápidamente la organización establecida sin reemplazarla por otra nueva y más funcional. Un gran número de pacientes fueron enviados desde los psiquiátricos provinciales y llegó a ser prácticamente imposible hacerse cargo de la crítica situación aguda, típica de ciertas patologías mentales. Añadido a esto fue la gran dificultad para las familias e instituciones territoriales en la asistencia a los enfermos mentales crónicos en términos de terapia, prevención y rehabilitación. La admisión en hospitales psiquiátricos había sido reemplazada por otros programas terapéuticos establecidos en una escala limitada en la autoridad sanitaria local, ambos sobre una base de tratamiento externo y a través de los hospitales generales. Sin embargo, debido a que estos programas son completamente voluntarios en su concepto, habían resultado inadecuados para la función de control de los trastornos de comportamiento manifestados con frecuencia en los casos más serios. Estas personas enfermas, por ello, a menudo finalizaban en el psiquiátrico penitenciario. Los Hospitales psiquiátricos penitenciarios están ahora sobrepoblados y son incapaces de aceptar a todos los presos con patología psíquica, gran número de los cuales, por ello, permanecen en prisión[639].

[àpplicazione provvisoria delle misure di sicureza], 148 *[Infermità psichhica sopravvenuta al condannato]* del referido *codice penale* y artículos 70, 71 [Sospensione del procedimento per incapacità dell'imputato] y 72 del codice di procedura penale) y artículos 111 (Ospedali psichiatrici giudiziari, case di cura e custodia, istituti e sezioni speciali per infermi e minorati fisici e psichici), 112 (Accertamento delle infermità psichiche) y *113* (Convenzioni con i servizi psichiatrici pubblici) del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della liberta (Decreto del Presidente de la República de 30 de junio de 2000, n. 230, publicado en la *Gazzetta Ufficiale n. 195* de 22 agosto 2000 - S.O. n.131).

[638] Meroni señala que, en marzo de 2001, los internos en este tipo de instituciones ascendían a 1.282, de los cuales la inmensa mayoría eran varones. La edad media de los internos era de 41 años (entre un mínimo de 19 y un máximo de 82). La mayoría de los internos procedía del norte de Italia (383), 337 del Sur, 142 del Centro y 250 de las islas. 94 eran extranjeros. La población interna en tales fechas era: Aversa (188), Napoles (197), Castiglione delle Stiviere (209 mujeres), Reggio Emilia con 232, Barcellona Pozzo di Gotto con 213 y Montelupo Fiorentino con 243. (Meroni, Gabriella. «Ospedali psichistrici giudiziari: ci vivono in 1300». *News Pol-it territorio*. Disponible en internet www.pol-it.org/ital/NT20031018.htm)

[639] Bruno, Francesco/De Pasquali, Paolo/Bona, Iliana. «The Italian System from a Forensic psychiatric Perspective». En VV.AA. *Pathways to the management of mentally- ill offenders in the criminal justice system.* United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute. Publicación nº 48, Roma, diciembre de 1993 , páginas 107 a 132. En una reciente visita a Italia realizada por el Comisario para los derechos humanos Alvaro Gil-Robles constató que en Aversa, con una capacidad de 189 camas, tenía 230 internos en el momento de la visita. El comisario constató la situación común de sobrepoblación en los 6 hospitales psiquiátricos penitenciarios y la larga duración de los internamientos debido a la carencia de estructuras civiles que obligan a mantener a tales personas en estructuras carcelarias sin la posibilidad de reinserción social ante la imposibilidad de acogida de los servicios externos y de las familias, hecho agravado con la regionalización del sistema sanitario. (Council

V. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS JURÍDICAS

La *Corte Costituzionale* italiana, en diversas sentencias, ha ido modificando la dureza inicial del *Codice Rocco* de 1930, estimando que es inconstitucional la irrevocabilidad de la medida antes del vencimiento del termino de duración mínima (Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974)[640], la obligación de revisiones periódicas de la situación de peligrosidad del afectado (Sentencias n. 139 de 27 de julio de 1982[641] y n. 249 de 15 de julio de 1983[642]) y declarando la inconstitucionalidad parcial de los artículos 206 y 222 del Código Penal italiano en cuanto consideran de aplicación las disposiciones del hospital psiquiátrico judicial a los menores de edad (Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998)[643]. Finalmente, el Tribunal dictó la Sentencia nº 253/2003 de 18 de julio de 2003 que declaró la inconstitucionalidad parcial del artículo 222 del Código Penal italiano en la medida en que impedía la posibilidad de adoptar medidas de seguridad alternativas al internamiento en hospital psiquiátrico penitenciario cuando, previstas en la ley, resultaban «idóneas para asegurar la adecuada cura del enfermo mental y hacer frente a su peligrosidad social»[644].

Francia tiene un sistema diferente. Las personas con enfermedad mental se benefician de un estatuto de excepción derivado del principio de irresponsabilidad consagrado en el artículo 122 del Código Penal. Lo anterior deriva en la imposibilidad de mantener al individuo detenido en un establecimiento penitenciario (artículo 398 del Código de Procedimiento Penal Francés) por lo que es transferido a una unidad para enfermos difíciles en un sistema de hospitalización administrativo especial (*hospitalisatión d'office médico-legale*). El *Code de la Santé Publique*, en Francia, expresa que en los casos en que el Juez considere que una persona que se beneficia de las aplicaciones del Código Penal (por ejemplo, una decisión de sobreseimiento o una absolución) puede comprometer el orden público o la seguridad de las personas, debe avisar inmediatamente al *le représentant de l'Etat dans le département*, que tomará sin demora toda medida oportuna y a la Comisión de hospitalizaciones psiquiátricas. No podrá ponerse término a este tipo de hospitalización más que con la decisión conforme de dos psiquiatras no pertenecientes al establecimiento y escogidos por el *le représentant de l'Etat dans le département* en una lista establecida por el Fiscal tras la opinión de la Dirección de Acción

---

of Europe. *Rapporto di Alvaro Gil-Robles Commissario per i diritti umani sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005. Strasburgo, 14 dicembre 2005.* CommDH(2005)9).

[640] Corte Costituzionale, Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974; Relatore: Dott. Nicola Reale (www.cortecostituzionale.it).

[641] Corte Costituzionale, Sentencia n. 139 de 8 de julio de 1982; Relatore: Avv. Alberto Malagugini (www.cortecostituzionale.it).

[642] Corte Costituzionale, Sentencia n. 249 de 15 de julio de 1983; Relatore: Avv. Alberto Malagugini (www.cortecostituzionale.it).

[643] Corte Costituzionale, Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998, publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 29 julio de 1998; Relatore: D. Valerio Onida (www.cortecostituzionale.it).

[644] Corte Costituzionale, Sentencia nº 253/2003 de 18 de julio de 2003 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 23 de julio de 2003); Relatore: D. Valerio Onida (www.cortecostituzionale.it). Un estudio de la evolución jurídica de la institución puede analizarse en Simonetti, Giulia. *Ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti normativi e sociologici.* (disponible en internet http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir/sanit/simonett/index.htm)

Sanitaria y Social del departamento donde esté situado el establecimiento. Estas dos decisiones médicas deben resultar de exámenes separados y concordantes que deben establecer que el interesado no es ya peligroso ni para sí mismo ni para los demás (actuales artículos L.3213-7 y L.3213-8).

La doctrina francesa era favorable a la creación de asilos especiales. De hecho, en todos los congresos de freniatría de la época se había mostrado predisposición a la creación de manicomios judiciales (Así, el Congreso de Medicina mental de 1878, el de 1889 celebrado en Rouen, el de 1896 en Nancy o el de 1899 en Marsella)[645]. No obstante lo anterior, la creación de este tipo de estructuras es bastante tardía. Tales servicios fueron creados inicialmente en Villejuif (1910) del que sería director Henri Colin y posteriormente fueron creados los de Montfavet en 1947, Sarreguemines en 1957 y Cadillac en 1963, constituyendo las actuales «unités pour malades difficiles»[646].

Estas estructuras estaban ausentes en la legislación de 1838 y no fueron incorporadas hasta la reforma de 1990 del *Code de la Santé Publique*. No obstante sí que existían algunos textos reglamentarios que las recogían como la circular nº 109 de 5 de junio de 1950 que fue derogada por el Arrêté de 14 de octubre de 1986 relativo al reglamento interior tipo de las UMD (JORF de 23 de noviembre de 1986).

Las críticas a este tipo de instituciones son similares a las de los restantes países. BOUMAZA señala que la liberación a prueba para la reinserción social de los internos supone la puesta en marcha de estructuras intermedias y el seguimiento cuya realización está fuertemente condicionada por la orientación de la política presupuestaria. Mantener a tales personas en los centros sólo se justifica por la persistencia de los trastornos. Los psiquiatras no pueden afirmar con exactitud que un multirreincidente no volverá a cometer nuevas infracciones y ello da lugar a que emitan reservas a la salida[647].

En Portugal, también existe un centro de estas características (*Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo*) dentro de un complejo penitenciario ubicado en el Concelho de Matosinhos (Distrito do Porto) que comprende una clínica psiquiátrica con 73 celdas individuales, 9 habitaciones y un cuarto de dos camas. La clínica psiquiátrica fue creada por *Decreto-Lei n.º 194/94, de 19 de Julho*, con el objetivo de dar respuesta en el área de psiquiatría y salud mental a los reclusos de las prisiones situadas en las zonas de Oporto, norte y centro, completando, con el Hospital General Penitenciario, la cobertura de todo el país en materia de salud mental.

---

[645] Xalabarder (*op. cit.*) cita a diversos tratadistas proclives a la creación de los citados asilos especiales, aunque con diferencias en la forma: Georget (1828), Aubanel (1845) y, más tarde Brierre de Boismont y posteriormente casi todos los autores como Legrand du Saulle, Dagonet, Foville, Falret, Voisin, Brouardel, Allaman…

[646] Renneville, Marc, *op. cit.*, páginas 338 a 340. SENON da cuenta de la previsión de una nueva unidad en Plouguernevel en la Bretaña francesa (SENON, Jean Louis. «Troubles psychiques et réponses pénales», Champ pénal, *Responsabilité,/Irresponsabilité pénale* mis en ligne le 15 septembre 2005. URL http://champpenal.revues.org/document77.html)

[647] Boumaza, Assia. *Op. cit.*, Vol. II, páginas 168 a 173

Junto a este se encuentra el Hospital Penitenciario de São João de Deus, ubicada en el Concelho de Oeiras (Distrito de Lisboa), que es una unidad hospitalar de prestación de cuidados médicos especializados que presta atención a las diferentes prisiones del país y que incluye una clínica de psiquiatría y salud mental con 18 camas (dos para mujeres) destinada a internamientos de duración breve.

En 1996, el Defensor del Pueblo Portugués señalaba que alrededor del 30 % de las personas declaradas no estaban ubicadas en la única prisión dedicada al tratamiento de estos pacientes, si a este número se añadía la relevante cantidad de pacientes mentales no declarados como tales que estaban internos en las prisiones ordinarias, era fácil concluir la necesidad de ampliar el establecimiento especial[648].

El Defensor del Pueblo Portugués manifestaba en 2003 que estos servicios se debaten con el problema del escaso apoyo externo prestado a los internos tanto por parte de las Administraciones Públicas —por ejemplo, el Ministerio de Sanidad— como por parte de las propias familias. Existen casos de internamiento por períodos superiores a los que sería necesario desperdiciando así los recursos humanos y materiales[649]. También en la República Federal alemana encontramos este tipo de instituciones especiales, por ejemplo la *Klinik für forensische Psychiatrie Haina*, en la región de Hessen con 390 camas, la existente en Wiesloch (Baden-Würtemberg) o en Straubing (Baviera). El Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) contiene disposiciones sobre el internamiento (artículo 63.- *Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus*), duración (67 d), revisión (67 e) y otros particulares.

Todas las estructuras mencionadas presentan los problemas de conciliar la estructura carcelaria que es con la estructura sanitaria que debe ser, si se quiere ser consecuente con la estructura de principios diseñados con carácter general para las personas que padecen enfermedad mental por Naciones Unidas en 1991 (cuyo principio 20 recoge expresamente que los sometidos a procedimientos penales no pueden ser discriminados y deben tener los mismos patrones de atención sentados en la referida declaración), siguiendo los mismos postulados que las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Por otro lado, las reglas europeas sobre prisiones, Recomendación Rec(2006)2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 11 de enero de 2006, señalan que «las personas que sufren enfermedad mental y cuyo estado mental es incompatible con la detención en una prisión deben ser detenidas en establecimientos especialmente diseñados para este

---

[648] Provedoria De Justiça. *Relatório sobre o sistema prisional.* Lisboa, 1996, partícularmente páginas 19 y 20, 89, 90, 260 a 263, 272 a 275. «Foi declarada a existência e 149 inimputáveis (1,1% do total de reclusos), sendo que apenas 101 se encontravam na Clínica psiquiátrica de Stª Cruz do Bispo. Sobram, assim, 48 reclusos inimputáveis (32,2%) instalados em estabelecimentos centrais ou regionais, em circunstâncias manifestamente desadequadas à sua situação clínica. Deste facto resulta a necessidade de alargamento da Clínica Psiquiátrica, evitando a proliferação de inimputáveis em estabelecimentos a eles não destinados» (páginas 19 y 20). El *Internamento de inimputáveis* se regula en la Sección I del Capítulo VI del Título III del Libro I del Código Penal Portugués (artículos 91 y ss.)

[649] Provedoria de Justiça. *Relatório sobre o sistema prisional.* Lisboa, 2003, particularmente páginas 49, 247 a 251, 751 a 763 y 803 a 811.

propósito» y que «si tales personas son, sin embargo, excepcionalmente, recluidas en prisión, deben existir normas especiales que tengan en cuenta su situación y necesidades» (regla 12). La regla 47.1 establece que «prisiones especializadas o secciones bajo control médico deben estar disponibles para la observación y tratamiento de los presos que sufren de enfermedad mental o anormalidad que no necesariamente se encuentren bajo las previsiones de la regla 12» [650]

SCARPA señala como en Italia se está produciendo un serio debate sobre la institución que en el plano práctico ha dado lugar a una «sanitarización» de la misma, potenciando desde el plano interno las actividades de rehabilitación, las actividades recreativas, la capacidad socio relacional, los programas personalizados, etc. El autor, que ejerce su actividad en el Hospital Psiquiátrico Judicial de Montelupo Fiorentino, señala como problemas fundamentales la conciliación de la actividad sanitaria y de la actividad de custodia, la formación del personal con el fin de lograr una especialización en el campo de la actividad rehabilitadora y la coordinación con los servicios psiquiátricos territoriales (subraya el autor la carencia de las estructuras intermedias como factor importante que impide la rehabilitación y reinserción del enfermo). Concluye el autor señalando la importancia tanto de la renovación interna, para llegar a ser un lugar de verdadera cura y rehabilitación, como de la apertura al exterior, del diálogo con la sociedad. Menciona, asimismo, las proposiciones de ley del diputado Francesco Corleone (que cuestiona el concepto de imputabilidad) y de la Región Emilia Romagna e Toscana (como reforma del Hospital Psiquiátrico Judicial) [651]. El nuevo artículo 113 del *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della liberta* (Decreto del Presidente de la República de 30 de junio de 2000, n. 230, publicado en la *Gazzetta Ufficiale n. 195* de 22 agosto 2000 - S.O. n.131) recoge la necesidad de esta relación con los servicios psiquiátricos territoriales [652]. Nuestro país también participa de estos problemas. Las previsiones del artículo 191 del Reglamento Penitenciario sobre la distribución territorial de las instituciones psiquiátricas penitenciarias no se han cumplido ni se observa la existencia de acuerdos o convenios con las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas. Desde 1996 sólo se ha creado un nuevo establecimiento de estas características en Cataluña (en fechas recientes, contando con alrededor de 75 camas), continuando la existencia de los dos anteriores (Sevilla y Alicante [653]).

---

[650] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules* (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies)

[651] Scarpa, Franco. *«Ospedale Psichiatrico Giudiziario»,* en POL-IT, *Speciale 20 anni di 180,* Vol. 4, nº 11, noviembre de 1998.

[652] Convenzioni con i servizi psichiatrici pubblici. 1. Nel rispetto della normativa vigente l'Amministrazione penitenziaria, al fine di agevolare la cura delle infermità ed il reinserimento sociale dei soggetti internati negli ospedali psichiatrici giudiziari, organizza le strutture di accoglienza tenendo conto delle più avanzate acquisizioni terapeutiche anche attraverso protocolli di trattamento psichiatrico convenuti con altri servizi psichiatrici territoriali pubblici.

[653] El Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante fue creado en 1983 (Orden de 25/11/1983, BOE de 20.12.1949, cuenta en la actualidad con alrededor de 380 camas y es el más grande) y el de Sevilla en 1990

Los problemas de enfrentamiento territorial ya eran históricamente conocidos con el anterior sistema provincial. Pueden observarse, en este sentido, los artículos 1º del Decreto de 6 de febrero de 1928 o 126 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1948, circunstancia que se ha agravado con la fragmentación de la Sanidad derivada de la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas.

Las disposiciones sobre el procedimiento de incapacidad no dejan de ofrecer el obstáculo de la radical oposición de las Comunidades Autónomas a asumir tutelas. Fenómeno fácilmente explicable tanto por las posibles responsabilidades derivadas de las guardas como por el alto coste de las mismas, fenómeno este último también observable en el Derecho comparado en la reforma del sistema tutelar alemán de 1998. Quizás la nueva reforma del artículo 239 del Código Civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad pueda ser un principio de cambio en una necesidad ya observada por la propia Fiscalía General del Estado (Consulta 2/1998, de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado sobre la asunción de la tutela por personas jurídicas públicas).

Problema importante es el de la reticencia general a la revisión de las medidas dadas las posibles consecuencias políticas o administrativas que puede acarrear una liberación si el interno comete actos violentos en libertad, frente a la escasa repercusión que produce su mantenimiento en reclusión. La misión de la psiquiatría es, cuando trata con el problema de la violencia en el enfermo mental, además de la terapéutica, perfeccionar la predicción, pero en asuntos como estos será siempre imposible un grado alto de fiabilidad, no solo por el número de factores implicados sino por la presencia del azar que por definición es no predecible. El ejemplo clásico es el caso Baxstrom[654] en Estados Unidos. El demandante, Johnny K. Baxstrom fue condenado a pena de prisión y recluido en una prisión del Estado de Nueva York. En junio de 1961 se determinó que tenía sus facultades mentales alteradas, siendo conducido al psiquiátrico penitenciario de Dannemora. Cuando finalizó el período de la sentencia, Baxstrom permaneció en el psiquiátrico penitenciario. El caso llegó al Tribunal Supremo que determinó que, al finalizar su sentencia, el condenado tenía derecho a una vista civil para determinar si su ingreso era o no procedente por peligrosidad para sí o para terceros y que existían diferencias sustanciales entre los hospitales psiquiátricos penitenciarios y los hospitales psiquiátricos civiles. La sentencia tuvo el efecto administrativo

---

(en un primer momento, suprimido el Departamento de Oligofrénicos que hasta entonces existía en el C.P. de León se crea un Departamento análogo en el C.P. Sevilla II, Orden 22/05/1990, BOE 3/07/1990). Posteriormente se suprimió el Departamento de Oligofrénicos de Sevilla y se creó el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla, Orden 1/01/1990, BOE 30/06/1990, cuenta con poco menos de la mitad de las camas que el centro de Alicante). Con anterioridad y hasta que se clausuró por Orden de 22/05/1990 (BOE 3/07/1990) estas funciones las cumplía el Centro Asistencial Psiquiátrico de Madrid (ubicado en el Complejo Penitenciario de Carabanchel). Es de reseñar también la «prisión clínica penitenciaria de mujeres» ubicada en el antiguo Hospital Central Penitenciario de Mujeres (artículo 8 del la O. de 15/12/1949, BOE 20/12/1949)

[654] *Baxstrom v. Herold,* 383 U.S. 107 (1966); Ponente: Mr. Chief Justice Warren (FINDLAW)

de obligar a la liberación o al traslado a hospitales civiles de 967 pacientes. La experiencia demostró que sólo el 2% volvió a las instituciones para enfermos mentales criminales entre 1966 y 1970 y sólo el 19'6 % de los hombres y el 25'5 % de las mujeres manifestaron alguna conducta agresiva en los hospitales civiles. Se acreditó que existía una sobrevaloración del peligro potencial de estos pacientes, algunos de los cuales habían permanecido confinados por espacios de 30 y 40 años por infracciones menores.

Otro problema es el de la determinación de las obligaciones de los Estados para desinstitucionalizar a los enfermos procedentes de dichos hospitales especiales. Es de citar el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Johnson vs UK*[655], juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1997. Posteriormente, en el Reino Unido, se examinó otro caso, *Camden and Islington Health Authority Ex parte K, R v*, en el que la *Court of Appeal* determinó que «si una Autoridad Sanitaria es incapaz, tras realizar todos los esfuerzos razonables, para procurar a un paciente el nivel de cuidado y tratamiento en la comunidad que el tribunal considera que precisa ser un prerrequisito para la liberación del paciente, no puede considerarse que la detención continuada viole el derecho a la libertad conferido por el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos»[656]. Para explicar las diferencias con el caso Johnson, la *Court of Appeal* estableció la siguiente distinción:

> El primero es un caso, como el presente, donde el Tribunal concluye que el paciente está mentalmente enfermo y requiere tratamiento, pero que bajo condiciones apropiadas tal tratamiento puede ser suministrado en la comunidad. El segundo se da, como en el caso de Johnson, cuando el Tribunal encuentra que el paciente ya no sufre de enfermedad mental, no precisa tratamiento pero necesita ser liberado en un entorno controlado con el fin de reducir el estrés que ello supone, para hacer seguro que el paciente esta libre verdaderamente de la enfermedad y para reducir el riesgo de recaídas.

En el primer caso, el Tribunal consideró que los criterios recogidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se cumplían. En el segundo, no. La sentencia expresaba que ni el artículo 5 del Convenio de Derechos Humanos ni la jurisprudencia del mismo sentaba ningún criterio sobre la extensión con la cual los Estados miembros deben proveer establecimientos para el cuidado de aquellas personas que padecen enfermedad mental en la comunidad.

Otro problema importante es que en muchos países la definición del requisito para la aplicación de los dispositivos civiles o penales reside en un concepto similar: la peligrosidad para terceros. A veces los límites no son tan claros como sería deseable. El caso *Kansas v. Hendricks*[657] ilustra lo anterior. En 1994, el Estado

---

[655] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1997, nº 22520/1993 (EDJ 1997/15812).

[656] *Camden and Islington Health Authority Ex parte K, R v [2001] EWCA Civ 240* (21 de febrero de 2001). Case nº: C/2000/2375. Pte. Mr. Justice Barton (BAILII)

[657] *Kansas v. Hendricks* 521 U.S. 346 (1997); Ponente: Justice Thomas (FINDLAW)

de Kansas aprobó una Ley sobre delincuentes sexuales violentos. Aunque Kansas poseía legislación civil sobre el internamiento psiquiátrico, se consideró que las normas eran insuficientes para atender a este problema. La norma permite, entre otros casos, el internamiento de aquellos que han finalizado su sentencia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos estableció las siguientes conclusiones:

- Que el derecho a la libertad que garantiza la Constitución norteamericana no es absoluto y que los Estados tienen en circunstancias muy concretas la posibilidad de detener a aquellas personas que son incapaces de controlar su comportamiento y poner en peligro la salud pública y la seguridad.
- Que otorgar la categoría de procedimiento civil o criminal es una cuestión de construcción legislativa y que la norma creada por el Estado de Kansas no perseguía los fines ordinarios del derecho penal (retribución o disuasión). El mero hecho de la detención no determina inexorablemente que la misma se trate de un castigo.
- Que el hecho de que los internamientos lo sean por tiempo indefinido tampoco justifican este pretendido efecto punitivo, dado que el objetivo es que el afectado no cause daño ni a sí mismos ni a terceros y como es imposible predecir cuándo el individuo se recuperará de su trastorno mental o si lo hará, es lógico que el Congreso haya preferido dejar indeterminada la duración de los internamientos, sujeta a revisión periódica de las circunstancias del paciente para su liberación.
- El hecho de que no exista un tratamiento efectivo para una patología psiquiátrica no determina que aquellas personas que son enfermos mentales y revisten peligrosidad para sí mismos o para terceros deban ser liberados.
- Por último, la existencia de un internamiento civil posterior no infringe el derecho a no ser sometido a un segundo juicio (*Double Jeopardy Clause*) o a la aplicación de una nueva medida punitiva no prevista con anterioridad a la comisión de la infracción penal (*Ex Post-Facto Clause*).

Posteriormente, el caso *Kansas v. Crane*[658] se ampliará esta doctrina estableciendo que entra dentro de la disposición el caso de los afectados de desorden de la personalidad antisocial cuyo principal problema reside en el control de su comportamiento lo que expande los límites anteriores.

En España, el Código Penal establece que el lugar en el que deben de cumplirse las medidas de seguridad de internamiento es el «establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie» (art.101). Con anterioridad, el artículo 8 establecía que el internamiento se produciría en el «establecimiento destinado a enfermos de aquella clase» (artículo 8). En principio nada se opone a que puedan existir internamientos en centros civiles. El problema radica en el cambio de concepción sobre las funciones de los centros psiquiátricos de la red

[658] *Kansas v. Crane* 534 U.S. 407 (2002); Ponente: Justice Breyer (FINDLAW)

ordinaria, lo que ha dado lugar a planteamientos divergentes de los Jueces[659] y del Sistema sanitario[660].

Un amplio sector doctrinal denunció por no razonable la práctica judicial sistemática de acordar el cumplimiento de la medida en centro psiquiátrico penitenciario[661], que no deja de ser cárcel y no centro hospitalario. Sin embargo, la ausencia de establecimientos específicos para el cumplimiento de medidas de seguridad ha hecho que los penitenciarios se conviertan por necesidad en el único establecimiento adecuado, con lo que la situación de hecho sustituye a cualquier previsión legal.

Cuando finaliza la medida (que obliga a la salida del centro penitenciario especial) es de aplicación el artículo 104 nº 2 del Código Penal (introducido por la reforma de la L.O. 15/2003), siendo preceptiva la comunicación al Fiscal con antelación a los efectos de la disposición adicional primera para que pueda plantear, si procede, el internamiento en vía civil. La doctrina manifiesta sus dudas acerca de este precepto en la medida en que los planteamientos del artículo 763 de la LEC y del Código Penal difieren (el segundo por razones de peligrosidad y el primero por razones exclusivamente terapéuticas o asistenciales), suscitando la duda de en qué medida nos encontramos aquí ante un nuevo «fraude de etiquetas» ante el carácter indeterminado en el tiempo del internamiento civil y la aparente intercambiabilidad de ambos tipos de medidas[662].

---

[659] Los jueces de vigilancia penitenciaria en su octava reunión de 1994 concluyeron que «los declarados exentos de responsabilidad o con responsabilidad atenuada en virtud del 8.1 o 9.1 deberían ser internados en hospitales o establecimientos dependientes de los servicios de salud comunitarios y nunca en los establecimientos penitenciarios, por no ser adecuada a su situación su sumisión al régimen previsto en la ley o reglamento penitenciarios

[660] El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud señaló que «cuando la sentencia es absolutoria, por haberse apreciado la eximente completa de enajenación mental, y en ese momento exista patología que lo justifique, se procederá al ingreso hospitalario otorgándose asistencia sanitaria durante el tiempo que los facultativos lo estimen conveniente, dando el alta clínica y comunicándolo al órgano Judicial competente, para que adopte la resolución que proceda con arreglo a Derecho. Si la Autoridad Judicial considerase que existen objetivos de protección social que aconsejen la no reintegración del enfermo a su medio social habitual, hay que ser conscientes de que constitucionalmente, éstos no pueden ser cubiertos por el sistema sanitario. Como una forma de evitar que el sistema sanitario cumpla funciones ajenas al mismo y dado que el artículo 8.1 del Código Penal hace referencia a la potestad del Juez para determinar el ingreso en «establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase», sin mencionar expresamente a los Centros Sanitarios, deberán de tenerse en cuenta por la Autoridad Judicial todos los dispositivos asistenciales de las distintas Administraciones Públicas (residencias asistidas, centros ocupacionales, dispositivos de Servicios Sociales, etc.) (3.C.3.). También señalaba que se constata la urgente necesidad de una profunda reorganización de los Psiquiátricos Penitenciarios, mientras los servicios de salud mental del sistema sanitario no puedan asumir la asistencia de todos los presos preventivos y penados que la precisen, lo que constituye el objetivo más idóneo (3.C.2.) y que constitucionalmente el sistema sanitario y el de los dispositivos psiquiátricos como parte del mismo, está diseñado para conseguir la curación de los enfermos y no para asumir el papel de lugar de cumplimiento de penas (3.C.3.)» (Pleno del día 13 de julio de 1988, Informe del Comité de Estudio y Recomendaciones sobre la problemática jurídico-asistencial del enfermo mental)

[661] Sanchez Yllera, Ignacio. «El cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento de enajenados en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho judicial,* IX, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993, página 312.

[662] Sanz Morán, Ángel-José. «La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y seguridad» en VV.AA. *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Editorial Dykinson. Madrid, 2005. Páginas 871 a 882

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

1. EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1. Introducción

Tras la II Guerra Mundial y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, desde la Organización de Naciones Unidas se ha impulsado la elaboración de diversos instrumentos jurídicos internacionales sobre áreas concretas. Sin embargo, todavía no existe un instrumento jurídico especialmente destinado a las personas con enfermedad mental. Sin carácter vinculante, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios para la protección de los enfermos mentales y la mejora de la atención de la salud mental por resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 [663] que constituye un marco mínimo orientador.

En Europa, tras la contienda, se inició un movimiento unificador en la parte occidental enmarcado en la Organización de Naciones Unidas cuya Carta (artículo 52.1) permite la acción regional para conseguir los fines y principios de esta organización entre los que figura la promoción y el respeto de los derechos humanos (artículo 1º). Se constituyó así el Estatuto que creaba el Consejo de Europa el 5 de mayo de 1949 que se proponía como uno de sus objetivos primordiales «la salvaguardia y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales» organizándose con una Asamblea consultiva (Asamblea Parlamentaria) como órgano deliberante e integrada por representantes de los Estados miembros, un *Comité de Ministros* como órgano ejecutivo que se forma con ministros (de Asuntos Exteriores) de los respectivos Estados Parte (o sus delegados) y un Secretario General, órgano que dirige la Oficina de la Organización y la preparación de las actividades del Consejo con el concurso de los Comités de Expertos gubernamentales [664].

En el marco del Consejo de Europa, se han elaborado una serie de instrumentos no vinculantes. Así, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 818 (1977) de 8 de octubre, instó al Comité de Ministros a invitar a los Estados miembros del Consejo de Europa a realizar una revisión de sus legislaciones en tres apartados. El primer apartado era el concerniente a la revisión de materias como la redefinición del concepto de peligrosidad para reducir al máximo la práctica del internamiento involuntario por períodos indeterminados, el establecimiento de tribunales o comisiones especializadas, asegurar la audiencia de los afectados, modificación de las normas sobre capacidad civil de tal forma que no suponga

---

[663] Organización de las Naciones Unidas *Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental* (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119). Disponible en Internet (www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/68_sp.htm)

[664] Morenilla Rodríguez, Jose-María. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Textos Internacionales de aplicación.* Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1988, página 19. Puede consultarse la web del Consejo (http://www.coe.int/DefaultEN.asp)

un automatismo y facilitar el ejercicio del derecho de sufragio a los pacientes. El segundo apartado refería al desarrollo de un sistema de atención comunitario más humano, reduciendo al máximo la dependencia de las Instituciones y la mejora del personal destinado a la atención en salud mental. Un tercer apartado era el destinado a la creación de programas de rehabilitación social y profesional de expacientes y a la confidencialidad de los historiales clínicos.

La Recomendación R (83) 2 de 22 de febrero, del Comité de Ministros a los Estados miembros concerniente a la protección legal de las personas que padecen de trastornos mentales internados como pacientes involuntarios, siguiendo la Recomendación 818 (1977) de la Asamblea parlamentaria, estableció una serie de reglas para su mejor protección[665].

Posteriormente, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1235 (1994) de 12 de abril, invitó al Comité de Ministros a adoptar una nueva recomendación para la adopción de medidas legales para la protección de los derechos humanos de los pacientes mentales, de acuerdo con un conjunto de reglas que subdivide en cuatro apartados: 1) procedimiento y condiciones de admisión; 2) tratamiento; 3) problemas concretos y abusos en psiquiatría; 4) situación de las personas detenidas.

El Comité de Ministros del Consejo de Europa dio una primera respuesta provisional el 6 de abril de 1995 en la que decidió crear un comité *ad hoc* para valorar la conveniencia de revisar la Recomendación R (83) 2. Posteriormente, el 15 de junio de 1999 informó de que, dentro del Comité directivo sobre Bioéti-

[665] De las mismas podemos destacar los siguientes apartados: 1) Las reglas no son de aplicación (salvo algunas) a los pacientes inmersos en procedimientos penales (artículo 1). 2) Los criterios para el internamiento los fijaba en: a) Grave peligro para sí mismo o terceros: b) Cuando, debido a la naturaleza del trastorno, sea necesario para impedir el subsiguiente deterioro o para suministrarle tratamiento adecuado (artículo 3). 3) El artículo 4 establece la necesidad de que la decisión sea tomada por un órgano judicial u otro apropiado, salvo casos de urgencia en los cuales puede ser realizado por orden médica y posterior e inmediata comunicación a la autoridad judicial u otra determinada. Debe realizarse por un procedimiento simple y rápido y con asesoramiento médico. Si la decisión es realizada por un organismo no judicial, el organismo debe ser diferente al que originalmente requirió o recomendó el tratamiento. El paciente debe ser informado de sus derechos y debe tener derecho de apelación a un tribunal. El paciente debe tener oportunidad efectiva de ser escuchado personalmente por el Juez. Debe existir posibilidad de recurso. 4) No puede restringirse su derecho a comunicar con la autoridad judicial ni con un abogado (artículo 6) 5) No debe ser trasladado de establecimiento, salvo que ello sea necesario para su interés terapéutico (no por simples razones administrativas), tomando en consideración, en la medida de lo posible, sus deseos (artículo 7). 6) El internamiento debe ser revisado de forma regular y acabará por decisión: a) Médica o b) Por decisión de la autoridad competente, que actuarán por propia iniciativa o a requerimiento de persona interesada. Importante es reseñar que el fin del internamiento no necesariamente implica el fin del tratamiento que puede continuar sobre una base voluntaria (artículo 8). 7) El internamiento no constituye de por sí razón para restringir la capacidad legal del paciente, sin embargo, la autoridad decisora puede, si es necesario, adoptar medidas adecuadas para proteger los intereses del paciente (artículo 9). Los comentarios de las reglas establecen que el término «peligro» abarca no sólo el caso de que el peligro sea actual sino también cuando existe una posibilidad seria de que el paciente cause daños a sí mismo o a tercera persona. Esto hace posible tomar una decisión apropiada en los casos donde, aunque el trastorno mental no refleja comportamiento dañino, el facultativo tiene razones para creer, de acuerdo con la ciencia médica, que puede causarse daño a las personas. La destrucción de la propiedad puede, en algunos casos, ser tomada en consideración, cuando hay razones para creer que el desorden mental puede evolucionar a tal punto que la persona afectada puede ser peligrosa también para los seres humanos (apartado 17)

ca (CDBI), el grupo de trabajo sobre Psiquiatría y Derechos Humanos (CDBI-PH) estaba elaborando un proyecto de libro blanco conteniendo las lineas directrices para realizar un proyecto final de Recomendación que sería sometido a consulta pública a finales del año 2000. Dicho proyecto cristalizó en el Libro blanco (*White paper*) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen de trastorno mental, especialmente aquellos ingresados como pacientes involuntarios en establecimientos psiquiátricos de 8 de marzo de 2000 que es el antecedente inmediato de la actual Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre de 2004, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales, marco actual no vinculante en el que se recoge el problema del tratamiento ambulatorio involuntario.

La inexistencia de una Convención Internacional no es óbice para que, dentro de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, existan disposiciones que sean de aplicación concreta a los problemas de las personas con enfermedad mental. Tal es el caso de los dos principales instrumentos internacionales surgidos de la Organización de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[666] y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[667], ambos de 1966 y, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950[668].

Desde otra perspectiva, son de destacar las orientaciones técnicas y profesionales que, también sin carácter vinculante, sirven de orientación para la interpretación de los instrumentos de derechos humanos. Destacamos, en la labor de la Organización Mundial de la Salud, los documentos *Mental Health care law: ten basic principles*[669], las *Guidelines for the promotion of human rights of persons with mental disorder*[670], ambos de 1996, y *WHO resource book on mental health, human rights and legislation* (2005)[671]. Los dos primeros constituyen una guía de interpretación de los principios de 1991. El tercero constituye una guía sobre legislación de salud mental que hace referencia expresa al problema de los tratamientos ambulatorios involuntarios.

Por último, son también destacables las Declaraciones de la Asociación Mundial de Psiquiatría como son la Declaración de Hawaii en 1977[672] , Declaración y

---

[666] BOE 103/1977, de 30 abril 1977 Ref Boletín: 77/10733

[667] BOE 103/1977, de 30 abril 1977 Ref Boletín: 77/10734

[668] BOE 243/1979, de 10 octubre 1979 Ref Boletín: 79/24010

[669] World Health Organization. *Mental Health Care Law: Ten Basic Principles*. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. Geneva, 1996 (WHO/MNH/MIND/96.9)

[670] World Health Organization. *Guidelines for the promotion of human rights of persons with mental disorder* Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. Geneva, 1996 (WHO/MNH/MND/95.4)

[671] World Health Organization. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation* Department of Mental Health and Substance Abuse. Geneva, 2005. Disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/policy/who_rb_mnh_hr_leg_FINAL_11_07_05.pdf

[672] Asociación Mundial de Psiquiatría. *Declaracion de Hawaii* aprobada por la Asamblea General en 1977 y actualizada en Viena en 1983 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

opinión sobre los derechos y garantías legales de las personas con enfermedad mental[673] y la Declaración de Madrid de 1996[674] .

Los documentos mencionados gozan de un amplio prestigio internacional. No obstante, también han sido emitidas diferentes críticas particularmente por la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría.

En el caso de los Principios de 1991, la WNUSP estima: 1) que prestan apoyo al dominio del modelo médico; 2) que respaldan la detención y tratamiento involuntarios; 3) que contravienen la Declaración Universal de Derechos Humanos principalmente porque los tratamientos involuntarios constituyen trato inhumano y degradante y suponen privaciones de libertad arbitrarias; 4) porque los principios no refuerzan suficientemente sus derechos como ciudadanos; 5) porque han sido elaborados con escasa consulta con los usuarios y sobrevivientes[675]. Por tales motivos, exigen la revocación de tales principios.

La ENUSP también ha expresado su disconformidad con los principios de la Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre de 2004, del Comité de Ministros del Consejo de Europa porque, en su opinión, están por debajo de los niveles de protección de los documentos internacionalmente reconocidos, se adelantaron a la convención que se estaba elaborando en Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad y porque mientras los profesionales de salud mental y del Derecho abogan porque las medidas coercitivas son necesarias en un pequeño porcentaje de casos, la mayor parte de la Recomendación se dirige hacia estos muy excepcionales y raros casos y no contiene innovaciones para proteger los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales en la inmensa mayoría de los casos[676].

Finalmente, respecto al documento publicado en 2005 por la Organización Mundial de la Salud, la Red Mundial estima que el citado documento crea razones para justificar la extraordinaria declaración de que el encarcelamiento y la intervención forzada en nombre del tratamiento no es una violación de los derechos humanos. Estiman que la Organización Mundial de la Salud no es una autoridad legítima en materia de derechos humanos sino una organización sanitaria. Consideran que el documento asume que la enfermedad mental origina el rechazo al tratamiento siendo este un razonamiento circular que deja fuera la creencia de las personas que rechazan los ataques de la psiquiatría o que rechazan esta por cualquier otra

---

[673] Asociación Mundial de Psiquiatría. *WPA Statement and Viewpoints on the Rights and Legal Safeguards of the Mentally Ill.* Adopted by the WPA General Assembly in Athens, I7th October, 1989 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

[674] Asociación Mundial de Psiquiatría. *Declaración de Madrid* aprobada por la Asamblea General en 1996 y actualizada en Yokohama en 2002 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

[675] World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Position paper on the principles for the protection of persons with mental illness*. Assembly in Vancouver, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/positionpaper.html)

[676] European Network of (Ex-) Users and Survivors of Psychiatry. *Congres of Vejle (Denmark). Report of Workshop 8. Human Rights/What is coercion in psychiatry and how to fight against it?* Vejle, 17-21 July 2004. Disponible en Internet (http://www.enusp.org/congresses/vejle/reports/workshop8.htm)

razón, suposición fundada en el modelo médico que afirma que las personas se definen únicamente en términos de enfermedad o discapacidad en vez de comprenderlas como seres humanos. El modelo médico que preconiza el documento es un pretexto para justificar el control social extrajudicial. Por último, ignoran estudios que estiman que las personas diagnosticadas de esquizofrenia se recuperan más fácilmente en países que carecen de sistemas de salud desarrollados[677].

1.2. Libertad ambulatoria

El artículo 17 de la Constitución Española establece que

> Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

El precepto no habla expresamente de la detención por razón de trastorno psíquico pero, de conformidad con el artículo 10 apartado 2 de la Carta Magna, *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.* Aunque existen distintos convenios que establecen precisiones sobre esta cuestión como, por ejemplo, los artículos 9, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, para nuestros fines cobra singular importancia el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950 que fue ratificado por España el 26-09-1979 y publicado en el B.O.E. el 10-10-1979[678] y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpreta.

Es de reseñar que el Convenio es anterior en el tiempo a la era de los psicofármacos y el proceso de desinstitucionalización y que, pese a que las distintas sentencias han realizado un proceso de actualización del contenido material del derecho, muchos de los aspectos que afectan hoy día a este terreno carecen de regulación lo que ha tratado de suplirse a través de las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa anteriormente mencionadas que carecen de valor vinculante. La importancia del Convenio, en cualquier caso, es que constituye un marco mínimo de derecho necesario a la hora de enfrentarse a cualquier materia relacionada dentro del ámbito de los derechos humanos.

El primer apartado del artículo 5 del Convenio establece:

---

[677] World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Comments on the Draft XHO Manual on Mental Health Legislation.* July 12, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/Comments%20on%20the%20Draft.html)

[678] El artículo 96.1 de la C.E. señala que *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno…*

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento determinado por la ley: (…) e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un *enajenado*, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

El primer párrafo presenta distintos problemas de definición que han sido aclarados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por «enajenado», según la sentencia dictada en el caso *Winterwerp contra Holanda*[679], el Tribunal señaló que

> El convenio no define lo que es un enajenado. Este es un concepto que no se presta a una definición definitiva, pues depende de los progresos de la psiquiatría, de los avances en el tratamiento y de los cambios de actitud de la comunidad, cada vez más proclive a la comprensión de los problemas de los enfermos mentales. En todo caso, el artículo 5.1.e) no autoriza a internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se apartan de las normas predominantes en una determinada sociedad. Y ello porque dicho precepto señala excepciones al derecho a la libertad personal mediante una lista taxativa (caso «Engel y otros»; caso «Irlanda contra Reino Unido») que debe ser interpretada por ello estrictamente (caso «Klass y otros»; caso «Sunday Times»)[680].

---

[679] Sentencia de 24-10-1979 (EDE 79/483). El Sr. Frits Winterwerp, residente en Holanda que había sufrido graves lesiones cerebrales en un accidente, casado y con varios hijos, en 1968 fue ingresado en un hospital psiquiátrico en Amersfoort por orden del alcalde de su municipio de acuerdo al procedimiento de urgencia (los motivos fueron que el afectado había robado documentos de la oficina de registro local y que había sido detenido por la policía y encontrado desnudo tendido en la cama ubicada en la celda, tenía antecedentes de ingresos anteriores y diagnostico de esquizofrenia). Seis semanas después, a requerimiento de su mujer, fue internado judicialmente en el mismo hospital, la orden fue renovada anualmente en vista de los informes médicos que señalaban que el paciente tenía reacciones esquizofrénicas y paranoicas, ninguna conciencia de su estado patológico y que en ocasiones había realizado actos graves sin medir las consecuencias (la última decisión era de 1977, fue trasladado en 1970 a un hospital estatal y ocasionalmente sometido a tratamiento externo por algunos meses, aunque fracasó en el seguimiento del tratamiento o en el cuidado de su alojamiento). Winterwerp presentó cuatro demandas desde 1969 para su puesta en libertad. La primera fue rechazada por el Tribunal tras oír al afectado en el Hospital y las tres posteriores fueron rechazadas directamente por el Fiscal sin presentarlas ante el Tribunal con fundamento en los informes médicos. La legislación holandesa aplicable (de 1884, varias veces modificada) regulaba que el internamiento determinaba la pérdida de la capacidad para administrar el patrimonio propio, capacidad que se recobraba cuando se ordenaba oficialmente la puesta en libertad definitiva pero no en períodos de libertad por tiempo determinado. Su reclamación versaba sobre el hecho de que no había sido oído judicialmente ni había recibido notificación en los diferentes procesos, que no había recibido asistencia jurídica, que no había podido contestar los informes médicos, y por la pérdida de su capacidad civil. El Tribunal consideró que no había existido infracción del artículo 5.1 y sí consideró que había existido violación del artículo 5.4 (el rechazo del Ministerio Fiscal sin intervención judicial suponía la supresión de la garantía de revisión judicial) y del 6.1. (porque la pérdida de la capacidad civil se realizó sin respetar las garantías en dicho artículo previstas). Es la primera y, sin duda, la más importante de las Sentencias del Tribunal Europeo que creó una doctrina que se reprodujo en las posteriores (Casos *X contra Reino Unido* de fecha 5-11-1981 EDE 81/1161, *Luberti* de fecha 23-2-1.984 EDE 84/6849, *Ashingdane* de fecha 28-5-1985 EDE 85/6982, *van der Leer* de fecha 21-02-90 EDE 90/12352, *E. Contra Noruega* de fecha 29-08-90 EDE 90/12368, *Wassink* de fecha 27-09-1990 EDE 90/12373, *Megyeri contra Alemania* de fecha 12-5-92 EDE 92/13837, *Herczegfalvy contra Austria* de fecha 24-09-1992 EDE 92/13846, *Silva Rocha contra Portugal* de fecha 15-11-96 EDE96/12143, *Johnson contra Reino Unido* de fecha 24-10-1997 EDE97/15812 y *Aerts contra Bélgica* de fecha 30-07-1998 EDE98/12798, entre otras).

[680] Caso *Winterwerp,* Apartado 37

Aunque el Tribunal no define el concepto sí que aclara que no puede englobar la simple conducta desviada.

El segundo concepto a concretar es cuando una detención es «conforme a Derecho». Cubre tanto el procedimiento como las normas sustantivas. Ninguna detención puede ser arbitraria. En este caso quiere decir que nadie puede ser internado como enajenado en ausencia de pruebas médicas que justifiquen la hospitalización forzosa. El Tribunal ha señalado tres condiciones mínimas para la legalidad de las detenciones de personas con enfermedad mental[681]:

1) La enfermedad mental debe ser declarada por una autoridad competente con fundamento en un informe médico objetivo (debe quedar constatada)
2) La enfermedad mental debe ser de un tipo o de un grado tal que requiera internamiento forzoso
3) La validez de la prolongación del internamiento está en función de la persistencia de dicha enfermedad.[682].

---

[681] Caso *Winterwerp,* Apartado 39

[682] Sobre esta tercera cuestión, es de particular interés el caso de *Johnson contra el Reino Unido*. El Sr Johnson fue condenado por agresión el 8 de agosto de 1984, tenía antecedentes anteriores por agresión no provocada. Mientras permaneció en la prisión de Leicester, se le diagnosticó esquizofrenia injertada en una personalidad psicopática. En aplicación de la *Mental Health Act* de 1983, fue ingresado en el Hospital psiquiátrico de máxima seguridad de Rampton el 15 de agosto de 1984. Respondió bien al tratamiento y cesó de tomar medicación en marzo de 1988. La detención fue revisada en varias ocasiones entre diciembre de 1986 y enero de 1993 por el *Mental Health Review Tribunal.* En 1989 el Tribunal consideró que el afectado no sufría de enfermedad mental, sin embargo se estimó que precisaba rehabilitación que sólo podía ser desarrollada en un entorno residencial. Fue sometido a libertad condicionada a que siguiera la supervisión psiquiátrica y la de un trabajador social y que residiera en una residencia vigilada. La localización de una residencia supervisada fue muy difícil, no lográndose finalmente. Tras una revisión efectuada en 1990, el afectado fue trasladado a Carlton Hayes, un hospital de menor seguridad que Rampton, pero tras un incidente en el que el afectado bebió y agredió a un paciente y tras constatar que rechazaba los planes de rehabilitación, volvió a Rampton el 22 de octubre. Se produjo una nueva revisión en 1991 (se admitía la libertad condicionada a la localización de una residencia vigilada) y otra en 1993, siendo finalmente liberado de Rampton el 21 de enero de este último año. El Tribunal Europeo consideró que existió violación del artículo 5.1 pues, si bien los Estados pueden condicionar la liberación en atención a las circunstancias particulares del progreso en la rehabilitación del sujeto, ninguna de estas condiciones puede justificar una dilación no razonable en la liberación del afectado si no padece la enfermedad conforme al artículo 5.1 y la condición de residencia vigilada no fue acompañada de garantías procedimentales que aseguraran que no se convirtiera en un retraso indefinido e irrazonable como así ocurrió. (STEDH de 24-10-97, EDE 97/15812)

Relacionado directamente con este caso está la Sentencia de 21 de junio de 2005 (Caso *Kolanis contra el Reino Unido,* Base de datos HUDOC, Fourth Section, Application nº 517/02). En este caso, Miss Maria Kolanis había sido inculpada por un delito de lesiones dolosas graves el 2 de febrero de 1998. La liberación había sido condicionada por el *Mental Health Review Tribunal* a la existencia de tratamiento continuado o supervisión necesaria para proteger su propia salud y la seguridad de la comunidad. Los equipos psiquiátricos manifestaron que no eran capaces de realizar su seguimiento en la comunidad. El Juez estimó que, bajo el artículo 117 de la MHA, el deber de las autoridades sanitarias no era absoluto para cumplir las condiciones del MHRT, sino sólo de tomar todos los pasos razonables para intentar satisfacer tales condiciones. A diferencia del caso Johnson, en el que el recurrente ya no sufría de trastorno mental ni presentaba síntomas que requirieran medicación o tratamiento, en el caso presente los tribunales habían determinado que continuaba sufriendo esquizofrenia y precisaba tratamiento (incluyendo medicación) y supervisión médica para el control de su enfermedad. El Tribunal estimó (párrafos 67 a 73) que «en ausencia de tal tratamiento, la detención continuaba siendo necesaria en línea con el propósito del artículo 5.1». El tratamiento considerado necesario para tal liberación condicional no estaba disponible. (Se apreció, sin embargo, una violación del artículo 5.4 por retraso en la tramitación de uno de los recursos.)

El tercer concepto a determinar es el alcance de la expresión «con arreglo al procedimiento establecido por la ley», que guarda una indudable relación con la anterior, el TEDH estima[683] que estos términos remiten a la ley nacional e imponen seguir el procedimiento fijado por ella. Sin embargo, es preciso que dicha ley nacional sea conforme al Convenio, en sus exigencias explícitas e implícitas, que sea equitativo y adecuado y que cuando el Convenio reenvía al Derecho interno, el Tribunal europeo puede controlar en último término la aplicación que las autoridades nacionales hayan hecho en primer lugar de su Derecho interno[684]. Un margen mayor se concede en los

[683] Caso *Winterwerp,* Apartado 45

[684] En la Sentencia de 14-10-1999 (Caso *Riera Blume y otros contra España,* EDE 1999/27182), el Tribunal se pronunció sobre la actuación concreta de las autoridades españolas en un asunto cuyos hechos eran los siguientes: En 1983 el Departamento de Seguridad Ciudadana de la Generalidad de Cataluña recibió noticia de la Asociación Pro Juventud de la existencia de la secta CEIS (Centro Esotérico de Investigaciones) que, según señalaban, realizaban un completo cambio de personalidad a sus seguidores, rompiendo los lazos familiares e induciendo a los miembros a la prostitución y a otras actividades con el fin de obtener ingresos para la secta. Se inició una investigación que culminó con la detención, por orden del Juzgado de Instrucción número 6 de Barcelona, de varias personas entre las que se encontraban los recurrentes. De la investigación se desprendía un cierto riesgo de reacción imprevisible de los afectados, incluido el suicidio. El Juez de Instrucción, sin embargo, estimó que debía dejarlos en libertad dando instrucciones a la Policía de forma oral para que los detenidos fueran entregados a sus familias, sugiriendo que podían ser internados en un centro psiquiátrico con objeto de recobrar su estabilidad emocional, manteniendo, sin embargo, el carácter voluntario del ingreso cuando los afectados fueran mayores de edad, orden verbal que fue reiterada mediante providencia de 26 de junio de 1984. El 21 de junio de 1984 fueron conducidos por la Policía a un hotel distante unos 30 kilómetros de Barcelona donde fueron entregados a sus familias, tomaron habitaciones individuales bajo supervisión del personal de la asociación, habitación que no pudieron abandonar durante los 3 primeros días. Las ventanas estaban completamente tapadas con listones de madera y los espejos habían sido retirados, siendo sometidos a una terapia de «desprogramación» a requerimiento de la Asociación. Los recurrentes fueron interrogados por el Subdirector General de Seguridad ciudadana, en presencia de un Abogado que no habían designado. Los recurrentes fueron liberados el 30 de junio de 1984 e inmediatamente interpusieron una querella por detención ilegal. La Audiencia Provincial de Barcelona absolvió en Sentencia de 7 de marzo de 1990 a los acusados estimando que no existió intención de privar de libertad a los afectados sino exclusivamente motivos filantrópicos. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de marzo de 1993, estimó que efectivamente se había producido para evitar daños a los apelantes y que se había realizado en todo momento con el acuerdo de sus familias. Los recurrentes acudieron en amparo al Tribunal Constitucional que desestimó el recurso en Sentencia de 10 de marzo de 1997. Los recurrentes acudieron al TEDH estimando, entre otros motivos, que existía violación del artículo 5.1. del Convenio. El Gobierno español no negó que no existían bases legales para la privación de libertad pero argumentaba que la medida no podía ser atribuida a los oficiales de Policía porque la responsabilidad correspondía a las familias de los recurrentes que habían organizado su recepción y detención en el hotel y su supervisión. El Tribunal condenó al Reino de España a indemnizar a los recurrentes estimando que había existido violación del artículo 5.1. porque, con independencia de la actuación de la Asociación y de los familiares, las autoridades habían tenido activa cooperación en la privación de libertad durante los diez días que esta duró, tanto durante el traslado como durante la efectiva estancia en el hotel, no cumpliendo correctamente la orden del juez en la que expresaba que el tratamiento psicológico debía ser voluntario.

En la Sentencia de fecha 4-04-2000, caso *Witold Litwa contra Polonia* (EDE 2000/3905) el Tribunal analiza la detención de un súbdito polaco en un centro de desintoxicación durante 6 horas y 30 minutos motivada por causar disturbios, bajo los efectos del alcohol, en una oficina de correos el 5 de mayo de 1994. El arresto se realizó al amparo de la Ley polaca de 26 de octubre de 1982 de Educación en abstinencia y neutralización del alcoholismo, cuyo artículo 40 permite el ingreso en centro de desintoxicación de aquellas personas que desarrollan un comportamiento ofensivo en sitios públicos o lugares de trabajo y que son peligrosas para sí mismas o para la vida o salud de terceras personas. El Tribunal analiza el significado del término «alcohólico» del Convenio. El Tribunal consideró que existió violación del número 1 del artículo 5 del Convenio porque, en el caso concreto del recurrente, no puede decirse que la detención no sea arbitraria dado que es muy difícil estimar que el mismo pudiera causar serio riesgo para la vida o salud de terceros siendo el recurrente ciego de un ojo y muy afectado en la visión del otro y que la ley polaca prevé medidas menos lesivas que la detención

supuestos de urgencia. Así, en tales casos, el informe médico no puede concebirse necesariamente previo al internamiento, puede ser posterior. Las autoridades que ostentan la potestad de proceder a ordenar estos internamientos de urgencia deben gozar de una amplia discrecionalidad (Caso *X contra Reino Unido*[685]).

El Convenio no reconoce, sin embargo, un derecho del paciente al tratamiento apropiado[686]. No obstante, en principio la detención de una persona como paciente mental sólo podrá ser considerada conforme a Derecho para los fines del apartado e del artículo 5.1, si se efectúa en un hospital, clínica u otra institución apropiada autorizada para tal fin (caso *Ashingdane contra Reino Unido*[687], caso *Aerts contra Bélgica*[688]). Es posible incluso

---

en centro de desintoxicación para el caso concreto. (Véase también la opinión discordante del Juez Mr. A.B. Baka que consideró que la detención no fue arbitraria.)

[685] En el caso *X contra Reino Unido,* un ciudadano británico nacido en 1934 y fallecido en 1979 (su identidad no se hizo pública por deseo de sus parientes más cercanos), formuló su demanda mientras se encontraba recluido en el hospital psiquiátrico de alta seguridad de Broadmoor conforme *Mental Health Act* de 1959. Su reclamación se ciñó a su reingreso en el hospital de Broadmoor en 1974 tras un período de libertad condicional. Según el recurrente su internamiento fue injustificado y no le fueron explicadas inmediatamente las razones de su detención, careciendo de una vía efectiva para impugnar la actuación de las autoridades. Había recibido tratamiento psiquiátrico ya en 1965 y 1966, siendo diagnosticado de esquizofrenia paranoide. En 1968 fue condenado por un delito de lesiones siendo ingresado en Broadmoor. En 1971 le fue concedida la libertad condicional. Hasta 1974 el recurrente vivió con su esposa sin cometer infracción penal alguna. En abril de ese mismo año, la esposa comunicó al agente responsable de su libertad condicional que su marido se comportaba de forma insultante y amenazante y que había vuelto a beber. El Secretario del Interior ordenó el reingreso en Broadmoor. El mismo día de su detención el recurrente interpuso un recurso de *habeas corpus*. Al año de su ingreso (julio de 1975) solicitó que su asunto fuera revisado judicialmente. La vista tuvo lugar en octubre y en la resolución, que no fue comunicada ni al recurrente ni a sus abogados, se reconocía que el paciente continuaba padeciendo la enfermedad pero que podía ser puesto en libertad si permanecía sujeto a ciertas condiciones, siendo otorgada la libertad condicional en febrero de 1976. El Tribunal consideró que no había existido infracción del nº 1 del artículo 5 pero sí declaró que había existido violación del nº 4 (no existiendo revisión periódica, el recurrente no tuvo posibilidad de plantear, en cualquier momento, la revisión del internamiento ante un órgano que revistiera independencia respecto del ejecutivo y las partes y con garantías apropiadas, el procedimiento de habeas corpus no era un remedio suficiente en tanto que se trataba de una revisión judicial limitada). (STEDH de 5-11-1981, EDE 81/1161)

[686] Caso *Winterwerp,* Apartado 51

[687] Apartado 44. El Sr. Leonard John Ashingdane, ciudadano británico, fue condenado el 23 de noviembre de 1970 por conducción temeraria y tenencia ilícita de armas. Apreciada esquizofrenia paranoide, conforme a la *Mental Healht Act* de 1959, fue recluido en un hospital psiquiátrico de Kent (Oakwood) del que se escapó en dos ocasiones, siendo trasladado por ello a un hospital de alta seguridad (Broadmoor). Entre el 3 de abril de 1971 y octubre de 1978 el *Mental Health Review Tribunal* consideró que no era apto para liberación o traslado. El 31 de octubre de 1978, un informe médico declaró que, aunque precisaba tratamiento en hospitalización, no era necesario que fuera en un centro de alta seguridad, siendo acordado el 1 de marzo de 1979 su traslado al hospital local. Sin embargo, la autoridad sanitaria de Kent denegó el traslado alegando problemas con el Sindicato de enfermeros debido a que rechazaban el ingreso de pacientes por razón de delito puesto que consideraban que existía insuficiencia de recursos para su adecuada atención. El recurso se centró en el tiempo en que tardó el traslado al centro local que ofrecía unas condiciones de vida bastante mejores para el interesado. El Tribunal, pese a reconocer que el recurrente había sufrido una injusticia al tener que soportar el régimen estricto de Broadmoor por 19 meses más de lo que su estado mental precisaba, consideró, sin embargo, que dicho problema no afectaba al artículo 5 apartado 1 del Convenio (el recurrente no impugnaba las razones de su detención) y que tampoco afectaba al nº 4 de dicho artículo porque el mismo no garantizaba un derecho al control judicial de la legalidad de todos los aspectos o detalles de la detención. (STEDH 28-05-1985, EDE 85/6982)

[688] Apartado 46. El Sr. Aerts, de nacionalidad belga, fue arrestado el 14 de noviembre de 1992 por agresión a su ex esposa con un martillo y sometido a la medida de prisión provisional en espera de juicio,

que el paciente pueda ser considerado como incurable o no susceptible de tratamiento [689].

Los siguientes apartados del artículo 5 del Convenio, que se reproducen a continuación hacen referencia a las garantías procesales. El apartado 3, dado que se refiere al párrafo 1.c del artículo 5 del Convenio, remite exclusivamente a la detención acordada con motivo de una infracción penal [690]. El último apartado que no se reproduce (el cinco) hace referencia al Derecho de reparación en los casos de vulneración.

> 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.

---

primero en una celda de dos personas y luego en guarda en el ala psiquiátrica de la prisión de Lantin. El 15 de enero de 1993 el Juzgado decidió su internamiento conforme a la sección 7 de la Ley de Protección Social de 1 de julio de 1964 y decidió que permanecería provisionalmente en el ala psiquiátrica referida hasta que se le designara una institución psiquiátrica adecuada por la autoridad competente. El 22 de marzo de 1993 se designó el Centro de Protección Social de Paifve, donde fue transferido el 27 de octubre con injustificado retraso. El 19 de noviembre se decidió su libertad condicional, siendo liberado el 24 de noviembre. El 23 de diciembre de 1996 teniendo en consideración el deterioro del afectado y el incumplimiento de las condiciones para su liberación, particularmente la abstención de heroína y alcohol, se volvió a ordenar la detención y se designó el centro de protección social de Paifve para tal propósito. El Tribunal Europeo consideró que había existido violación del artículo 5.1 debido a que el ala psiquiátrica de la prisión de Lantin no podía ser considerada como institución adecuada para la detención de personas enajenadas y que no existía disposición nacional que determinara la duración de una detención provisional pendiente de traslado. (STEDH de 30 de julio de 1998, EDE 98/12798)

[689] Caso *Hutchison Reid contra Reino Unido,* STEDH de 20 de febrero de 2003, EDJ 2003/3024. En septiembre de 1967 el Sr. Hutchison fue hallado culpable de homicidio a la edad de 17 años y, tras diversos informes médicos que inicialmente estimaban que se trataba de una persona con deficiencia psíquica, fue confinado en el centro psiquiátrico penitenciario de Carstairs en Escocia, detectándose en su personalidad diversos trastornos psicopáticos y tendencias antisociales. En el año 1985 fue trasladado a un hospital abierto. Sin embargo, en agosto de 1986 fue acusado de agresión y tentativa de rapto de una niña de ocho años de edad y fue nuevamente confinado en una institución psiquiátrica. Los diversos recursos interpuestos por el afectado para obtener la libertad resultaron infructuosos, razón por la cual acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El TEDH estimó que «el internamiento no debe producirse necesariamente tan solo cuando una persona precise terapia, medicación u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su condición, sino que también cuando la persona precise control y supervisión para prevenirle del daño que pueda causarse a sí mismo o a terceras personas» (Apartado 51) y que la decisión del Sheriff (organismo escocés que tiene funciones análogas a las judiciales) que estimó que existía riesgo de reincidencia si se producía la liberación, con alta probabilidad de que la misma tuviera una connotación sexual, podía considerarse justificada a la luz del artículo 5.1 del Convenio (Apartado 52). En el caso concreto, aunque el trastorno del afectado no se percibía como curable o susceptible de tratamiento, el Sheriff razonó que, a pesar de ello, le resultaba beneficiosa la estancia en un entorno hospitalario y que sus síntomas empeoraban fuera de este tipo de estructura de soporte (Apartado 54). No obstante lo anterior, sí que encontró violación del artículo 5.4 dado que existieron retrasos opuestos al principio del «breve plazo» y que no fue correcto situar la carga de la prueba en el afectado para determinar si era o no susceptible de ser liberado. El TEDH estimó que la obligación que corresponde a las autoridades de «probar que un individuo satisface las condiciones para el internamiento involuntario, en vez de a la inversa, puede considerarse como implícito en su jurisprudencia» (Apartado 70).

Sobre el problema de los delitos sexuales y las psicopatías también es de interés el *Caso Thynne, Wilson y Gunnell contra Reino Unido,* STEDH de 25-10-1990, EDJ 1990/12378.

[690] En este sentido, aunque referido al internamiento de vagabundos, STEDH de 18.06.1971, caso *De Wilde, Ooms, Versyp contra Bélgica* (EDJ 1971/1, Ap. 71).

3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1, c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la Ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.
4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.

El apartado 2 puede llevar a equivocación. Así, el Tribunal, aunque es consciente de las connotaciones de Derecho Penal utilizadas en dicho apartado (en particular de la expresión *cualquier acusación*), estima que debe interpretarse autónomamente dado que el propósito del artículo 5 es evitar privaciones arbitrarias de libertad, por lo que el término detención empleado *se extiende más allá de la esfera de las medidas penales.* La vinculación estrecha entre los apartados 2 y 4 de este artículo abonan tal interpretación[691], dado que no puede hacerse efectivo el derecho al recurso *a menos que sea pronta y adecuadamente informado de las razones por las cuales ha sido privado de libertad.* El párrafo cuarto no distingue entre arrestado o detenido, por tanto no hay razones para excluir este supuesto. (caso v*an der Leer*[692]).

El Convenio no exige que el órgano encargado de la revisión sea un órgano propiamente judicial. La palabra «tribunal», como se emplea en diversos artículos del Convenio incluido el artículo 5.4, sirve para denotar «órganos

[691] En el caso X contra el Reino Unido se planteó la cuestión pero se estimó que no era necesario entrar en la misma dado que se trataba de un aspecto de la alegación de la violación del artículo 5 apartado 2.

[692] La Sra. Hendrika Wilhemina van der Leer, de nacionalidad holandesa, fue internada el 28 de septiembre de 1983 por orden del Alcalde de La Haya en un hospital psiquiátrico local. Había sido anteriormente ingresada en numerosas ocasiones. La Autoridad judicial de Distrito de la Haya ordenó que cesara el internamiento el 3 de octubre del mismo año, aunque la interesada permaneció voluntariamente en el hospital. El 18 de noviembre de 1983, a requerimiento de su esposo, la autoridad judicial competente autorizó el internamiento forzoso en el mismo hospital por un periodo de seis meses con fundamento en un informe médico que contestaba negativamente a la cuestión de si era inútil o médicamente contraindicado que un Juez oyera a la Sra. Van Leer. La autoridad judicial no dio audiencia a la interesada y en la orden figuraba que la interesada no había sido oída por ser inútil o estar médicamente contraindicado (se trataba de un formulario impreso). La Sra van der Leer no fue informada de la orden de internamiento ni recibió copia de la decisión judicial. El 28 de noviembre de 1983 la afectada tuvo conocimiento del carácter forzoso de su internamiento y se puso en contacto con su abogado quien, el 6 de diciembre requirió al Hospital para la cesación del internamiento, siendo denegado. Se recurrió a la autoridad judicial que, finalmente, ordenó la cesación, aunque la Sra. van der Leer ya había abandonado el hospital sin autorización con la ayuda de su marido el 31 de junio de 1984. El Tribunal Europeo consideró que había existido violación del número 1 del artículo 5 porque no se había cumplido con el procedimiento determinado por la ley al no haber dado audiencia a la interesada contrariamente a lo prescrito por la ley de 1884, consideró que había existido violación del nº 2 del citado artículo por las razones ya expuestas, y consideró que había existido violación del número 4 del artículo porque el retraso de cinco meses (petición de cesación de internamiento de 6 de diciembre de 1983 y cesación judicial el 7 de mayo de 1984) era excesivo atendiendo las circunstancias del caso. (STEDH de 21-02-1990, EDE 90/12352)

que presentan no sólo rasgos fundamentales comunes, de los cuales el más importante es la independencia del gobierno y de las partes…, sino también las garantías» —«apropiadas a la clase de privación de libertad en cuestión»— «de procedimiento judicial» cuyas formas pueden variar de un ámbito a otro[693]. El TEDH expresó que «no entra dentro de sus competencias investigar sobre cuál sería el sistema mejor o más apropiado de revisión judicial en este ámbito, dado que los Estados contratantes son libres para escoger diferentes modos de llevar a cabo sus obligaciones» (Caso *X contra Reino Unido*[694], caso *D. N. contra Suiza*[695]).

Aunque el TEDH reconoce que los procedimientos judiciales a que se refiere el artículo 5.4 no requieren estar siempre acompañados de garantías idénticas a las que prescribe el artículo 6.1 para los procesos civiles y penales, es necesario que la persona afectada tenga acceso al tribunal y la oportunidad de ser oída, bien en persona o, si fuera necesario, a través de alguna forma de representación. La enfermedad mental puede restringir o modificar la forma de ejercicio pero no puede justificar que se dañe al núcleo esencial del derecho. Ciertamente, especiales garantías procesales pueden resultar necesarias para proteger los intereses de las personas que, debido a su situación de desorden mental, no están plenamente capacitadas para actuar por sí mismas. (caso *Winterwerp*[696], caso *Megyeri contra*

---

[693] No suministra tales garantías el caso de la revisión de la orden de internamiento emitida por un Fiscal con recurso ante un Fiscal superior jerárquico (Caso Varbanov contra Bulgaria STEDH de 5-10-2000, EDJ 2000/26827, Apartados 54 a 61)

[694] Apartado 53

[695] Apartado 39. En el caso *D. N. contra Suiza,* la demandante había sido ingresada en 11 ocasiones desde 1989. En 1994 fue internada en febrero, junio y septiembre. El 14 de noviembre de 1994, fue ingresada en la clínica psiquiátrica cantonal de Wil debido a su esquizofrenia crónica y al peligro que la demandante representaba para sí misma. El 1 de diciembre de ese año, solicitó su liberación, no siendo aceptada, su abogado solicitó a la *Verwaltungsrekurskommission* (órgano administrativo encargado de decidir en materia de internamientos psiquiátricos que incluye a un juez permanente y entre 24 y 30 jueces especializados —Fachrichter—, incluyendo médicos, generalmente psiquiatras, o trabajadores sociales; el juez profesional es nombrado por el parlamento cantonal y los especializados por el gobierno del cantón de St. Gall, a propuesta del Tribunal administrativo, siendo su mandato por seis años; la comisión se compone de cinco jueces, ordinarios y especializados). La solicitud pedía expresamente que el perito encargado de su examen no actuara como Juez especializado. El órgano administrativo designó a uno de sus miembros, especialista en psiquiatría y psicoterapia, ponente, siendo esta misma persona quien examinó a la paciente. Tras el examen el ponente expresó a la interesada que iba a proponer al órgano administrativo la desestimación de la demanda. El órgano administrativo, tras la vista, rechazó la solicitud de la demandante con fundamento en el dictamen pericial del propio juez ponente en el que por escrito había instado al rechazo de la demanda. La legislación suiza (artículo 397e.5 del Código Civil) permitía, en tales casos, que el perito fuera un miembro del órgano administrativo aunque también podían optar por uno externo, práctica confirmada por el Tribunal Federal Suizo en diferentes resoluciones. El órgano administrativo optó por no aceptar la petición de la demandante por no haber motivado su solicitud. El TEDH estimó que los temores de la solicitante sobre la imparcialidad del «tribunal», dado que el ponente era el único experto psiquiatra y la única persona que había procedido a su audiencia, eran fundados. En este caso el ponente había expresado su posición de rechazo a la demanda previamente de forma oral y, posteriormente, por escrito, antes de la vista. La imparcialidad subjetiva del Juez no se cuestionaba pero sí el hecho objetivo de que la demandada tuviera razones obvias para estimar que, por la situación del especialista en el tribunal y por su criterio emitido, tuviera una opinión preconcebida que afectara a la opinión del tribunal en su conjunto, por lo que el TEDH estimó que se había vulnerado el artículo 5.4. (STEDH de 29-3-2001, EDJ 2001/2553)

[696] Caso *Winterwerp,* Apartado 60

Alemania[697], caso *Magalhaes Pereira contra Portugal*[698], caso *Vodenicarov contra Eslovaquia*[699], caso *Herz contra Alemania*[700]).

---

[697] Apartado 22. El Sr. Megyeri es un ciudadano húngaro que residía en Alemania desde 1975. En noviembre de 1981 el Tribunal Regional de Colonia ordenó que fuera detenido en un hospital psiquiátrico de conformidad con el artículo 63 del Código Penal. La Corte consideró que había realizado actos que constituían infracción penal (conducta injuriosa, lesiones, atentado, imprudencia con vehículo de motor, omisión del deber de socorro) de los que no podía ser considerado responsable porque sufría psicosis esquizofrénica con síntomas de paranoia. El afectado recurrió en varias ocasiones contra la detención. El 19 de marzo de 1987 fue sometido a tutela. El 4 de enero de 1989 fue liberado condicionalmente. Desde entonces el interesado vivió en un pabellón abierto de un hospital psiquiátrico en Colonia. Su demanda de recuperación de la capacidad, no obstante, no ha tenido éxito, dado que se consideró que su situación no había mejorado. El motivo del recurso fue que no se designó al acusado representación letrada para los procesos posteriores de revisión del internamiento acordado en proceso penal. La Sentencia recoge la doctrina del Tribunal Europeo sobre el artículo 5.4 (recurso en intervalos razonables, proceso judicial con garantías apropiadas, audiencia, no necesidad de que el enajenado deba tomar la iniciativa en obtener representación legal antes de presentar su recurso), señalando especialmente que la persona que ha sido ingresada en una institución psiquiátrica a causa de la comisión de actos constitutivos de delito por los cuales no puede ser considerada responsable a causa de su enfermedad mental, debe, a menos de que concurran circunstancias especiales, recibir asistencia legal en los procesos consecutivos relativos a la continuación, suspensión o terminación de la medida. (STEDH de 12-05-1992, EDE 92/13837).

[698] *Magalhaes Pereira contra Portugal,* STEDH de 26-02-2002, Base de Datos Thomson-Aranzadi JUR 2002/75691. El demandante, nacido en 1940, fue detenido por estafa en 1996 y sometido a observación psiquiátrica. El perito concluyó que el demandante sufría de esquizofrenia residual y que debía someterse a tratamiento prolongado. El tribunal criminal de Oporto constató que el afectado era inimputable y ordenó su internamiento en el centro psiquiátrico penitenciario de Santa Cruz do Bispo, donde ingresó el 4 de diciembre de 1996. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria *(Tribunal de Execuçao das Penas),* en aplicación de los controles periódicos, decidió mantener el internamiento. El Tribunal sentenciador había determinado que la primera revisión se efectuaría dos años después del ingreso en el centro (cuestión que debe hacerse de oficio por aplicación del artículo 93.2 del Código Penal Portugués) y, pese a los requerimientos del afectado, esta no se produjo hasta tales fechas. El TEDH estimó que existía violación del plazo breve y que el Juzgado de Vigilancia se basó en un informe médico realizado un año y 8 meses antes para mantener la medida. Por otro lado, también consideró que la intervención del abogado de oficio designado no fue efectiva ya que el Juzgado de Vigilancia no la consideró necesaria debido a que la cuestión que se debatía no era jurídica, vulnerando el artículo 5.4 debido a la falta de representación.

[699] En el caso *Vodenicarov contra Eslovaquia,* el demandante fue detenido en el mes de septiembre de 1994 bajo la acusación de haber golpeado a su vecino. Durante la tramitación del proceso penal fue expulsado de la sala debido a su comportamiento inapropiado. El Tribunal solicitó un examen psiquiátrico del afectado y ante su negativa ordenó su internamiento en un hospital a efectos de la realización de dicho examen. El interesado interpuso recurso pero las autoridades no esperaron a su resolución, siendo aquél confinado en una institución psiquiátrica. El TEDH estimó que, según la legislación nacional eslovaca (artículo 116.2 del Código de Procedimiento Criminal), la orden de confinamiento dictada por el tribunal no podía considerarse efectiva hasta la resolución del recurso interpuesto que tenía efecto suspensivo por lo que acreditó la violación del artículo 5.4 del Convenio dado que el interesado fue confinado en el establecimiento por más de dos meses sin resolución judicial. (STEDH de 21-12-2000, EDJ 2000/40288)

[700] *Herz contra Alemania,* STEDH de 12-6-2003, EDJ 2003/12049. El 19 de diciembre de 1994, al demandante se le concedió un derecho de visitas de su hija, nacida en 1992. La unión de hecho se había separado cuatro meses antes. En junio de 1995 al demandante le fue privado el derecho en interés de la menor. Fue internado en tres ocasiones por diversos motivos, los dos primeros relacionados con problemas con su excompañera. En lo que nos afecta, en el segundo de los citados internamientos se fugó y había presentado recurso judicial que fue rechazado por el tribunal regional estimando que habían cesado los efectos de la medida y que, cuando el recurso llegó al tribunal, este se había fugado por lo que la medida ya no le afectaba. El TEDH consideró que el simple hecho de que una medida de internamiento haya expirado no priva al demandante del derecho a que se examine la legalidad de dicha medida incluso después de su expiración, dando lugar a violación del artículo 5.4 del Convenio. Las garantías de dicho artículo se aplican de igual forma a los eventuales tribunales de apelación. Asimismo, el TEDH estimó que la fuga del demandante no podía ser considerada ya que seguía afectado por la medida de internamiento.

La naturaleza de este tipo de detención exige la existencia de recursos sobre su legalidad a intervalos razonables dado que las razones que inicialmente garantizaban el confinamiento de esta clase pueden cesar de existir (*X contra Reino Unido*, *Luberti*[701], *Megyeri contra Alemania*, *Herczegfalvy contra Austria*[702], *Silva Rocha contra Portugal*[703]).

---

[701] El Sr. Luberti, de nacionalidad italiana, el 20 de enero de 1970 asesinó a su esposa de varios disparos. El 25 de marzo del mismo año, por una carta en la que confesaba que había realizado el hecho, la Policía descubrió el cuerpo. Las circunstancias de los hechos sugerían que el autor no estaba en posesión de sus facultades mentales. Fue arrestado el 10 de julio de 1972. Condenado inicialmente por asesinato, tras la apelación, se consideró que había realizado los hechos cuando sufría de un síndrome paranoico y fue finalmente internado en un hospital psiquiátrico por dos años (había estado en prisión ininterrumpidamente desde 1972, siendo trasladado al hospital psiquiátrico de Aversa, en Nápoles, el 21 de noviembre de 1979) conforme a las disposiciones del Código Penal italiano. Luberti recurrió su confinamiento en varias ocasiones. Fue finalmente liberado el 15 de junio de 1981. Luberti acudió al Tribunal Europeo señalando que la Corte italiana de apelación no había tenido en cuenta su estado en la fecha del juicio y estimó que había existido violación del artículo 5.1 y porque las autoridades judiciales italianas no habían resuelto en breve plazo sus peticiones de cesación del internamiento lo que suponía vulneración del número 4 del citado artículo. El Tribunal Europeo admitió sólo la segunda petición estimando que habían existido retrasos excesivos. Se recoge nuevamente la doctrina de las tres condiciones mínimas para considerar un internamiento conforme a Derecho y el margen de discrecionalidad de las autoridades nacionales para la apreciación del concepto de enajenado, doctrina que ya había sido aplicada en los casos Winterwerp y X contra el Reino Unido. (STEDH de 23-02-1984, EDE 84/6849)

[702] El Sr. Istvan Herczegfalvy es un ciudadano húngaro que residía en Austria desde 1964, normalmente en Viena. Desde el 13 de mayo de 1972 al 13 de mayo de 1977 permaneció en prisión por diversos cargos entre ellos por agresión a su esposa. El 23 de diciembre de 1975 fue declarado parcialmente incapacitado. En agosto de 1983 se le designó otra persona en funciones de curador. Mientras tanto se tramitaron varias acusaciones por agresión a los vigilantes y presos y amenazas contra los magistrados. El 10 de mayo de 1977 el Tribunal regional ordenó que, una vez terminara de cumplir su sentencia, el afectado permaneciera en detención bajo el artículo 180 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El 9 de enero de 1978 se ordenó el ingreso provisional en una institución para enfermos mentales delincuentes, siendo ingresado en la prisión especial de Mittersteig en Viena. El afectado recurrió en múltiples ocasiones. Fue finalmente liberado condicionalmente el 28 de noviembre de 1984 conforme a una decisión de la Corte de 14 de noviembre. Fueron varios los puntos objeto de recurso por parte del afectado. No se consideró que existiera violación del artículo 5.1. Sí que se consideró que había existido violación del artículo 5.4 porque algunas resoluciones no habían cumplido el requerimiento del convenio de que se pronunciasen en intervalos razonables. De mayor interés fueron las alegaciones de violación del artículo 3 (nadie podrá ser sometido a tortura, ni a pena o tratamiento inhumano o degradante) debido a que el afectado se le administró forzosamente medicación neuroléptica y comida y fue aislado y atado con esposas a una cama de seguridad. El Tribunal consideró que no había existido violación del Convenio debido a que no existía evidencia de que las actuaciones no estuvieran justificadas médicamente. Sí que consideró que existió violación del artículo 8 (derecho al respeto de la correspondencia) porque no se justificaba legalmente la práctica del hospital de remitir las cartas al curador para que seleccionara cuáles podía o no leer. (STEDH de 24-09-1992, EDE 13846)

[703] El Sr. Serafim da Silva Rocha, de nacionalidad portuguesa, vivía en Rio Tinto (Oporto). El 13 de julio de 1990 fue sometido a internamiento penal debido a ser considerado autor de los delitos de homicidio y tenencia ilícita de armas siendo enviado al hospital psiquiátrico para enfermos mentales delincuentes de Sobral Cid. El 29 de junio de 1992, conforme a la opinión de los servicios sociales y los informes médicos que consideraban que el afectado seguía siendo peligroso y carecía de estructura familiar, el Tribunal amplió la detención por un período de 9 meses. El 9 de febrero de 1994 el Tribunal decidió su libertad a prueba sometida a diferentes condiciones entre las que se incluía obligación de residencia, seguimiento de tratamiento médico, prohibición de consumir alcohol y conformidad a la supervisión del servicio de reinserción social. El afectado abandonó el hospital el 8 de marzo de 1994 y desde entonces ha permanecido en libertad bajo tales bases. El artículo 91 del Código Penal Portugués establecía un período mínimo de confinamiento de tres años en caso de delitos violentos y graves (fue modificado posteriormente por Decreto nº 48/95 de 15 de marzo). El artículo 92 del indicado Código establecía que la detención debía de cesar cuando el Tribunal entendiera que el detenido no era ya peligroso criminal. El artículo 93 establecía las bases para la revisión de la medida (en cualquier

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

La revisión judicial debe ser lo suficientemente amplia para permitir examinar si el desorden del paciente persiste y si el confinamiento es necesario, es decir, debe abarcar la esencia de lo que el Convenio denomina «conformidad a Derecho» de la detención, que no puede quedar a la simple discrecionalidad administrativa. (caso *X contra el Reino Unido*). Para determinar si un procedimiento dispone de las suficientes garantías, hay que tener en cuenta la especial naturaleza de las circunstancias en que se desarrolló. Dicho de otra manera, las garantías deben ser adecuadas a la clase de privación de libertad de que se trate (caso *Wassink contra Holanda*[704], caso *Megyeri*). La carga de la prueba de los fundamentos del internamiento corresponde a las autoridades nacionales[705].

El procedimiento de *habeas corpus* puede ser adecuado para medidas de urgencia que implican internamientos de corta duración, pero dado que tales medidas pueden ser conformes a Derecho incluso cuando no atienden a las garantías usuales como un examen médico previo y que la Autoridad que las acuerda debe tener un amplio margen de discrecionalidad, ello inevitablemente significa que el papel del Juzgado puede ser reducido. La revisión que es posible ejercitar ante los tribunales mediante procedimientos de *habeas corpus* alcanza únicamente a la conformidad del ejercicio de la potestad discrecional con los elementos reglados establecidos en la norma y una revisión judicial tan limitada no es admisible con relación a un internamiento continuado (caso *X contra Reino Unido*[706]).

El recurso debe resolverse rápidamente (en breve plazo), lo que implica que no puede existir excesivo retraso (caso *Luberti contra Italia*) y que si no existen

---

momento a petición de parte y de oficio transcurridos tres años desde el inicio del internamiento o dos desde la decisión de mantenimiento de la medida, aspecto que fue corregido tras el Decreto citado a dos años en los supuestos de oficio). El Tribunal Europeo consideró que no existió violación del artículo 5.4 debido a que la seriedad del acto cometido y el riesgo para terceros justificaba el internamiento por al menos tres años, que en el caso concreto las revisiones judiciales (21 de marzo y 29 de junio de 1992, febrero de 1993, entre 19 de marzo y 3 de mayo de 1993 y desde el verano de 1993 al 9 de enero de 1994) se habían realizado en intervalos razonables y que el afectado fue liberado cuando cesó de ser considerado peligroso. (STEDH de 15-11-1996, EDE 96/12143)

[704] El Sr. Jan Wassink, de nacionalidad holandesa, fue ingresado el 15 de noviembre de 1985 por orden del Alcalde de la localidad de Emmen por el procedimiento de urgencia previsto en la Ley de 1884. La orden fundamentaba el ingreso en un informe médico que señalaba que el interesado sufría desequilibrio mental con peligro para sí mismo y para los demás y para el orden público. El Fiscal solicitó que se prorrogara el internamiento el 19 de noviembre. La autoridad judicial tomó declaración al mismo a un psiquiatra y consultó por teléfono a otras tres personas, dos médicos y la esposa del enfermo, recogiendo sus manifestaciones en una nota, dando un resumen por teléfono de la información obtenida a la persona de confianza del interesado. Se acordó la prórroga del internamiento el 25 de noviembre con fundamento en las declaraciones obtenidas y en un informe policial que acreditaba las molestias constantes al vecindario. El demandante salió del hospital el 20 de diciembre. La reclamación se fundaba en que no se había especificado la naturaleza del peligro que su enfermedad mental entrañaba, que la audiencia se había celebrado sin Secretario y que no se le comunicó el texto de las declaraciones de las personas interrogadas por teléfono. El Tribunal estimó que había sido violado el artículo 5.1 por la ausencia de Secretario al no haberse seguido el procedimiento determinado por la Ley, no se consideró que existiera violación del artículo 5.4. El Tribunal reiteró su doctrina sobre el significado de la expresión «conforme a Derecho» del Convenio, sobre el margen de discrecionalidad concedido a la autoridad nacional y sobre las características de los «órganos judiciales». (STEDH de 27-09-1990, EDE 90/12373)

[705] Caso *Hutchison Reid contra Reino Unido* (Apartado 70)

[706] Caso *X contra el Reino Unido,* Apartado 58

razones que lo justifiquen existirá violación del Convenio (caso *van der Leer*). El Convenio requiere que los Estados contratantes organicen sus sistemas legales de tal forma que sean capaces de cumplir sus requerimientos, por lo que incumbe a la Autoridad judicial hacer los ajustes necesarios, incluso durante un período vacacional, para asegurar que los asuntos urgentes serán resueltos con rapidez y esto es particularmente necesario cuando la libertad personal está en juego (caso *E contra Noruega*[707]). La mayor parte de los recursos que se han entablado han sido por el problema del «breve plazo». El TEDH estima que la preocupación del artículo es el logro de una cierta celeridad pero que, para llegar a una conclusión definitiva, debe estarse a las circunstancias del caso. Junto con las sentencias ya citadas, pueden citarse los casos *Koendjbiharie contra Holanda*[708], *Musial contra Polonia*[709], *Rutten contra Holanda*[710], *Delbec contra Francia*[711] o *Laidin contra Francia*[712].

La importancia de la exposición precedente radica en que, para el tratamiento ambulatorio involuntario, las recomendaciones internacionales, como veremos posteriormente, exigen que las garantías procesales sean similares a las del internamiento y, también como veremos, presenta algunos problemas comunes de definición de situaciones y exigencias materiales.

1.3. Igualdad en el acceso a los servicios socio-sanitarios

El primer artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». Una sociedad igualitaria no significa que no existan diferencias entre las personas sino que se realice un enfoque positivo que

---

[707] El recurrente, ciudadano noruego, solicitó al Tribunal que no se revelara su identidad. En 1965 sufrió un accidente de tráfico, sufriendo importantes daños cerebrales desarrollando tendencias agresivas. En 1967 fue condenado por delito de lesiones conforme al Código Penal noruego, permaneciendo recluido en hospitales psiquiátricos durante el período comprendido entre mayo de 1967 a julio de 1972. Desde 1973 a 1978 fue internado por un período de 4 años conforme a las previsiones de la Ley de Salud Mental. En 1978 fue sometido a medidas de seguridad tras agredir a su padre. El hospital psiquiátrico consideró que el interesado era un psicópata con daño cerebral para el cual el tratamiento psiquiátrico no aparecía indicado. El 3 de julio de 1978 fue ingresado en una institución de seguridad penal («lla»). El 21 de junio de 1980 fue liberado bajo condición de residir con sus padres. Debido a numerosos incidentes violentos, fue nuevamente ingresado. Durante su estancia en la institución de seguridad atacó al personal de la prisión en varias ocasiones. En 1983 fue ubicado en un piso bajo vigilancia de la policía local, pero fue arrestado nuevamente. En 1985 fue enviado a la prisión de Ullersmo. En 1987 fue enviado a un hospital psiquiátrico donde se le diagnosticó que estaba psicótico y que precisaba de internamiento forzoso. Se volvió agresivo hacia el personal y los pacientes por lo que fue enviado de nuevo a Ullersmo. En 1988 fue liberado a condición de que residiese en Skien bajo supervisión, pero agredió a los trabajadores sociales, siendo enviado finalmente a la prisión de Arendal. Sólo se acordó la violación del apartado 4 del artículo 5 en el aspecto ya examinado. (STEDH de 29-08-1990, EDE 90/12368)

[708] *Koendjbiharie contra Holanda,* STEDH de 25-10-1990, EDJ 1990/12379

[709] *Musial contra Polonia,* STEDH de 25-03-1999, Base de Datos Thomson-Aranzadi TEDH 1999/12

[710] *Rutten contra Holanda,* STEDH de 24-07-2001, Base de Datos Thomson-Aranzadi TEDH 2001/484

[711] *Delbec contra Francia,* STEDH de 18-06-2002. Base de Datos Thomson-Aranzadi JUR 2002/205156

[712] *Laidin contra Francia,* STEDH de 5-11-2002, EDJ 2002/60923 (Apartado 28)

permita acomodar tales diferencias en su seno. Hay tres modos de comprender el concepto de igualdad dentro del marco de las discapacidades[713]:

1) La primera se refiere a la necesidad de «tratamiento imparcial y justo» por los Parlamentos cuando se crean distinciones inevitables en la ley y en la definición de las políticas. Evitar la arbitrariedad constituye la piedra angular de cualquier forma de comprender la igualdad, pero es insuficiente para sintonizar con las necesidades concretas de aquellos que, de hecho, son «diferentes» o que no se encuentran en la misma situación. Es necesario dar un paso más y avanzar desde la idea de igualdad como «neutralidad» a la de «ajuste razonable» para dar cabida a las diferencias reales que la discapacidad supone.
2) Una segunda interpretación consiste en la «igualdad de oportunidades». Esto implica atender a diferentes formas de actuación gubernamental: 1) supone emprender la lucha contra las áreas en que la exclusión social es estructural (por ejemplo, el acceso al transporte, ocio, servicios públicos, etc.), cambios que necesariamente llevan su tiempo, constituyendo lo principal iniciar un proceso irreversible de cambio estructural con objetivos y calendarios claros; 2) supone que las personas con discapacidad deben ser preparadas para poder alcanzar al máximo habilidades para asumir funciones de responsabilidad y productivas en la sociedad civil; 3) supone luchar contra las situaciones que, en diferentes esferas, generan discriminación en la vida diaria, lo que implica la existencia de leyes anti-discriminación; 4) supone luchar contra actitudes sociales arraigadas, lo que implica fomentar la educación del público en general sobre la discapacidad.
3) Una tercera supone atender a la «igualdad de resultados» que implica que cualquier persona ostenta unos derechos mínimos (particularmente de índole social o económica) sin tener en cuenta su contribución o capacidad de contribuir. Este último enfoque no es el pensamiento dominante sobre la discapacidad, debido a que las personas con discapacidad desean ser aceptadas por sus propios méritos y recibir el apoyo material que necesitan para ejercer sus derechos.

1.3.1. Estado de la cuestión previa a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Hasta fechas bien recientes, Naciones Unidas no disponía de una Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Desde 1950,

[713] Quinn, Gerard/Degener, Theresia. *Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad.* United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. Nueva York y Ginebra, 2002. Páginas 22 y ss.

sin embargo, ha ido desarrollando una serie de recomendaciones de importancia cuyos hitos iniciales son la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental* de 1971 [714], cuya simple denominación ya denota el desfase, o la *Declaración de los Derechos de los Impedidos* de 1975 [715]. A partir de los años 80 se realiza un giro hacia el modelo de derechos que se inicia con el año Internacional de las personas con discapacidad (1981) y el Programa Mundial de Acción de 1982 [716]. El Programa se revisa de forma quinquenal.

En 1993 se elaboraron las *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* [717] que constituyen la guía principal de Naciones Unidas sobre intervenciones en estas áreas. Dichas normas no tienen carácter vinculante. Las normas, en su apartado IV, crean un mecanismo de supervisión que comprende al Relator Especial de la Comisión de Desarrollo social sobre la supervisión de la aplicación de las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad [718]. Un hecho ha sido subrayado por los diferentes relatores especiales y es que «existe consenso en afirmar que las personas con discapacidades mentales se encuentran entre las más discriminadas» [719].

Lo anterior no significa que determinadas disposiciones dispersas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, las observaciones generales realizadas por los comités establecidos por los diferentes tratados (sin valor vinculante) y las orientaciones proporcionadas por las recomendaciones internacionales precitadas no hayan fijado un marco general.

Dentro del amplio campo que supone el principio de igualdad, vamos a centrarnos en lo que atañe a la igualdad de oportunidades en el ámbito del derecho a la salud. El artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966 establece que los Estados «reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental». Entre las diversas medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho figura «la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

---

[714] Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental.* Proclamada en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 (disponible en internet www.unhchr.ch/spanish/html/men3/b/m_mental_sp.htm)

[715] Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Declaración de los Derechos del Impedidos.* Proclamada en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975 (disponible en internet www.unhchr.ch/spanish/html/men3/b/72_sp.htm)

[716] Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. Resolución 37/52 de 3 de diciembre.

[717] Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.* Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993. Disponible en internet: www.un.org/esa/socdev/enable/dissres0.htm)

[718] Como parte del decenio para los Impedidos, 1983-1992, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas nombró a dos relatores especiales Leandro Despouy (Argentina), en 1984, y Erica-Irene Daes. Posteriormente, en 1994, nombró a Bengt Lindqvist (Suecia) cuyo mandato se prolongó hasta 2003, siendo actualmente relatora especial Sheikha Hessa Khalifa bin Ahmed al Thani (Qatar), cuyo mandato se extenderá hasta 2008.

[719] Así, Despouy, Leandro. *Los derechos humanos y las personas con discapacidad.* Publicación de las Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1993.Página 31.

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

La diferencia fundamental con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo genera obligación de adoptar (artículo 2.1.):

> Medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

La observación general nº 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reseña que el derecho a la salud comprende tanto libertades (como la de controlar la salud y el cuerpo propios y rechazar tratamientos) como derechos que se concretan en el derecho a «un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud» [720]. El Comité expresa que el derecho abarca elementos esenciales que son [721]:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte.
b) Accesibilidad. Los establecimientos bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación alguna, accesibilidad que presenta cuatro dimensiones: 1) no discriminación; 2) accesibilidad física; 3) accesibilidad económica; 4) acceso a la información.
c) Aceptabilidad. Es decir, respetuosos con la ética médica y culturalmente apropiados.
d) Calidad, desde el punto de vista científico y médico.

Dado que se trata de un derecho de realización progresiva, la Observación General nº 3 expresa la índole de las obligaciones de los Estados Parte. Diferencia entre obligaciones de comportamiento y obligaciones de resultado. Si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto. El concepto de progresiva efectividad reconoce el hecho de que su consecución plena no podrá lograrse en un breve período de tiempo, pero ello no puede equivocadamente entenderse que

---

[720] Organización de las Naciones Unidas. *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. (HRI/GEN/1/Rev.7) 12 de mayo de 2004. Página 96.

[721] *Op. cit.*, página 97 y 98.

prive a la obligación de todo contenido significativo. La frase debe interpretarse conforme al objetivo perseguido que es «establecer claras obligaciones a los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata» imponiendo así «una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo» [722] El Comité expresa que «todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga». Por último, reseñar que «aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo» [723].

La Observación General nº 5 se refiere concretamente a las personas con discapacidad. Aunque el Pacto no se refiere explícitamente a las personas con discapacidad, el principio de no discriminación del artículo 2.2 obliga a los Estados a la adopción de medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad [724]. El Comité expresa que el hecho de no ocuparse de esta cuestión radica en el desconocimiento de su importancia en la época en que se redactó el pacto, omisión que ha venido supliéndose en los sucesivos instrumentos internacionales de derechos humanos posteriores. La comunidad internacional ha afirmado su voluntad de conseguir el pleno disfrute de los derechos humanos en diferentes instrumentos como son los propios Principios de 1991 y las Normas Uniformes.

La Observación nº 5 concreta las obligaciones generales de los Estados manifestando que «consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas». Esto significa en la casi totalidad de los casos que se «necesitarán recursos adicionales para esa finalidad y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente» [725].

Los medios de aplicación son esencialmente los mismos que para las restantes obligaciones: determinar la naturaleza y el ámbito de los problemas que se plantean mediante un proceso de fiscalización regular; la necesidad de adoptar programas y políticas debidamente adaptados a las necesidades que se hayan

[722] *Op. cit.* Página 18
[723] *Op. cit.* Página 19
[724] *Op. cit.*, página 29
[725] *Op. cit.*, página 30

determinado de dicha manera; la necesidad de formular legislación cuando sea necesario y de suprimir todas las normas vigentes que sean discriminatorias; y la necesidad de hacer las consignaciones presupuestarias apropiadas o, cuando sea preciso, de recabar la asistencia y cooperación internacionales. La Comunidad Internacional ha reconocido que la adopción de decisiones y la aplicación de programas en esta esfera deben hacerse a base de estrechas consultas con grupos representativos de las personas interesadas y con la participación de dichos grupos [726].

El Comité estima que, a fin de remediar las discriminaciones pasadas y presentes y prevenir las futuras, parece indispensable adoptar, en prácticamente todos los Estados Partes, una legislación amplia y antidiscriminatoria en relación con la discapacidad. Dicha legislación no solamente debería proporcionar a las personas con discapacidad la posibilidad de un recurso judicial en la medida de lo posible y apropiado, sino que brindaría asimismo programas de política social que permitirían que las personas con discapacidad pudieran llevar una vida integrada, independiente y de libre determinación [727].

El Comité expresa que las medidas contra la discriminación deberían basarse en el principio de la igualdad de derechos para las personas con discapacidad y para las personas que no tienen discapacidad, que, según se dice en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos, significa que:

> Las necesidades de todo individuo son de la misma importancia, que estas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades, y que todos los recursos deben emplearse de tal manera que garanticen una oportunidad igual de participación de cada individuo. Las políticas en materia de incapacidad deben asegurar el acceso de los impedidos a todos los servicios de la comunidad.

La observación nº 5 concluye con algunas disposiciones específicas del pacto, haciendo referencia expresa al artículo 12, recordando los principios de las Normas Uniformes que expresan que «los Estados deben velar por que las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad» [728]. El derecho a la salud física y mental implica también el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales y a beneficiarse de dichos servicios, para que las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social. De manera análoga, esas personas deben tener a su disposición servicios de rehabilitación a fin de que logren «alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía» [729]. Todos los servicios mencionados

[726] *Op. cit.*, página 31
[727] *Op. cit.*, página 32
[728] Normas Uniformes. Artículo 2.3
[729] Normas Uniformes. Artículo 3

deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad[730].

Los Principios de 1991 (Resolución 46/119) constituyen el marco mínimo de prácticas de derechos humanos en el ámbito de la salud mental. Los principios no sólo han servido como guía en el plano internacional sino que diversos países los han adoptado total o parcialmente en sus legislaciones[731]. En lo que concierne propiamente a la atención socio-sanitaria, siguiendo el esquema que nos proporcionan Rosenthal y Sundram, podemos distinguir:

1) Derecho a un tratamiento individualizado: «El tratamiento y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescrito individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado» (principio 9.2)
2) Derecho a la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal: El artículo 3 de las Normas Uniformes establece que «los Estados deben elaborar programas nacionales de rehabilitación para todos los grupos de personas con discapacidad». Tales programas deben revestir las siguientes características:
   - Fundarse en las necesidades reales de esas personas y en los principios de plena participación e igualdad.
   - Incluir una amplia gama de actividades, como la capacitación básica destinada a mejorar el ejercicio de una función afectada o a compensar dicha función, el asesoramiento a las personas con discapacidad y a sus familias, el fomento de la autonomía y la prestación de servicios ocasionales como evaluación y orientación
   - Que en su concepción y organización participen las personas con discapacidad y sus familias, debiendo alentarse a que participen directamente en la misma y aprovechar la experiencia adquirida por sus organizaciones para la formulación o evaluación de los programas
   - Establecidos en la comunidad local en la que viva la persona aunque, en algunos casos, pueden organizarse cursos especiales de rehabilitación a domicilio, de duración limitada, si se estima que esa es la forma más apropiada para alcanzar una determinada meta de capacitación

   El Principio nº 4 establece que «el tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal».
3) Derecho a los servicios menos restrictivos posibles: El principio 9.1 establece que «todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y

[730] Organización de las Naciones Unidas. *Recopilación...*, página 36

[731] Rosenthal, Eric/Sundram, Clarence J. *La importancia de los derechos humanos consagrados internacionalmente en la legislación nacional sobre salud mental.* Organización Mundial de la Salud. Departamento de Salud Mental y Toxicomanías. Ginebra, 2004. Página 35.

alterador que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros»

4) Derecho a servicios comunitarios: el Principio 7.1 señala que «todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive».

Destacar que el principio 20, referente a las personas inmersas en procedimientos penales o que cumplan penas de prisión y que padezcan o se sospeche que padecen una enfermedad mental «deben recibir la mejor atención disponible en materia de salud mental» y que los principios «se aplicarán en su caso en la medida más plena posible, con las contadas modificaciones y excepciones que vengan impuestas por las circunstancias».

Europa tampoco cuenta con una convención internacional sobre la discapacidad aunque existen disposiciones en textos generales que hacen referencia expresa a la discapacidad como, por ejemplo, el artículo 15 de la Carta Social Europea de 1961 [732]. Junto al Convenio del Derechos Humanos, es de destacar el Protocolo nº 12 dado en Roma el 4 de noviembre de 2000 en el que se reafirma el principio de igualdad expresando el preámbulo que «el principio de no discriminación no impide a los Estados Parte tomar medidas en orden a la promoción de la igualdad plena y efectiva, a condición de que exista una justificación objetiva y razonable para estas medidas» [733].

El informe de explicación del Pacto expresa que «el principio de igualdad requiere que las situaciones iguales sean tratadas de igual forma y que las situaciones desiguales sean tratadas de forma diferente». No respetar esto significaría una discriminación a menos que exista una causa objetiva y razonable. El hecho de que existen grupos determinados o categorías de personas que tienen desventajas o que existen desigualdades de hecho pueden constituir justificaciones para la adopción de medidas en orden a promover la igualdad, a condición de que el principio de proporcionalidad sea respetado. De hecho, hay varios instrumentos internacionales que obligan o alientan a los Estados a la adopción de medidas positivas. Sin embargo, el Protocolo no impone ninguna obligación de adoptarlas. La noción de discriminación ha sido interpretada de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que expresa que una diferencia de

---

[732] (BOE 153/1980, de 26 junio 1980 Ref Boletín: 80/13567) Artículo 15. *Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.* Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o publicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

[733] Council of Europe. *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* Rome, 4.XI.2000 (ETS 177). España firmó el Convenio el 4 de octubre de 2005 pero todavía no ha sido ratificado.

trato es discriminatoria si no tiene justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un propósito legítimo o no hay una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el propósito perseguido para llevarlas a cabo [734].

La Primera Conferencia de Ministros responsables de las políticas de las personas con discapacidades (París, 7-8 de noviembre de 1991) dio lugar a una declaración final invitando al Comité de Ministros del Consejo de Europa a elaborar una recomendación que concluyó con la Rec nº R(92)6 sobre una política coherente para las personas con discapacidades [735]. En el momento actual, dicha Recomendación ha sido actualizada tras la Segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de políticas para la integración de las personas con discapacidades (Málaga, 7-8 de mayo de 2003) que dio lugar a la Rec(2006)5 del Comité de Ministros sobre el *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidades: mejorando la calidad de vida de las personas con discapacidades en Europa 2006-2015* [736]. La Recomendación expresa que ha cambiado la consideración de las personas con discapacidad de pacientes con necesidad de cuidados a personas que precisan remover barreras para tener un papel como miembros de la sociedad, cambiando el anterior paradigma del modelo médico hacia el modelo social y de derechos humanos [737]. El Plan reconoce el principio básico de que la sociedad tiene un deber hacia todos sus ciudadanos para asegurar que los efectos de la discapacidad son minimizados a través de soporte activo de estilos de vida saludables, entornos seguros, cuidados sanitarios adecuados, rehabilitación y comunidades sensibilizadas [738]. El objetivo principal del Plan es llevar a cabo la completa participación de las personas con discapacidad en la sociedad, introduciendo las cuestiones a la misma atinentes en todas las áreas de política [739]. Establece unas líneas de acción básicas entre las que se incluyen, entre otros, elementos referentes a la vida en la comunidad, atención sanitaria, rehabilitación, protección social, protección legal,

---

[734] Council of Europe. Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Rome,4.XI.2000 (ETS 177). Explanatory Report.

[735] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation No. R (92) 6 of the Committee of Ministers to member states on a coherent policy for people with disabilities* (Adopted by the Committee of Ministers on 9 April 1992 at the 474th meeting of the Ministers' Deputies)

[736] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015*. (Adopted by the Committee of Ministers on 5 April 2006 at the 961st meting of the Ministers' Deputies)

[737] We have moved from seeing the disabled person as a patient in need of care who does not contribute to society to seeing him/her as a person who needs the present barriers removed in order to take a rightful place as a fully participative member of society. Such barriers include attitudes and social, legal and environmental barriers. We therefore need to further facilitate the paradigm shift from the old medical model of disability to the social and human rights based model. (Appendix, 2.2. párrafo segundo)

[738] The Disability Action Plan acknowledges the basic principle that society has a duty towards all its citizens to ensure that the effects of disability are minimised through actively supporting healthy lifestyles, safer environments, adequate health care, rehabilitation and supportive communities (Appendix, 1.2.1, párrafo cuarto)

[739] (Appendix, 2.5. párrafo primero

protección contra la violencia o abuso, etc., a los que haremos referencia en otros apartados del presente trabajo. Los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades son eje central de este documento[740].

La Recomendación Rec(2004)10 sobre los principios concernientes a los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental[741], en su Parte II, contiene una serie de disposiciones generales referentes a aspectos como la no discriminación (artículo 3), el principio de protección de las personas vulnerables (artículo 7), el principio de la alternativa menos restrictiva (artículo 8)[742]. El artículo 10 expresa que «los Estados miembros deberán, teniendo en cuenta los recursos disponibles, tomar medidas para suministrar un elenco de servicios de calidad apropiada para cubrir las necesidades de salud mental de las personas con dichos trastornos considerando las diferentes necesidades de los distintos grupos de personas y asegurar el acceso equitativo a tales servicios». Igualmente dispone que «realizarán alternativas al internamiento involuntario y al tratamiento involuntario de la forma más amplia posible». La Recomendación también expresa que «asegurarán que las necesidades de cuidado físico de las personas con trastorno mental son evaluadas y que las mismas son atendidas con acceso equitativo a los servicios de calidad apropiada».

Igualmente dispone, en su artículo 11, que los profesionales deben tener apropiada preparación y cualificación, debiendo recibir preparación adecuada en: 1) protección de la dignidad, derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con trastorno mental; 2) comprensión, prevención y control de la violencia; 3) medidas para evitar el uso de contención o aislamiento; 4) en las circunstancias excepcionales en los que los diferentes métodos de contención o aislamiento estén justificados, tener en cuenta los beneficios y los riesgos que suponen y la correcta aplicación de tales medidas.

Por último, en lo que nos afecta, el artículo 12.1 establece como principios generales para el tratamiento de los trastornos mentales, que deben recibir tratamiento y cuidados suministrados por personal cualificado y fundado en un plan de tratamiento individualizado y apropiado. En la medida de lo posible, el plan de tratamiento debe ser preparado en consulta con la persona afectada y su opinión ser tomada en consideración. El plan será regularmente revisado y, si es necesario, modificado.

---

[740] Appendix, 2.7. Otros principios, no menos importantes son el de participación plena en la sociedad, respeto y aceptación de la diferencia como parte de la diversidad humana, dignidad y autonomía individual, incluyendo la libertad para realizar las propias decisiones, igualdad entre mujeres y hombres y participación de las personas con discapacidad en todas las decisiones concernientes a sus vidas, tanto en el plano individual como en el social, a través de sus organizaciones de representantes.

[741] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies)

[742] «Artículo 8. Principio de la menor restricción. Las personas con enfermedad mental tendrán el derecho a ser cuidadas en el entorno menos restrictivo disponible y con el tratamientos menos restrictivo o intrusivo disponible, considerando sus necesidades de salud y la necesidad de proteger la seguridad de terceros».

Estas recomendaciones, al igual que los principios de Naciones Unidas, tienen el carácter de mínimos, conforme a su artículo 1.2.

El capítulo VI de la Recomendación hace referencia al sistema penal[743]. El artículo 10, anteriormente reseñado, también señala que «aseguraran una provisión suficiente de establecimientos hospitalarios con apropiados niveles de seguridad y servicios comunitarios para cubrir las necesidades de salud de las personas con trastorno mental que están inmersas en el sistema de justicia penal».[744].

Sin embargo, pese a esta estructura de derechos humanos, lo cierto es que, como denuncia la Organización Mundial de la Salud, varios países no disponen de servicios adecuados y en otros los servicios sólo están disponibles para un segmento determinado de la población. En el 32% de los países no existen dispositivos de tratamiento comunitario definidos como «cualquier tipo de cuidado, supervisión y rehabilitación de pacientes mentales fuera del hospital por profesionales de salud y trabajadores sociales, orientado a la comunidad». El 30% de los países no tienen un presupuesto específico para salud mental. De los que lo tienen, el 20% gastan menos del 1% del total del presupuesto sanitario en salud mental. Existen marcadas diferencias regionales en el número de psiquiatras desde más de 10 por 100.000 a menos de 1 por 300.000. En el conjunto mundial, el 68'6% de las camas psiquiátricas están en hospitales psiquiátricos en vez de en hospitales generales u otros dispositivos comunitarios. La Organización Mundial recomienda que los cuidados de salud mental estén disponibles en el plano comunitario para cualquiera que los necesite[745].

---

[743] En lo que nos afecta, el artículo 34 establece que: «1. Bajo la ley penal, los tribunales pueden imponer el internamiento o el tratamiento para el trastorno mental lo consientan o no las personas afectadas. Los Estados miembros asegurarán que las personas puedan ejercer efectivamente el derecho a revisar la regularidad de la medida o su aplicación continuada, mediante revisión por los tribunales a intervalos razonables. Las restantes previsiones del capítulo III deben tomarse en consideración en tales internamientos o tratamientos, cualquier inaplicación de tales previsiones debe estar justificada. 2. Los tribunales efectuarán sus pronunciamientos referentes al internamiento o al tratamiento por trastorno mental con fundamento en estándares validos y fiables de pericia médica, considerando las necesidad para las personas con trastorno mental de ser tratadas en un lugar apropiado a sus necesidades de salud. Esta previsión se realiza sin perjuicio de la posibilidad, de acuerdo con la ley, de que el tribunal imponga evaluación psiquiátrica o programas de cuidado psicológico como una alternativa a la encarcelación o a la decisión final.»

[744] El informe de explicación reseña que sólo una porción muy pequeña de personas con trastorno mental comete infracciones penales graves. Para la protección de la comunidad, debe disponerse de centros con diferentes niveles de seguridad. Sin embargo, el principio de la alternativa menos restrictiva también es relevante aquí. Por ello, un abanico de establecimientos con altos, medios y bajos niveles de seguridad son necesarios para que tales personas sean ubicadas en centros apropiados a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad de terceros conforme a sus progresos durante el tratamiento. En algunos casos, una persona que no está inmersa en procedimientos penales puede representar un riesgo significativo de serio peligro para terceros, de acuerdo con este artículo, deben estar disponibles centros con niveles de seguridad adecuados para cubrir tales necesidades. Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies). Explanatory Report (CM(2004)97 Addendum 3 9 June 2004). Apartado 76.

[745] World Health Organization. *Mental Health, Human Rights and Legislation: WHO's Framework.* Disponible en Internet: WHOfact_sheet_mnh_hr_leg_2105[1].pdf

Por otro lado, en muchos países las personas con trastorno mental son encerradas en prisiones debido a la ausencia de servicios de salud mental o de diagnóstico y tratamiento de tal condición. Los trastornos de estos presos continúan por ello sin ser advertidos, sin diagnóstico y sin tratamiento. La Organización Mundial de la Salud recomienda que con las personas con trastornos mentales se apliquen mecanismos diversos del sistema de justicia penal, dirigidos hacia los servicios de salud mental.

Incluso los Estados con amplios niveles de desarrollo, la aplicación de estos principios es bastante desigual. En los Estados Unidos, por ejemplo, es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Olmstead v. L.C.* que concluye que, bajo el Título II de la *American with Disabilities Act* de 1990,

> Los Estados están obligados a suministrar tratamiento en la comunidad para las personas con discapacidades mentales cuando los profesionales determinen que tal posibilidad es apropiada, el afectado no se oponga a tal tratamiento y la ubicación pueda realizarse adecuadamente, teniendo en consideración los recursos disponibles para el Estado y las necesidades de otras personas con discapacidad [746].

La sentencia, que reconoció que el internamiento injustificado de las personas con discapacidades es una forma de discriminación, estimó que el deber del Estado para suministrar tales servicios no es absoluto. El Estado puede alegar que le ocasiona una alteración fundamental (*fundamental-alteration defense*), para lo cual debe considerarse el coste de los servicios, la disponibilidad de los recursos, la necesidad de disponer de diferentes servicios de una manera imparcial atendidas las necesidades de las diferentes tipos de discapacidades. Si el Estado demuestra que ha realizado un plan de trabajo efectivo para reubicar a las personas en entornos menos restrictivos en atención a una lista de espera que evolucione en una marcha razonable, la defensa es lícita. Por descontado, el tenor de la Sentencia no implica que deba situarse a personas institucionalizadas en entornos inapropiados ni que no existan personas cuyo emplazamiento fuera de la Institución sea imposible atendidas sus circunstancias. Para estas últimas personas deberán existir recursos adecuados.

---

[746] *Tommy Olmstead, Commissioner, Georgia Department of Human resources, et al., petitioners v. L.C., by Jonathan Zimring, guardian ad litem and next friend, et al.* (527 U.S. 581 [1999] de 22 de junio de 1999) (FINDLAW). Las demandantes L.C. y E.W. son personas afectadas de retraso mental. La primera diagnosticada de esquizofrenia y la segunda de trastornos de la personalidad. Ambas con historial de internamientos. En mayo de 1992, L.C. fue internada en el *Georgia Regional Hospital* en Atlanta donde fue ingresada para tratamiento en unidad psiquiátrica. En mayo de 1993 su situación psiquiátrica se estabilizó y el equipo de tratamiento convino en que sus necesidades podían satisfacerse en un programa comunitario. A pesar de esta evaluación, permaneció institucionalizada hasta febrero de 1996, cuando el Estado la ubicó en un programa de estas características. E.W. fue internada en febrero de 1995 para tratamiento en unidad psiquiátrica. En 1996 su psiquiatra concluyó que podía ser tratada adecuadamente en un entorno comunitario, sin embargo permaneció institucionalizada hasta que el tribunal del Distrito juzgó el caso en 1997.

El impacto de la Sentencia fue importante. El Presidente Bush dictó una orden ejecutiva el 18 de junio de 2001 para la implantación de las medidas acordadas en la Sentencia con un importante complemento presupuestario. Ha supuesto también algunas decisiones judiciales en las que se anularon decisiones basadas en los programas Medicaid que suponían la institucionalización de personas por exceder el cuidado comunitario el coste de los servicios asignados por el programa [747]. No obstante lo anterior, la aplicación real de estas medidas por los diferentes Estados, en particular en lo concerniente a las personas con enfermedad mental, está siendo lenta [748]. Es de reseñar, sin embargo, que en los Estados en que se está implantando medidas legales para tratamientos externos involuntarios, como Nueva York, o medidas exclusivamente de tratamiento asertivo, como Maryland, se están realizando considerables esfuerzos presupuestarios para la realización de programas adecuados [749].

1.3.2. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

En 2001, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas reconoció que, a pesar de los esfuerzos realizados para aumentar la cooperación y la integración, no habían sido suficientes para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política. En consecuencia, la Asamblea decidió establecer un Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, tomando como base un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Desarrollo Social [750]. La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también consideró que un instrumento de esa naturaleza

---

[747] Así, *Sanon v. Wing* (N.Y. Sup. Ct. de 25 de febrero de 2000, nº 403296/98) en el que un tribunal de Nueva York anuló la decisión de la Agencia de finalizar un servicio de 24 horas para 3 mujeres debido a una ley estatal que prohibía tales servicios si el coste excedía del 90 % del coste medio de un servicio residencial.

[748] Mathis, Jennifer. «Community Integration of Individuals with Disabilities: An Update on Olmstead Implementation». *Clearinghouse Review: Journal of Poverty Law and Policy*. Washington, noviembre-diciembre 2001, páginas 395 a 410 y Mathis, Jennifer. Where Are We Five Years After Olmstead*? Clearinghouse Review: Journal of Poverty Law and Policy*. Washington, enero-febrero 2005, páginas 561 a 582.

[749] Sirica, Coimbra, *Outpatient Commitment in Mental Health: Is coercion the price of community services? National Health Policy Forum* (Washington, DC, 11 de julio de 2000)

[750] Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General. *Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*. Resolucion 56/168 de 19 de diciembre 2001. A la anterior siguieron un buen número de resoluciones anuales: A/RES/57/229, 18 de diciembre de 2002 (disponible en internet:
http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/554/34/PDF/N0255434.pdf?OpenElement);
A/RES/58/246, 23 de diciembre de 2003 (disponible en internet:
http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/509/31/PDF/N0350931.pdf?OpenElement); A/RES/59/198, 20 de diciembre de 2004 (disponible en internet:

podría reforzar la protección que ya dispensan los tratados de derechos humanos en vigor adaptando las normas actuales sobre derechos humanos a la situación y las necesidades particulares de las personas con discapacidad[751].

La primera reunión tuvo lugar en agosto de 2002 y el borrador del texto comenzó en mayo de 2004, lográndose un acuerdo sobre el texto en agosto de 2006. La Convención constituye el primer nuevo tratado sobre derechos humanos del siglo XXI y fue realizada con la participación activa de las Organizaciones de personas con discapacidad[752].

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 (A/RES/61/106) junto con un Protocolo Facultativo[753]. El artículo 42 expresa que la Convención estará abierta a la firma de todos los Estados y organizaciones regionales de integración en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, a partir del 30 de marzo de 2007. El artículo 45 expresa que la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.

La Convención no crea nuevos derechos sino que expresa los existentes de una manera que comprenda las necesidades y situaciones de las personas con discapacidad. En sí, bastarían los derechos enumerados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos para proteger a cualquier persona pero, en la práctica, ciertos grupos, como las mujeres, los niños y los refugiados han sufrido más que otros y, por ello, se han elaborado instrumentos internacionales para su protección. De igual manera, los 650 millones de personas con discapacidad que viven en el mundo, alrededor del 10 %, no disfrutan de las mismas oportunidades que el resto de la población. La entrada en vigor del nuevo instrumento, a juicio del CERMI, tendrá las siguientes consecuencias[754]:

---

http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/488/17/PDF/N0448817.pdf?OpenElement); A/RES/60/232, 23 diciembre de 2005 (disponible en internet:
http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/501/55/PDF/N0550155.pdf?OpenElement).

[751] Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el Estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.* 61º período de sesiones (E/CN.4/2005/82) 30 de diciembre de 2004.

[752] Véase, en este sentido, International Disability Caucus. *Mensaje del Caucus Internacional de la Discapacidad en la 61ª Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006.* (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/convdocs/idcgasts.doc). El Caucus Internacional de la Discapacidad representa a más de 70 organizaciones internacionales, regionales y nacionales de personas con discapacidad y organizaciones no gubernamentales aliadas.

[753] El objeto del Protocolo Facultativo es el reconocimiento de la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención o en nombre de esas personas o grupos de personas. Los Estados y las organizaciones regionales de integración son libres de ratificar o adherirse al citado Protocolo con independencia de que hayan ratificado la Convención.

[754] Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). *Claves para entender la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Disponible en Internet:* http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/71F353B1-DDB9-4217-A2C8-99F4D7876EBD/9258/ClavesparaentenderlaConvención.doc)

- Que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Que las personas con discapacidad no son «objeto» de políticas caritativas o asistenciales, sino que son «sujetos» de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la «buena voluntad» de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos.
- Aumentar la visibilidad de las personas con discapacidad, tanto en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas (que hasta ahora no las contemplaba como grupo dentro de un instrumento jurídico vinculante de su sistema de protección de derechos humanos), como en la sociedad en general.
- Aclarar las obligaciones por parte de los Estados Parte hacia las personas con discapacidad. Entre ellas, las de realizar las modificaciones legislativas necesarias en el ámbito nacional para implementar sus obligaciones legales derivadas de este nuevo instrumento internacional.
- Como herramienta jurídica, a la hora de presentar o iniciar acciones legales o reclamos judiciales. La Convención supone en este ámbito una nueva herramienta judicial, que formará parte del ordenamiento jurídico interno español una vez ratificada.
- Finalmente, este instrumento tendrá una labor didáctica. Esto incluye, en un primer nivel, la difusión de la Convención como herramienta jurídica y su utilidad en el ámbito del movimiento asociativo –ONG de discapacidad y sus familias- y en el de los derechos humanos –ONG de derechos humanos-. Un segundo nivel sería el nivel de educación para la ciudadanía. El tercer nivel sería el académico.

Obviamente, el estudio de la Convención exigiría un tratamiento más amplio que el que puede realizarse en el presente epígrafe que va a centrarse en los aspectos referentes a la igualdad y a los derechos sociosanitarios. Como expresa el artículo 1 de la Convención, su propósito es:

> Promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

El Preámbulo de la Convención expresa que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Igualmente, reconoce la diversidad de las personas con discapacidad y la necesidad de proteger los derechos humanos de estas, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso. El artículo 1, párrafo segundo, de la Convención expresa que *las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales,*

intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

En lo que concierne a la igualdad, el artículo 5 expresa que

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Por «ajustes razonables» se entienden las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (artículo 2). La no discriminación y la igualdad de oportunidades forman parte de los principios generales contenidos en el artículo 3 junto con otros, no menos importantes, que son el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas y la accesibilidad. Los principios también se ocupan de las cuestiones de igualdad por razón de género y la atención a los derechos de los niños y niñas.

El artículo 4.2 expresa, dentro de las obligaciones generales, que *con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.* Como vemos, la Convención no se aparta del esquema general del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que examinamos con anterioridad.

En lo que afecta a la salud, en lo que nos atañe, el artículo 25 expresa que *los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso*

de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación. Lo anterior incluye *proporcionar los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente* como consecuencia de la misma y que estos se encuentren lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales.

El artículo 26 exige a los Estados Partes que adopten medidas para que las personas con discapacidad *puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.* Con este objeto los firmantes tienen la obligación de organizar, intensificar y ampliar *servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales.*

Por último, cabe destacar que la Convención establece distintos sistemas de seguimiento entre los que destaca la obligación impuesta en el artículo 33 a los Estados Partes de designar uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención, estableciendo mecanismos independientes de supervisión con participación de la sociedad civil y de las personas con discapacidad y sus organizaciones, la supervisión internacional a llevar a cabo por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, regulada en los artículos siguientes, y la Conferencia de los Estados Partes, regulada en su artículo 40. Para los Estados que, además, sean parte del Protocolo Facultativo, estará abierta la posibilidad de reclamaciones al Comité por violación de cualquiera de las disposiciones de la Convención presentadas por las propias personas con discapacidad o sus organizaciones representativas.

1.3.3. Incorporación de estos principios al ordenamiento jurídico español

*El objetivo de la estrategia a largo plazo de la Unión Europea sobre disca*pacidad, que pretende amparar los derechos a la dignidad, la igualdad de trato, la vida independiente y la participación en la sociedad de las personas con discapacidad *es la igualdad de oportunidades*[755]. La estrategia de la UE se estructura en torno a tres pilares: 1) legislación y medidas contra la discriminación, que dan acceso a los derechos individuales; 2) eliminación de las barreras físicas que impiden que

[755] Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007. Bruselas, 28.11.2005. COM(2005) 604 final. La Comunicación señala objetivos y acciones prioritarios para la segunda fase (2006-2007) del plan de acción, haciendo especial hincapié en la inclusión activa de las personas con discapacidad. Constituye asimismo el primero de los informes sobre la situación general de las personas con discapacidad en la UE que la Comisión se comprometió a publicar cada dos años con ocasión del Día europeo de las personas con discapacidad. Su propósito es servir de instrumento para los responsables políticos de toda Europa, completando y enriqueciendo sus medidas y actuaciones.

las personas con discapacidad puedan desarrollar su potencial y 3) incorporación de los aspectos relacionados con la discapacidad en la amplia gama de políticas comunitarias para facilitar la inclusión activa de estas personas.

El plan de acción europeo sobre la discapacidad, adoptado por la Comisión Europea[756] para dar un seguimiento coherente en la Europa ampliada a las medidas del Año Europeo de las personas con discapacidad, aporta un marco dinámico para desarrollar la estrategia de la UE en materia de discapacidad. *Las medidas relacionadas con la discapacidad son esencialmente competencia de los Estados miembros*, pero las políticas y acciones comunitarias repercuten de diversos modos en la situación de las personas con discapacidad. El Consejo así lo ha reconocido[757], y ha recomendado a los Estados miembros que tengan plenamente en cuenta el plan de acción al desarrollar sus políticas nacionales en materia de discapacidad.

El plan de acción se articula en torno a tres objetivos operativos: 1) la plena aplicación de la Directiva sobre igualdad en el empleo; 2) la incorporación con éxito de los aspectos relacionados con la discapacidad en las políticas comunitarias pertinentes, y 3) la mejora de la accesibilidad para todos. El plan de acción cubre el período 2004-2010 en fases sucesivas, cada una de las cuales pone de relieve una serie de prioridades interrelacionadas. La fase 1 se desarrolla entre 2004 y 2005; la fase 2, de 2006 a 2007.

La segunda fase (2006-2007) se centrará en la inclusión activa de las personas con discapacidad, tomando como base la noción ciudadana de discapacidad que se refleja en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión[758] y los valores que se consagran en la futura Convención de las Naciones Unidas para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Esta noción ciudadana implica que las personas con discapacidad han de tener las mismas opciones individuales y el mismo control sobre su vida cotidiana que las demás. Esto refuerza la idea de que se necesita un entorno que les permita ser más independientes. Por ello, las personas con discapacidad y sus necesidades como individuos son el punto central de la oferta de servicios de asistencia y apoyo. La vida independiente de las personas con discapacidad se promoverá al amparo de las cuatro prioridades con las acciones siguientes:

- Estimular la actividad. Un punto clave de la estrategia de Lisboa revisada sobre el empleo es «atraer a más personas al trabajo y retenerlas, aumentar la oferta de mano de obra y modernizar los sistemas de protección social». Por ello, aumentar las tasas de actividad de las personas con discapacidad seguirá siendo una prioridad.

---

[756] COM(2003) 650 final de 30.10.2003

[757] Conclusiones del Consejo de 1.12.2003; documento del Consejo 15206/03

[758] Artículo 26: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.»

- Promover el acceso a servicios asistenciales y de apoyo de calidad.
- Fomentar la accesibilidad de bienes y servicios
- Aumentar la capacidad de análisis de la UE. Para comprender la evolución de la situación de las personas con discapacidad y la manera en que esa evolución afecta a otros ámbitos políticos se requiere una recopilación de datos estadísticos fiables y comparables.

El segundo de los aspectos referenciados es el que nos concierne a los efectos de nuestra exposición. Entre las medidas comunitarias integradas ocupará un lugar central la promoción de unos servicios sociales y asistenciales de calidad, asequibles y accesibles, con la consolidación de las disposiciones en materia de protección social e inclusión social. Ante los grandes cambios que afectan a la estructura de los hogares y someten a las unidades familiares a nuevas exigencias, surgen muchas preguntas sobre las mejores estrategias y medidas para ofrecer servicios de asistencia y de cuidados prolongados, entre los que se incluyen los prestados a las personas con discapacidad de edad avanzada.

En su Libro Blanco sobre los servicios de interés general [759], la Comisión anunció su propósito de adoptar en 2005 una Comunicación sobre los servicios sociales y sanitarios de interés general que señale sus características específicas y aclare el marco en el que operan. También van a explorarse los aspectos de calidad de los servicios sociales relacionados con la discapacidad, incluida la necesidad de promover la provisión coordinada de servicios.

Por otra parte, la Comisión va a presentar una propuesta encaminada a armonizar los distintos métodos abiertos de coordinación en los ámbitos de la protección social y la inclusión social, y desarrollará la cooperación política en materia de asistencia sanitaria y de larga duración paralelamente al trabajo que ya realiza sobre inclusión social y pensiones. De este modo se podrán abarcar aspectos destacados de las políticas de protección social, como el acceso a sistemas integrados de cuidados y apoyo.

Se seguirá respaldando la búsqueda de otras soluciones para las personas con discapacidad ingresadas en grandes residencias. Asimismo, se estimulará un sector asistencial que persiga un buen equilibrio entre seguridad, libertad e independencia.

El Comité Económico y Social Europeo ha instado a la Comisión a que proponga una Directiva específica sobre la discapacidad tras un proceso que incluya un estudio de viabilidad sobre el desarrollo de una legislación no discriminatoria en el nivel europeo [760]. El Comité coincide en señalar la importancia de los objetivos seleccionados para la segunda fase del plan de acción y apoya positivamente que

[759] COM(2004) 374 de 12 de mayo de 2004

[760] Comité Económico y Social Europeo. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Situación de las personas con discapacidad en la unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007*. Bruselas, 20 de abril de 2006

la Comisión garantice su apoyo a la vida independiente, a la desinstitucionalización y a la no segregación de las personas que viven en grandes instituciones de alojamiento. El Comité también ha expresado que tener una vida independiente no implica sólo vivir realmente en sociedad sino también participar con plenos derechos en la sociedad. La vida independiente significa la plena participación en todos los aspectos de la sociedad. El Comité considera que toda medida de revisión de los servicios de asistencia debería promover la vida independiente para las personas con discapacidad. En la nueva estrategia de asistencia a largo plazo y en la nueva estrategia de protección social debería incluirse un objetivo específico de desinstitucionalización y de desarrollo de alternativas basadas en la vida en comunidad. Estas alternativas deberían incluir iniciativas como asistentes personales, dispositivos de asistencia, servicios de apoyo, información, acompañamiento, participación de personas con discapacidad en los propios servicios de asistencia, etc. Por último, también subraya la necesidad de mejora de las normas sobre la calidad de los servicios y que el método abierto de coordinación en materia de salud debería tener también en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y sus derechos fundamentales de acceso a los servicios.

La Constitución Española, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el art. 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como el art. 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su art. 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

Desde el comienzo del proceso de transferencias, las distintas Comunidades Autónomas han venido ocupándose, en los planos normativo y presupuestario, de la atención a las personas con discapacidad. Muestra de ello son, por ejemplo, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad de Andalucía[761] o Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad[762]. En ambas disposiciones se contienen preceptos destinados a la exigencia de no discriminación e igualdad de oportunidades y normas generales sobre el marco sociosanitario. El estudio de este proceso excedería del propósito del presente epígrafe que va a centrarse en las tres disposiciones fundamentales que configuran el actual marco estatal de la igualdad en el acceso a los servicios sociosanitarios en España: La ley 51/2003,

[761] BOE 107/1999, de 5 de mayo. Ref. Boletín 99/10046 (EDL 1999/61270)
[762] BOE 122/2003, de 22 mayo 2003 Ref Boletín: 03/10295 (EDL 2003/6353)

de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[763], la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[764] y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia[765].

La Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 expresó que, transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se consideraba necesario promulgar otra norma legal, que la complementara y sirviera de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Dos razones justificaban esta nueva ley: la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al esfuerzo hecho a partir de aquella ley, y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la «discapacidad» y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos.

La ley se estructura en tres capítulos, cuatro disposiciones adicionales y trece disposiciones finales. En el capítulo I se recogen las disposiciones generales que se refieren a su objeto, quiénes son los titulares de los derechos y los principios que la inspiran. El capítulo II incluye el establecimiento de medidas para garantizar que el derecho a la igualdad de oportunidades sea efectivo. El capítulo III instituye una serie de medidas para llevar a cabo una política de equiparación, más allá de las que se reconocen en el capítulo II. Estas medidas son básicamente de dos tipos: de fomento y de defensa. El fomento contempla medidas de sensibilización, de fomento del desarrollo tecnológico y fondos para el desarrollo conjunto con otras Administraciones de proyectos innovadores, que se articularán y desarrollarán mediante planes estatales de accesibilidad y de no discriminación. Entre las medidas de defensa, por su sencillez, rapidez y comodidad para las partes, se potencia el recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos que puedan surgir. Las personas que hayan sufrido discriminación basada en la discapacidad han de disponer de una protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél. Con esta misma finalidad de asegurar un nivel de protección más efectivo, se legitima a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos para que puedan intervenir en procesos en nombre del demandante y con

[763] BOE 289/2003, de 3 diciembre 2003 Ref Boletín: 03/22066 (EDL 2003/136325)
[764] BOE 128/2003, de 29 mayo 2003 Ref Boletín: 03/10715 (EDL 2003/9794)
[765] BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, páginas 44142 a 44156

su consentimiento. Destacamos, por último, que, para garantizar el establecimiento de las medidas, disposiciones finales contienen mandatos explícitos de desarrollo y aplicación en fases y tiempos.

El artículo 1 de la ley expresa que esta tiene por objeto:

> Establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución.
>
> A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

La ley considera «personas con discapacidad» a *aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento* equiparando a las mismas a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad[766].

La ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. La ley se dirige a ámbitos concretos entre los que se incluyen los servicios a disposición del público.

Como garantía del derecho a la igualdad de oportunidades, los poderes públicos deben establecer dos tipos de medidas: medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Las «medidas contra la discriminación» son aquellas que tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada da una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable. Se entiende que existe discriminación indirecta *cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.* Las medidas contra la discriminación pueden consistir en prohibición de conductas discriminatorias y

[766] El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, *por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (BOE núm 300 de 16 de diciembre de 2006, págs. 44285 a 44286) precisa el alcance de esta equiparación fijando unos criterios homogéneos para todo el Estado en cuanto actuaciones y acreditación

de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables [767].

Las «medidas de acción positiva» son aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. El artículo 8.2 expresa que:

> Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

Igualmente reseña que, en el marco de la política oficial de protección a la familia, los poderes públicos adoptarán medidas especiales de acción positiva respecto de las familias alguno de cuyos miembros sea una persona con discapacidad.

Las medidas de acción positiva pueden consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Dichas medidas tienen naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias.

Por último, señalar que la ley determina, en su artículo 10, que el Gobierno, sin perjuicio de las competencias correspondientes a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, debe regular unas condiciones básicas de accesibilidad y

---

[767] El artículo 7 de la ley define estos conceptos: a) *Conducta de acoso*: toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. b) *Exigencias de accesibilidad*: los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos. c) *Ajuste razonable*: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el art. 17, de esta ley, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda.

no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad y que ésta será gradual en el tiempo y en el alcance y el contenido de las obligaciones impuestas[768]. Se establecerán teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la ley.

El objeto de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud[769], conforme a su artículo 1, es establecer el marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud. La Exposición de Motivos concreta estos últimos conceptos:

a) *Equidad*, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.
b) *Calidad*, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores de sistema.
c) Y, por último, *participación ciudadana*, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias.

---

[768] La Disposición Final Sexta de la ley se refiere a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público: «1. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno aprobará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, según lo previsto en el art. 10 de esta ley, para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad. Dichas condiciones básicas serán obligatorias según el calendario siguiente: a) En los bienes y servicios nuevos de titularidad pública, en el plazo de cinco a siete años desde la entrada en vigor de esta ley; en los nuevos de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas, en el plazo de siete a nueve años; y en el resto de bienes y servicios de titularidad privada que sean nuevos, en el plazo de 15 a 17 años. b) En los bienes y servicios ya existentes y que sean susceptibles de ajustes razonables, tales ajustes deberán realizarse en el plazo de 12 a 14 años desde la entrada en vigor de esta ley, cuando sean bienes y servicios de titularidad pública o bienes y servicios de titularidad privada que concierten o suministren las Administraciones públicas, y en el plazo de 15 a 17 años, cuando se trate del resto de bienes y servicios de titularidad privada. 2. En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno deberá realizar los estudios integrales sobre la accesibilidad a bienes o servicios que se consideren más relevantes desde el punto de vista de la no discriminación y accesibilidad universal».

[769] BOE 128/2003, de 29 mayo 2003 Ref Boletín: 03/10715 (EDL 2003/9794)

Del amplio contenido de la norma, destacamos su capítulo I que hace referencia a la ordenación de las prestaciones (catálogo y cartera de servicios, financiación, prestaciones concretas) al desarrollo de la cartera de servicios y a las garantías de las prestaciones, entre las que destacamos las de accesibilidad en condiciones de igualdad y la de tiempo (tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud).

De las distintas prestaciones, vamos a destacar, a los fines de nuestro estudio:

- La *prestación de atención primaria* que constituye el nivel básico e inicial de atención, que garantiza la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida del paciente, actuando como gestor y coordinador de casos y regulador de flujos. Comprende actividades de promoción de la salud, educación sanitaria, prevención de la enfermedad, asistencia sanitaria, mantenimiento y recuperación de la salud, así como la rehabilitación física y el trabajo social. La atención primaria comprende, entre otras, la atención a la salud mental, en coordinación con los servicios de atención especializada (artículo 12.2.h).
- La *prestación de atención especializada* comprende actividades asistenciales, diagnósticas, terapéuticas y de rehabilitación y cuidados, así como aquéllas de promoción de la salud, educación sanitaria y prevención de la enfermedad, cuya naturaleza aconseja que se realicen en este nivel. La atención especializada garantizará la continuidad de la atención integral al paciente, una vez superadas las posibilidades de la atención primaria y hasta que aquél pueda reintegrarse en dicho nivel. La atención sanitaria especializada comprende, entre otras, la atención a la salud mental. (artículo 13.2.g). La atención especializada debe prestarse, siempre que las condiciones del paciente lo permitan, en consultas externas y en hospital de día.
- La *prestación de atención sociosanitaria*, regulada en el artículo 14 de la Ley, que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social. En el ámbito sanitario, la atención sociosanitaria se lleva a cabo en los niveles de atención que cada comunidad autónoma determina y en cualquier caso comprende: a) los cuidados sanitarios de larga duración; b) la atención sanitaria a la convalecencia; c) la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. La continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las Administraciones públicas correspondientes.

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

El artículo 20.2 de la Ley establece que en el seno del Consejo Interterritorial se acordará la cartera de servicios correspondiente al catálogo de prestaciones que se aprobará mediante Real Decreto y que las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, podrán aprobar sus respectivas carteras, que incluirán cuando menos la del Sistema Nacional de Salud, remitiendo también el artículo 21 el procedimiento de actualización al desarrollo reglamentario. Este desarrollo se ha producido con el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización[770].

El R. D. 1030/2006 establece que la cartera de servicios comunes del sistema Nacional de Salud es el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias. El artículo 2.4 del R. D. establece que los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la cartera de servicios comunes siempre que exista una indicación clínica y sanitaria para ello, en condiciones de igualdad efectiva, al margen de que se disponga o no de una técnica, tecnología o procedimiento en el ámbito geográfico en el que residan. El R. D. regula, en sus anexos, entre otras, las prestaciones de atención primaria y atención especializada pero no recoge la prestación de atención sociosanitaria.

El anexo II del R. D. regula la cartera de servicios comunes de atención primaria. Tras reiterar la definición del artículo 12 de la ley, anteriormente reseñada, expresa que todas estas actividades, dirigidas a las personas, a las familias y a la comunidad, bajo un enfoque biopsicosocial, se prestan por equipos interdisciplinares, garantizando la calidad y accesibilidad a las mismas, así como la continuidad entre los diferentes ámbitos de atención en la prestación de servicios sanitarios y la coordinación entre todos los sectores implicados. Las administraciones sanitarias con competencias en la gestión de esta prestación son las que determinan la forma de proporcionarla en su ámbito. En lo que concierne a la salud mental, el apartado 8 del anexo recoge lo siguiente:

> 8. Atención a la salud mental en coordinación con los servicios de atención especializada
> Incluye:
> 8.1. Actividades de prevención y promoción, consejo y apoyo para el mantenimiento de la salud mental en las distintas etapas del ciclo vital.
> 8.2. Detección, diagnóstico y tratamiento de trastornos adaptativos, por ansiedad y depresivos, con derivación a los servicios de salud mental en caso de quedar superada la capacidad de resolución del nivel de atención primaria.

[770] BOE núm. 222 de 16 de septiembre de 2006, páginas 32650 a 32679

8.3. Detección de conductas adictivas, de trastornos del comportamiento y de otros trastornos mentales y de reagudizaciones en trastornos ya conocidos, y, en su caso, su derivación a los servicios de salud mental.
8.4. Detección de psicopatologías de la infancia/adolescencia, incluidos los trastornos de conducta en general y alimentaria en particular, y derivación en su caso al servicio especializado correspondiente.
8.5. Seguimiento de forma coordinada con los servicios de salud mental y servicios sociales de las personas con trastorno mental grave y prolongado.

El anexo III regula la cartera de servicios comunes de atención especializada, cuyo apartado 7 también se refiere a la atención a la salud mental:

7. Atención a la salud mental. Comprende el diagnóstico y seguimiento clínico de los trastornos mentales, la psicofarmacoterapia, las psicoterapias individuales, de grupo o familiares (excluyendo el psicoanálisis y la hipnosis), la terapia electroconvulsiva y, en su caso, la hospitalización. La atención a la salud mental, que garantizará la necesaria continuidad asistencial, incluye:

7.1. Actuaciones preventivas y de promoción de la salud mental en coordinación con otros recursos sanitarios y no sanitarios.
7.2. Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales agudos y de las reagudizaciones de trastornos mentales crónicos, comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales o familiares y la hospitalización cuando se precise.
7.3. Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales crónicos, incluida la atención integral a la esquizofrenia, abarcando el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales y familiares y la rehabilitación.
7.4. Diagnóstico y tratamiento de conductas adictivas, incluidos alcoholismo y ludopatías.
7.5. Diagnóstico y tratamiento de los trastornos psicopatológicos de la infancia/adolescencia, incluida la atención a los niños con psicosis, autismo y con trastornos de conducta en general y alimentaria en particular (anorexia/bulimia), comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones psicoterapéuticas en hospital de día, la hospitalización cuando se precise y el refuerzo de las conductas saludables.
7.6. Atención a los trastornos de salud mental derivados de las situaciones de riesgo o exclusión social.
7.7. Información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador/a principal.

La financiación de estas prestaciones se lleva a cabo por las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de

financiación autonómica vigente[771]. Es necesario reseñar, finalmente, que la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias*[772], establece unos principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos en relación a los medios, recogidos en su artículo 5. 1, que se concretan en dos principales:

a) Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables.
b) Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia tiene por objeto *regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.*

La norma define la situación de dependencia como

> El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas

[771] Artículo 10 de la Ley 16/2003 y 2.6 del R. D. 103072006. Ténganse en cuenta las disposiciones del Real Decreto 1207/2006, de 20 de octubre, *por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria* (BOE 252/2006, de 21 octubre 2006 Ref Boletín: 06/18375; EDL 2006/273376) cuyo artículo 1 expresa que tiene por objeto establecer los criterios y procedimientos para la adecuada gestión y distribución del Fondo de cohesión sanitaria, establecido en el art. 4.B.c) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía. El artículo 2 especifica las actividades objeto de compensación por el Fondo: 1. Se compensará a las comunidades autónomas, con cargo al Fondo de cohesión sanitaria, por la asistencia sanitaria prestada en los casos y por las cuantías que se determinan en este real decreto: a) Asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas. b) Asistencia sanitaria a asegurados desplazados a España en estancia temporal, con derecho a asistencia a cargo de otro Estado, que pertenezcan a países de la Unión Europea o a otros con los cuales España tenga firmados acuerdos bilaterales en esta materia. c) Asistencia sanitaria a pacientes residentes en España derivados entre comunidades autónomas para su atención en centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud. 2. La financiación de la asistencia sanitaria prestada a pacientes residentes en otras comunidades autónomas, en los supuestos no contemplados en este real decreto, se efectuará conforme al sistema general previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

[772] BOE 280/2003, de 22 noviembre 2003 Ref Boletín: 03/21340 EDL 2003/127263

> a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Observamos como en la definición se incluyen expresamente a las personas con enfermedad mental. La regulación matiza que, por «autonomía», se entiende *la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria,* que por «actividades básicas de la vida diaria» se consideran *las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencilla* y que por «necesidades de apoyo para la autonomía personal» se estiman *las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad.*

El artículo 26 clasifica tres grados de dependencia que, a su vez, se subdividen cada uno en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requieren:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

La valoración de la situación de dependencia se efectuará por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir, mediante la aplicación de un baremo que tendrá en cuenta la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud adoptada por la Organización Mundial de la Salud. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades

básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental y considerará los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva. El baremo se aprobará mediante Real Decreto. Los criterios de composición y actuación de los órganos de valoración también serán comunes para todo el Estado.

El Sistema garantiza las condiciones básicas y el contenido común, sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, optimiza los recursos disponibles y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.

La protección se articula en tres niveles:

1) El nivel de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado.
2) El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los correspondientes Convenios.
3) El nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma.

La ley crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema. El Estado asume la financiación íntegra del nivel de protección mínimo. En el marco de los convenios, se determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones en el segundo nivel de protección aunque se establece que la aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado por los niveles 1 y 2. Los beneficiarios de las prestaciones participan en la financiación del coste de acuerdo con su capacidad económica pero ningún ciudadano podrá ser excluido de la cobertura por no disponer de recursos.

El reconocimiento del derecho a las prestaciones del Sistema se realiza mediante resolución expedida por la Administración Autonómica que corresponda a la residencia del solicitante y tendrá validez para todo el Estado. La resolución determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según el grado y nivel de dependencia [773]. La ley establece lo que se denomina el «programa individual de atención» *en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.* Dicho

[773] Artículo 28

programa individual se establece por los servicios sociales correspondientes del sistema público. Tanto el grado o nivel de dependencia, como las prestaciones y el programa individual son revisables en las condiciones previstas en los artículos 29 y 30 de la ley.

Las prestaciones de dependencia se orientan a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal, en un marco de efectiva igualdad de oportunidades, de acuerdo con los objetivos de facilitar una existencia autónoma en el medio habitual por todo el tiempo que la persona con discapacidad desee y sea posible y de proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad[774]. Las prestaciones pueden articularse en servicios o prestaciones económicas:

1) Los servicios se enumeran en un Catálogo en el artículo 15 y se prestan a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados. La prioridad al acceso de tales servicios viene determinada por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante. Los criterios para determinar la intensidad de protección de estos servicios y su compatibilidad se fijan por el Consejo Territorial del Sistema para su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto. Los servicios se regulan sin perjuicio de lo previsto en el art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud sobre la prestación de atención sociosanitaria. El Catálogo comprende los siguientes servicios:
   a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal[775].
   b) Servicio de Teleasistencia[776].

[774] Artículo 13

[775] Artículo 21. Prevención de las situaciones de dependencia. Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos. Con este fin, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores.

[776] Artículo 22. Servicio de Teleasistencia. 1. El servicio de Teleasistencia facilita asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento. Puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio. 2. Este servicio se prestará a las personas que no reciban servicios de atención residencial y así lo establezca su Programa Individual de Atención.

c) Servicio de Ayuda a domicilio [777]:
   (i) Atención de las necesidades del hogar.
   (ii) Cuidados personales.
d) Servicio de Centro de Día y de Noche [778]:
   (i) Centro de Día para mayores.
   (ii) Centro de Día para menores de 65 años.
   (iii) Centro de Día de atención especializada.
   (iv) Centro de Noche.
e) Servicio de Atención Residencial [779]:
   (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
   (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

2) Las prestaciones económicas, sujetas a la inscripción en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas [780], son de tres tipos [781]:

a) Prestación económica vinculada al servicio. Se trata de una prestación de carácter periódico que se reconocerá únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado previsto en el Programa Individual de Atención. La prestación está vinculada a la adquisición del servicio y es de carácter personal.

---

[777] Artículo 23. Servicio de Ayuda a Domicilio. El servicio de ayuda a domicilio lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función: a) Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros. b) Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria.

[778] Artículo 24. Servicio de Centro de Día y de Noche. 1. El servicio de Centro de Día o de Noche ofrece una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores. En particular, cubre, desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal. 2. La tipología de centros incluirá Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores, Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen y Centros de Noche, que se adecuarán a las peculiaridades y edades de las personas en situación de dependencia.

[779] Artículo 25. Servicio de Atención residencial. 1. El servicio de atención residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. 2. Este servicio se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona. 3. La prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales. 4. El servicio de atención residencial será prestado por las Administraciones Públicas en centros propios y concertados.

[780] Disposición adicional quinta de la ley

[781] Distinta de estas son las «ayudas económicas para facilitar la autonomía personal», previstas en la disposición adicional tercera de la ley, que tienen carácter de subvención y están destinadas bien a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria o bien para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda. Estas ayudas pueden ser objeto de acuerdos específicos entre la Administración General del Estado y la de las Comunidades Autónomas.

b) *Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*. Se entiende por «cuidados no profesionales» la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada. Se establece, de forma excepcional, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención. El cuidador debe ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social[782]. El Consejo Territorial del Sistema tiene obligación de promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporen programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso.

c) *Prestación económica de asistencia personal*. Se entiende por «asistencia personal» el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal. El objetivo de esta prestación, dirigida hacia las personas con gran dependencia, es contribuir a la contratación de un asistente, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo así como a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

La ley contiene muchos aspectos de importancia como pueden ser el estudio de los principios que la inspira (artículo 3), los derechos y obligaciones (artículo 5), el establecimiento de criterios de calidad, formación, información, órganos consultivos, investigación y desarrollo, fomento del empleo, accesibilidad y supresión de barreras… cuyo estudio excede del modesto propósito de este epígrafe. Sí, sin embargo, es necesario hacer referencia a la disposición final primera de la ley que establece *su aplicación progresiva*.

> Disposición Final Primera. Aplicación progresiva de la Ley
>
> 1. La efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercitará progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con el siguiente calendario a partir del 1 de enero de 2007:
>
> El primer año a quienes sean valorados en el Grado III de Gran Dependencia, niveles 2 y 1.
>
> En el segundo y tercer año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2.

[782] Disposición adicional cuarta de la ley

En el tercero y cuarto año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 1.
El quinto y sexto año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 2.
El séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

2. El reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las administraciones públicas competentes generará el derecho de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, previstos en los arts. 17 a 25 de esta Ley, a partir del inicio de su año de implantación de acuerdo con el calendario del apartado 1 de esta disposición o desde el momento de su solicitud de reconocimiento por el interesado, si ésta es posterior a esa fecha.
3. Transcurridos los primeros tres años de aplicación progresiva de la Ley, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia realizará una evaluación de los resultados de la misma, proponiendo las modificaciones en la implantación del Sistema que, en su caso, estime procedentes.
4. En la evaluación de los resultados a que se refiere el apartado anterior se efectuará informe de impacto de género sobre el desarrollo de la Ley.

El marco normativo expuesto constituye, sin duda, un avance que se encuentra en línea con las previsiones internacionales. Sin embargo, también arroja un marco de incertidumbre en la medida en que, como hemos expuesto, para la generalidad de los derechos económicos, sociales y culturales el marco es de realización progresiva y sujeto a las disponibilidades presupuestarias y, por otro lado, las fórmulas de coordinación y cooperación entre Administraciones, previstas ya en los artículos 103 de la Constitución y 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no son de fácil aplicación práctica, lo que es predicable también de los propios órganos de la misma Administración, sujetos a idéntico principio de coordinación conforme al artículo 18 de la Ley 30/1992. Las disponibilidades presupuestarias y la realización práctica de los compromisos en un área en la que confluyen principalmente servicios sanitarios y sociales, aunque también de otra índole, hacen que el optimismo inicial deba ser asumido con prudencia a la vista también de que procesos similares ya se han iniciado en el contexto comparado con importantes dificultades prácticas de aplicación.

1.4. El derecho al consentimiento informado en las intervenciones médicas y su aplicación al ámbito de la salud mental

1.4.1. Nacimiento de la bioética

En un artículo publicado en Gijón y fechado el 19 de febrero de 1877[783], Concepción ARENAL describía las desgracias que supone para una persona en situación de pobreza el hecho de la enfermedad:

> También es posible que el pobre, además de las desdichas que hemos deplorado, tenga la de servir para los ensayos de algún joven doctor, como el que ha escrito y publicado las palabras siguientes: *La clientela pobre es el taller, el laboratorio donde verificamos nuestros experimentos; así es que introduje en el* CRISOL ORGÁNICO *la sustancia química que iba a analizar*. Luego continúa relatando el ensayo hecho con un mendigo y su resultado satisfactorio. No es de nuestra competencia juzgar el punto científico, aunque el simple buen sentido tal vez podría oponer algún reparo a ciertos razonamientos; lo que nos incumbe es la cuestión moral y de humanidad, tan lastimadas en ese escrito que no hemos podido leer sin indignación y sin pena.

La insigne jurista se preguntaba qué solución dar a este problema. Estimando que ninguno podía evitarlo totalmente, sí que señalaba algunos que podían atenuarlo.

> Lo primero sería añadir a las asignaturas de la carrera de Medicina una de *moral médica*. Los hombres, por regla general, no son ni muy malos ni muy buenos, y hacen muchas veces mal, los mas acaso, por insustancialidad, por aturdimiento, por no saber lo que hacen. El profesor de moral médica tendría mucho y muy útil que decir, y entre otras cosas:
>
> Que lo primero para ser buen médico, es ser hombre honrado.
>
> Que lo segundo, es ser prudente.
>
> Que su cargo es, entre otras cosas, un cargo de confianza, siendo un indigno abuso de la que le dispensa el enfermo convertirle en objeto de ensayos traicioneramente.
>
> Que ningún médico debe permitirse estos ensayos por *sí solo*, sino consultar con otros, y sólo en casos que se juzguen desesperados, y después de tener junta, y consultar con el enfermo y su familia, atreverse a innovar en cosa de alguna importancia, etc, etc.

Concepción Arenal fue una adelantada a su tiempo pero, aunque la preocupación por la ética en el ejercicio de la medicina ha sido una constante

[783] ARENAL, Concepción. «Moral médica» en *Artículos sobre beneficiencia y prisiones. Volumen III.* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Edición digital (www.ua.es) basada en la edición de Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1900 (Obras completas de Concepción Arenal; 20) - Localización: Biblioteca de Magisterio de la Universidad de Alicante. Sig. ED FA 0/0019 y ED FA 0/0065.

histórica[784] y problemas como el derecho al aborto, la utilización de métodos anticonceptivos, el trato dispensado a los enfermos y la actitud a tomar respecto a los incurables, por ejemplo, son cuestiones que han sido polémicas en todas las épocas y han atraído no sólo la atención de la profesión médica sino también la de la religión, la filosofía, la política o las disciplinas jurídicas, lo cierto es que la actual reflexión bioética nace en un marco geográfico y temporal determinado: los Estados Unidos de América a finales de la década de los 70. Tres elementos fueron fundamentales en su aparición.

El primero, la preocupación por los abusos en el marco de la experimentación con seres humanos, reflexión que comenzó seriamente tras el denominado «proceso de los médicos» en Núremberg en 1946[785]. Posteriormente surgió la primera declaración internacional sobre ética en la investigación, el Código de Nüremberg (1947) y otras posteriores como la de Helsinki (1964), revisada posteriormente en varias ocasiones y normas concretas como el artículo 7 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de Naciones Unidas que expresamente señala: «*…nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*». En Estados Unidos se evidenció la necesidad de avanzar de las meras recomendaciones éticas a la elaboración de normas legales. Diversos sucesos escandalosos dieron lugar a que el Congreso norteamericano creara una Comisión con tal fin (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research,* creada por la *National Research Act* en 1974). La citada Comisión elaboró el denominado *Informe Belmont* (1978), que constituirá un punto de partida importantísimo en la reflexión bioética posterior[786].

El segundo, los movimientos de derechos civiles de los años 60 y 70. FOUCAULT señala que la medicina moderna marcó su fecha de nacimiento hacia los últimos años del siglo XVIII[787]. Según este autor, la reorganización del hospital no partió de una técnica médica sino, esencialmente, de una tecnología que podría denominarse política, la disciplina, en la que la distribución, organización, registros y conocimien-

---

[784] El propio *Juramento hipocrático,* escrito entre los siglos V y IV antes de Cristo establece un compromiso moral del médico novicio al ejercer su arte, señalando la obligación de evitar *todo daño voluntario y toda acción injusta*.

[785] *United States vs Karl Brandt et cols.* El proceso comenzó el 15 de noviembre de 1946 ante el Tribunal americano nº 1, presidido por el juez Beals y concluyó el 21 de agosto de 1947.

[786] National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research.* Washington: Public Health Service, 1979.

[787] Foucault, Michel. *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica.* Editorial S. XXI, Madrid, 1976. La intervención de la sanidad pública se centrará inicialmente en el modelo de «policía sanitaria» para el control de las enfermedades infecciosas que traducirá su acción en un marco de medidas restrictivas de derechos y de orden público, posteriormente se centrará en la salubridad de los entornos y las condiciones de vida (etapa higienista) y más tarde se centrará en las vacunaciones (etapa bacteriológica). Todas estas intervenciones tendrán su eje en la salud colectiva que irá cediendo terreno paulatinamente hacia la protección preventiva y curativa de la salud individual de los ciudadanos, idea que tendrá su reflejo en el artículo 43.1 de la Constitución Española, sin dejar de atender también a las funciones tradicionales de tutela de la salud colectiva (artículo 43.2). (Pemán Gavin, Juan. *Derecho a la salud y Administración Sanitaria.* Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1989. Fundamentalmente páginas 108 a 122, 139, 161, 162 y 234.)

tos que se derivan de ese espacio estarán vinculados a un personaje central, el médico, y el paciente se convertirá en su objeto de saber y práctica[788]. El individuo pasará de ser el *objeto* de la observación y práctica clínica a ser *sujeto activo* en el proceso de toma de decisiones sanitarias. Se gestará el marco de un estatuto propio que plasmará en Estados Unidos en la aparición de las primeras Cartas de derechos de los pacientes, primero en el marco de la Asociación Americana de Hospitales (8 de enero de 1973) y, posteriormente, en el plano legislativo, siendo Minnesota el primero que plasmo dicho estatuto con rango legal (1975), actividad que fue seguida, posteriormente, por los restantes Estados de la Unión.

Por último, los avances biotecnológicos (trasplantes de órganos, experimentación genética, reproducción asistida, cirugía transexual…) obligan a una reflexión seria sobre el límite al que pueden llegar estas actividades, desde todos los planos, médico, ético, jurídico, filosófico, religioso…

Al hilo de estos acontecimientos, fue surgiendo una disciplina con características propias de la que comenzaron a surgir gran número de publicaciones[789]. Aunque en menor medida y más tardíamente, tras la entrada de la democracia, en España se está prestando una gran atención a esta materia, no sólo en el plano doctrinal (podemos citar los trabajos de Diego GRACIA, catedrático de Historia de la Medicina, y de Carlos-María ROMEO CASABONA, catedrático de Derecho Penal), sino también en el legislativo.

1.4.2. Principios fundamentales de la Bioética y su relación con el Derecho

Es pacíficamente aceptado que los cuatro principios fundamentales de la Bioética proceden del denominado *Informe Belmont* (1978), elaborado por la Comisión Nacional de EE.UU. ya citada, que, aunque referidos a la investigación en seres humanos, tienen un alcance general. La formulación de tales principios éticos básicos, según el citado informe, es la siguiente:

> *Respeto por las personas*: el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segundo, que las personas cuya autonomía está disminuida

[788] Con anterioridad al siglo XVIII el hospital era esencialmente una institución de asistencia a los pobres, pero al mismo tiempo era una institución de separación y exclusión. El pobre, como tal, necesitaba asistencia y, como enfermo, era portador de enfermedades y posible propagador de éstas. En resumen, era peligroso. De ahí la necesidad de la existencia del hospital, tanto para recogerlo como para proteger a los demás contra el peligro que entrañaba. Hasta el siglo XVIII el personaje ideal del hospital no era el enfermo al que había que curar, sino el pobre que ya estaba moribundo. La formación de una medicina hospitalaria hay que atribuirla, por un lado, a la introducción de la disciplina en el espacio hospitalario y por otro lado a la transformación que en esa época experimenta la práctica de la medicina. El individuo surge como objeto de saber y de la práctica médica (FOUCAULT, Michel. «Incorporación del Hospital a la tecnología moderna», en *La vida de los hombres infames*, Ediciones La Piqueta, Madrid, 1990)

[789] El neologismo *Bioética* se atribuye al médico norteamericano VAN RENSELAER POTTER (aparece en el título de su libro *Bioethics: Bridge to the Future,* 1971)

deben ser objeto de protección. Una persona autónoma es un individuo capaz de deliberar sobre sus objetivos personales y de actuar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus decisiones a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros. Sin embargo, no todos los seres humanos son capaces de tomar sus propias decisiones. La capacidad para la autodeterminación madura durante la vida de un individuo y algunos individuos pierden esta capacidad total o parcialmente debido a enfermedad, incapacidad mental o circunstancias que restringen severamente esta libertad. El respeto por la inmadurez y la incapacidad puede requerir la protección de estos individuos mientras perduren estas circunstancias. Algunas personas necesitan una protección absoluta, hasta el punto de excluirlas de actividades que puedan producirles cualquier daño; otras personas requieren poca protección aparte de estar seguros de que ellos actúan libremente y con conciencia de las posibles consecuencias adversas. La magnitud de la protección proporcionada debería depender del riesgo de sufrir daño y de la proporcionalidad de obtener un beneficio. El juicio acerca de la falta de autonomía de un individuo debería ser revaluado periódicamente y variado en las diferentes situaciones.

Beneficencia: Las personas son tratadas de una forma ética no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas del daño, sino también haciendo un esfuerzo por asegurar su bienestar. Esta actitud cae bajo el principio de beneficencia, criterio que no debe entenderse como un simple acto de bondad o caridad sino que debe entenderse como una obligación que comprende dos reglas: 1) No hacer daño y 2) Extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos.

Justicia: Ocurre una injusticia cuando algún beneficio al que una persona tiene derecho es denegado sin una buena razón para ello o cuando alguna carga se impone indebidamente. Otra forma de concebir el principio de justicia es que los iguales deben ser tratados de modo igualitario, sin embargo el principio de igualdad admite distintas formulaciones sobre la forma justa de distribuir las cargas y beneficios que pueden resumirse de la siguiente manera: 1) A cada persona una participación igual; 2) A cada persona de acuerdo con sus necesidades individuales; 3) A cada persona de acuerdo a sus esfuerzos individuales; 4) A cada persona de acuerdo a su contribución social; 5) A cada persona de acuerdo con sus méritos.

La reformulación de los principios, generalmente aceptada, se debió a Tom BEAUCHAMP y a James F. CHILDRESS, tras la publicación, en 1979 de la obra *Principles of Biomedical Ethics*[790]. El primer principio recibirá la denominación de *principio de autonomía,* el segundo principio mantendrá su denominación pero se matizará en el sentido de considerar que uno de sus contenidos («no hacer daño») constituye un principio independiente que se denominará *principio de no maleficencia*[791]. El último de los principios también mantuvo su denominación.

---

[790] BEAUCHAMP, Tom/CHILDRESS, James F. *Principios de ética biomédica.* Editorial Masson S.A., Barcelona, reimpresión 2002

[791] Los autores señalan que las reglas de no maleficencia son prohibiciones negativas de acción, deben ser obedecidas imparcialmente y ofrecen razones para establecer prohibiciones legales a determinadas normas

El hecho de que la Bioética haya nacido en los Estados Unidos la ha marcado de juridicidad, incluso ha llegado a decirse que es difícil distinguir donde están sus límites y cuál de las dos ha influido más en la otra. Algunas sentencias judiciales se han convertido en normas bioéticas de elevado rango o han forzado a crear procedimientos o instituciones de decisión bioética[792]. No en vano, el Código de Nüremberg fue una consecuencia de un proceso judicial. La comunicación entre ambos campos es bastante estrecha.

El *Informe Belmont* justifica la adopción de los principios de la Bioética en que son *aceptados generalmente por nuestra tradición cultural*. Tales principios forman parte del patrimonio de las naciones civilizadas y, aunque la mayoría de las Constituciones no realizan un tratamiento directo y sistemático de la Bioética, sí que existe un reconocimiento general de determinados derechos de los que se derivan consecuencias para los asuntos directamente vinculados con la Bioética[793]. Así, la Constitución española de 1978 recoge, como valores superiores de su ordenamiento, los principios de justicia e igualdad (artículo 1.1, con reflejo en numerosos artículos como el 9.2 ó el 14), o la dignidad de la persona, los derechos inviolables inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1), el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el rechazo a cualquier tipo de trato inhumano o degradante, como derecho fundamental de las personas (artículo 15) y el derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, como principio rector de la política social y económica (artículo 43 apartados 1 y 2).

Por otro lado es de remarcar que el artículo 10 apartado 2 de la Constitución señala que *las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*. En este sentido interesa es importante mencionar, en el ámbito del Consejo de Europa, el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina*, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo[794]. En las disposiciones generales (artículos 1 a 4), establece cuatro principios básicos:

1. Respeto a la integridad del ser humano y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

---

de conducta. Las reglas de beneficencia, en contraste, presentan demandas positivas de acción, no siempre tienen que ser obedecidas imparcialmente y rara vez ofrecen razones para la sanción legal cuando se fracasa en cumplirlas (*op. cit.*, página 248)

[792] Herranz Rodríguez, Gonzalo. *La contribución de la Ética médica a la Administración de Justicia.* En *Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999,* publicado en el nº 29 de *Estudios de Derecho Judicial;* Madrid, 2000

[793] Gross Espiell, Héctor. *Constitución y Bioética.* En la obra conjunta *Derecho biomédico y Bioética;* Editorial Comares, Granada, 1998.

[794] BOE de 20 de octubre de 1999 (entrada en vigor el 1 de enero del año 2000).

2. Prevalencia del interés y el bienestar del ser humano sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia.
3. Acceso equitativo a una atención sanitaria de calidad apropiada, teniendo en cuentas las necesidades de la sanidad y los recursos disponibles
4. Respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación.

1.4.3. El consentimiento informado

El reconocimiento del derecho de los enfermos a negarse a un tratamiento o lo que es lo mismo, la exigencia de que cualquier tratamiento o intervención deba contar con una información previa de sus riesgos y beneficios que sea comprensible y la atribución de la capacidad de decisión sobre su realización última al enfermo, constituye una exigencia del principio de autonomía.

Como antecedentes de haberse aplicado la norma de exigir el consentimiento previo a un tratamiento suelen citarse el caso *Slater vs Baker and Stapleton,* en 1767, en Inglaterra, y el caso *Schloendorff vs Society of New York Hospitals*, en 1914, donde el Juez Cardozo expresó:

> Todo ser humano adulto y con plenas facultades mentales tiene derecho a determinar lo que se va a hacer con su propio cuerpo y un cirujano que realice una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión a la persona, siendo responsable de los daños que origine [795].

No es, sin embargo, hasta el caso *Salgo vs Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957), momento en que se menciona por primera vez la expresión «consentimiento informado», cuando comenzará a evolucionar y desarrollarse su estructuración legal que alcanzó su pleno desarrollo en las décadas de los 60 y 70, sobre todo después del caso *Canterbury vs Spence* (1972).

---

[795] *Mary E. Schloendorff, Appellant, v. The Society of the New York Hospital, Respondent Court of Appeals of New York. 211* Court of Appeals of New York 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92 Decided April 14, 1914. Ponente: Justice Cardozo (disponible en internet en la página web de la Universidad de Bufalo, *Center for Clinical Ethics and Humanities in Health Care:* http://wings.buffalo.edu/faculty/research/bioethics/schloen1.html). La paciente ingresó en el hospital en enero de 1908. Sufría de desorden estomacal. Descubrieron un bulto que resultó ser un tumor. El carácter del tumor no podía ser determinado sin una previa exploración. La paciente consintió la exploración pero manifestó que no quería ser operada. Sin embargo, cuando realizaron la exploración y ella estaba inconsciente, le fue extirpado. Debido a la operación, se desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo y fue necesaria la amputación de algunos dedos, siendo los padecimientos intensos. El Juez determinó: «In the case at hand, the wrong complained of is not merely negligence. It is trespass. Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent, commits an assault, for which he is liable in damages. (Pratt v. Davis, 224 Ill. 300; Mohr v. Williams, 95 Minn. 261.) This is true except in cases of emergency where the patient is unconscious and where it is necessary to operate before consent can be obtained».

En nuestro Derecho, aparece tímidamente la primera regulación de la materia del consentimiento informado en la Orden de 7 de julio de 1972 del Ministerio de Trabajo (Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social) cuyo artículo 148, apartado 4, señalaba que los enfermos asistidos en los establecimientos de la Seguridad Social tenían derecho a *autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que implicaran riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad*. Posteriormente, el Decreto 2082/1978 de 25 de agosto del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (Normas provisionales de gobierno, administración de los Hospitales y garantías de sus usuarios) reconoció, como garantía de los usuarios,

> La previa conformidad y consentimiento expreso y escrito del enfermo y, en caso de ser menor de edad o imposibilidad, de sus parientes más próximos o representante legal, para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes, a menos que la urgencia y gravedad del caso hagan indispensable, a juicio del facultativo o facultativos, la aplicación o intervención inmediatas. Es un derecho del enfermo el ser tratado con las técnicas disponibles en el Hospital y con el menor riesgo posible en proporción a los resultados deseables (artículo 13 apartado 1 letra «c»)

y el derecho al

> Conocimiento del nombre del facultativo o facultativos encargados de su asistencia y la información completa en términos usuales y comprensibles, sobre la situación del estado clínico del asistido, bien sea verbal o por escrito, a petición del interesado o de persona legitimada para obtenerla. Se presumirán legitimados a estos efectos sus familiares más próximos y los acompañantes en el momento de la admisión en el Hospital, a menos que conste la oposición del interesado (letra «h»).

El citado Decreto fue declarado nulo por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo por omisión del dictamen preceptivo del Consejo de Estado (Sentencias de 29 de abril y de 10 de diciembre de 1982). Posteriormente, la Ley 14/1986 de 25-04, General de Sanidad, exigió el previo consentimiento escrito del usuario para cualquier tratamiento y el derecho a negarse al tratamiento salvo que la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. *Si el paciente no está capacitado para tomar sus decisiones, el derecho corresponderá a sus parientes o personas a él allegadas* (artículo 10 apartados 6 y 9 de la Ley).

Nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido

en el derecho a la integridad personal[796] (artículo 15 C.E.), derecho que resultará afectado incluso en el caso de que se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad[797]. La Sala 1ª del Tribunal Supremo (Ss. 12-01-2001 y 11-05-2001)[798], por su parte, también ha manifestado que

> El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina de 4 de abril de 1997, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento informado en su artículo 5 y establecer las excepciones a este principio debido a la falta de capacidad de las personas para expresarlo (artículos 6 y 7) y las excepciones derivadas de las situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (artículos 8 y 9) señala posibles restricciones al ejercicio de estos derechos (siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática) fundadas, entre otras razones, en la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas (artículo 26).

Finalmente, el desarrollo comenzado por la Ley General de Sanidad culminará en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[799], cuyo capítulo IV se refiere a la autonomía del paciente y recoge la es-

---

[796] TC 2ª, S 11-3-1996 (EDE 1996/896). F.J. 3º

[797] Más concretamente, la Sentencia 120/90 especificaba: «Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente. esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional. A tal fin, como ya ha reiterado en diversas ocasiones este Tribunal, conviene tener presente, de una parte, que sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (SSTC 11/81, f. j. 7º; 2/82, f. j. 5º; 110/84, f. j. 5º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (STC 53/86, f. j. 3º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (SSTC 62/82, f. j. 5º; 13/85, f. j. 2º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (STC 37/89, f. j. 7º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (SSTC 11/81, f. j. 10; 196/87, ff. jj. 4º, 5º y 6º; 197/87, f. j. 11), si tal derecho aún puede ejercerse» (TC Pleno, S. 27-06-1990, núm. 120/1990, fundamento jurídico octavo)

[798] EDE 2001/6 (F.J. 1º) y EDE 2001/6571 (F.J. 7º)

[799] BOE 274/2002, de 15 noviembre 2002 Ref Boletín: 02/22188

tructura legal básica del consentimiento informado que analizaremos en posteriores epígrafes[800]. El artículo 2 de la Ley establece que

> 2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
> 3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
> 4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.

La norma contiene una definición legal de lo que se entiende por consentimiento informado en su artículo 3: «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

Por último, el artículo II-63 del proyecto de Constitución Europea[801], incluido dentro del derecho a la integridad de la persona, establece: «1) Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2) En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: a) el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley…»

1.4.4. Las excepciones al principio general

SIMÓN[802] señala que, tanto en el Derecho como en la Bioética norteamericana se han planteado cinco situaciones excepcionales en las que se considera legítimo actuar sin obtener el consentimiento informado de los pacientes, tales son:

---

[800] Dispone el artículo 8. Consentimiento informado. 1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso.2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

[801] Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio del Interior, Ministerio de la Presidencia. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Depósito Legal M-53128/2004

[802] Simón, Pablo. *El Consentimiento Informado. Historia, teoría y práctica.* Editorial Triacastela. Madrid, 2000, página 260 y ss.

1) Que la enfermedad del paciente suponga un peligro serio para los que le rodean o para la salud pública en general.
2) Que se trate de una situación de urgencia vital en la que no hay tiempo para obtener el consentimiento informado del paciente
3) Que el paciente sea incapaz y no pueda prestar por sí mismo el consentimiento
4) Que el paciente haya rechazado la recepción de información
5) El denominado *privilegio terapéutico*, es decir, cuando el médico está firmemente convencido que la revelación de la información puede producir un daño psicológico grave, incluso con repercusiones biológicas posteriores severas.

El autor señala que nuestro ordenamiento ha reconocido también una sexta excepción bastante discutible: el mandato judicial, cuando deban prevalecer otros bienes jurídicos superiores al del respeto a la autonomía del sujeto (por ejemplo, el caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO).

A los fines de nuestro estudio, nos interesa el análisis de dos excepciones: la derivada de la falta de capacidad de decisión y la derivada de la seguridad de terceros por motivos penales.

1.4.5. La relación médico-paciente como contrato

El artículo 88 de la Ley General de Sanidad reconoce el derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias. El ejercicio de la profesión liberal determina que la relación médico-paciente se desenvuelva jurídicamente bajo la forma de un contrato. Como tal contrato, uno de sus elementos fundamentales es el consentimiento de los contratantes (artículo 1.261 del Código Civil) que se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituirlo (artículo 1.262). El incumplimiento del deber de información y de obtener el consentimiento al tratamiento genera indudablemente responsabilidad civil y disciplinaria (artículos 2.2, 9.2 y 10 del Código de ética y deontología médica de 1999).

Este sencillo esquema debe necesariamente completarse puesto que sólo sería válido para una organización de la medicina en la que el Estado no participase. Sin embargo, tal situación históricamente ha sido abandonada, primeramente mediante el recurso a la asistencia o beneficencia pública para aquellas personas que carecían de recursos para abonar los servicios dispensados por los médicos o mediante los instrumentos de previsión colectiva (mutualidades y seguros privados) y, en segundo término, cuando el Estado empieza a acoger principios de solidaridad y asume el cuidado de la salud como función propiamente estatal, mediante la creación de un sistema de Seguridad Social asistencial. Como señala ALMANSA PASTOR, el hecho de la socialización de la medicina, al quedar

protegida toda la población del país dentro de su organización, hace que los principios tradicionales de la prestación individual profesional del médico, propios de la tradición liberal, pierdan sentido. Así, el personal sanitario ya no está vinculado directamente al paciente por una relación jurídico-privada contractual sino a la institución debido a su situación estatutaria o funcionarial y se produce una quiebra del principio tradicional de libre fijación de honorarios. No obstante, señala este autor, la tendencia se dirige a mantener la subsistencia de los restantes principios, o a su mínima alteración, dentro de las posibilidades que la organización permita[803].

La relación médico paciente se desenvuelve en un contrato de *arrendamiento de servicios*[804] con características especiales, siguiendo la doctrina constante de la Sala 1ª del T.S., representada por la Sentencia de 25-4-1994[805].

SANTOS MORÓN[806] diferencia entre el consentimiento para la intervención médica y el celebrado con el médico o establecimiento hospitalario. En su opinión, la doctrina española no diferencia suficientemente lo que es la prestación del consentimiento al tratamiento o intervención médica (acto de ejercicio de derechos de la personalidad) de la celebración del contrato de servicios médicos.

A mi juicio, es cierto que, como en todo contrato, la relación abarca aspectos de diferente índole. En el contrato de servicios médicos pueden existir cuestiones propiamente patrimoniales como lo es el precio (artículo 1.544 del Código Civil) lo que determina la intervención de los representantes legales del menor o del incapaz para su validez, pero en definitiva, la relación fundamental es la del médico y la del paciente, entendida como relación jurídica global con peculiaridades que hacen necesaria una protección especial en determinados aspectos por afectar a derechos fundamentales, situación expresamente prevista en el artículo 1.264 del Código Civil, supliendo los representantes aquellas cuestiones que el afectado no puede realizar por sí (patrimoniales, si tienen conferida la representación conforme al artículo 267, y personales, si concurren las circunstancias que serán objeto de análisis posterior).

A los fines de nuestro estudio vamos a analizar el consentimiento del paciente desde la perspectiva de la doctrina del *negocio jurídico*, concebido como *declaración de voluntad del particular dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico* (RUGGIERO). Como sabemos, la doctrina recoge, como elementos esenciales del negocio jurídico, la propia declaración de voluntad (que constituye la sustancia del negocio) y los elementos de carácter objetivo (el objeto, la causa y la forma). En lo que nos concierne, la declaración de voluntad se subdivide en varios aspectos: a)

---

[803] ALMANSA PASTOR, Jose Mª. *Derecho de la Seguridad Social* (Editorial Tecnos, 6º edición, Madrid, 1989, página 373)

[804] Aunque en algunas intervenciones (por ejemplo, las operaciones estéticas o la vasectomía) el propio T.S. matiza que el contrato se aproxima notablemente al arrendamiento de obra.

[805] EDE 94/3636, F.J. Tercero.

[806] SANTOS MORÓN, María-José. *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen.* Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000,página 53.

La capacidad; b) La voluntad no viciada; c) La exteriorización de la voluntad y d) La concordancia de la voluntad manifestada con la voluntad interna del declarante.

La capacidad es un requisito subjetivo referido a la aptitud de un individuo para ejercitar válidamente derechos, capacidad que, en el ámbito de los contratos se restringe a los menores de edad no emancipados y a los incapacitados, salvo regulación legal específica (artículos 1.263 y 1.264 C.C.). La voluntad declarada tiene que ser libre y conscientemente emitida, pudiendo resultar viciada por falta de conocimiento (que dará lugar al *error*, si se trata de un fenómeno espontáneo, o al *dolo*, si ha sido provocado por un tercero) o de libertad (que puede ser física, en cuyo caso la denominamos *violencia*; o moral, en cuyo caso la denominamos *intimidación*). El análisis de la capacidad (condición interna de validez de la declaración de voluntad) y de los vicios de la voluntad (condición externa de validez) serán objeto de nuestro análisis.

Importante también es que aunque los negocios jurídicos se celebran generalmente por el propio interesado, que tiene que querer celebrarlo y manifestar su voluntad en tal sentido, en los casos de ausencia de capacidad, es un tercero el que le sustituye tanto en la propia manifestación como en la determinación interna.

Por último, también atenderemos a la distinción entre *contratos de tracto único*, es decir, de ejecución única o instantánea, y *contratos de tracto sucesivo*, en el que la prestación puede ser realizada de forma repetida (en fechas establecidas o bien cuando lo solicite una de las partes) o continuada, sin interrupción.

A. Condiciones externas de validez (vicios de la voluntad)

1) *Conocimiento*. En esta relación jurídica existe una peculiaridad: la obligación legal del médico de informar de forma adecuada, comprensible y continuada, de palabra y por escrito, sobre la finalidad y naturaleza de la intervención (incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento) y de sus riesgos y consecuencias (artículo 5 del Convenio). El artículo 4 de la Ley 41/2002 establece que, como regla general, la información se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. En los casos en que es necesario el consentimiento escrito, el artículo 10 establece que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabarlo, la información básica siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) las contraindicaciones[807].

[807] La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias* (BOE 280/2003, de 22 noviembre 2003 Ref Boletín: 03/21340; EDL 2003/127263) establece, en su artículo 5. 1, *los principios*

Señalar, por último que la información, en caso de falta de capacidad de obrar, se debe suministrar al representante, autoridad, persona o institución designada por la Ley (artículo 6, apartado 4 del Convenio) con el mismo alcance ya citado, aunque ello no excluye la información al paciente en función de su grado de comprensión, según su edad o limitación de la capacidad. En este sentido, la *Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial*[808] señala que *incluso si el paciente es menor de edad o está legalmente incapacitado, se necesita el consentimiento de un representante legal, cuando sea legalmente pertinente; sin embargo, el paciente debe participar en las decisiones al máximo que lo permita su capacidad* (artículo 5.a). Del mismo modo, se pronuncia el artículo 5 de la Ley 41/2002 al establecer la titularidad del derecho a la información asistencial[809]

---

generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos. «1. La relación entre los profesionales sanitarios y de las personas atendidas por ellos, se rige por los siguientes principios generales: a) Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables. b) Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos. c) *Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones.* d) Los pacientes tienen derecho a la libre elección del médico que debe atenderles. Tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado por cuenta ajena, este derecho se ejercitará de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. En esta situación el profesional puede ejercer el derecho de renunciar a prestar atenciones sanitarias a dicha persona sólo si ello no conlleva desatención. En el ejercicio en el sistema público o privado, dicha renuncia se ejercerá de acuerdo con procedimientos regulares, establecidos y explícitos, y de ella deberá quedar constancia formal. e) Los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución. f) *Los pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*».

La dimensión ética de ejercicio de las profesiones sanitarias se remarca en el artículo 4.5. «Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión».

Por otro lado, el artículo 19 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del *Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud* (BOE 301/2003, de 17 de diciembre de 2003 Ref Boletín: 03/23101; EDL 2003/149845) establece que *el personal estatutario de los servicios de salud viene obligado a…* h) *Informar debidamente*, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles y a i) *Respetar* la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, *su libre disposición en las decisiones que le conciernen* y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos.

[808] 1981 (enmendada en 1995 en la Asamblea de Bali)

[809] Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial. 1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso

2) *Libertad*. El consentimiento debe estar libre de situaciones que entrañen violencia o intimidación. Volveremos sobre ello a la hora de definir lo que entendemos por involuntario. Es de reseñar, como principio general, recogido en el artículo 23 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que los poderes públicos y, concretamente, los órganos y servicios de las Administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario.

B. Condición interna de validez (determinación de la capacidad)

1) *Los criterios legales*. El convenio, en su artículo 6.3, establece que la capacidad debe ir ligada a *una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar* e ir referida a *una intervención*. MICHAUD, en el informe explicativo establece las siguientes pautas: a) la incapacidad para consentir debe entenderse en el contexto de una intervención determinada; b) los motivos por los que un adulto puede ser considerado incapaz para consentir sólo pueden deberse a disfunción o trastorno mental, enfermedad o motivo similar; c) la expresión *motivo similar* se refiere a situaciones tales como los accidentes o el estado de coma, por ejemplo, en las que el paciente es incapaz de expresar sus deseos o comunicarlos; d) dado que existen diferentes sistemas legales en Europa, es necesaria la remisión a la legislación nacional que es la que debe determinar si las personas tienen o no capacidad para consentir para una intervención[810].

La Ley General de Sanidad no especificaba mucho, en su artículo 10.6.b sólo recogía la frase *cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones*. La Ley de Autonomía del Paciente, en el caso de adultos, expresa en su artículo 9.3.

> 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente *no sea capaz de tomar decisiones*, a criterio del

---

de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

[810] Michaud reseña que en algunos países la capacidad del paciente debe verificarse en cada intervención, mientras que en otros el sistema se basa en el establecimiento de la incapacitación legal, mediante la cual una persona puede ser declarada incapaz para consentir para uno o varios tipos de actos. Michaud, Jean. *Explanatory Report to the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine*. Council of Europe. Directorate of legal affairs. DIR/JUR (97)5. Strasbourg, May 1997 (disponible en internet: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm)

médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté *incapacitado legalmente*.

En lo que nos atañe, la primera parte del precepto no hace referencia a una incapacidad judicialmente declarada sino a la imposibilidad de hecho de prestar el consentimiento, ni tampoco hace referencia a una guarda legalmente constituida, sino simplemente atribuye la decisión a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho con carácter genérico. Estos aspectos remiten necesariamente al problema de quién y cómo se evalúa la «capacidad para tomar decisiones».

A la primera pregunta (¿quién?), hay que responder que depende de cada intervención sanitaria concreta. Como veremos al analizar la estructura legal en materia de representación legal, nuestra legislación abarca varios tipos de actos. Algunos de ellos no pueden ser objeto de evaluación porque están prohibidos (por ejemplo, la eutanasia directa), otros tienen que ser autorizados previamente por el Juez (así, la esterilización de incapaces), pero en el resto de las intervenciones existe un consenso general en admitir que esta tarea la realiza el médico interviniente. SIMÓN señala varias razones para ello: a) la primera es de tipo consuetudinario (los médicos españoles llevan desarrollando esta tarea desde siempre, siendo una práctica socialmente tolerada y contemplada como parte del quehacer médico habitual); b) la segunda viene derivada del propio contrato (si su esencia es el consentimiento informado, deber ineludible del sanitario es asegurarse de su validez, estando obligado a cerciorarse de la capacidad de hecho del paciente); c) por último, una razón de orden práctico, si la función se realizara siempre por el estamento judicial, podría producirse una excesiva dilatación en el tiempo en una materia en que la agilidad reviste singular importancia por el riesgo para la salud y la vida de los pacientes[811].

Sin embargo, no todos los casos revisten una claridad meridiana, en los casos dudosos, la actuación del médico interviniente puede desenvolverse de dos formas: 1) acudir a la interconsulta y la psiquiatría de enlace interhospitalaria (dentro de este concepto, se incluyen los aspectos relacionados con la capacidad y competencia del paciente para aceptar o rechazar un tratamiento[812]); 2) Solicitar la evaluación judicial,

---

[811] SIMÓN, Pablo. *El consentimiento informado.* Editorial Triacastela. Madrid, 2000. Páginas 334 y 335

[812] Tal intervención del Servicio de Psiquiatría del hospital se produce porque es una de sus funciones, incluso legalmente estipulada, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, artículo 12, apartado f del Decreto 81/1988 de 4 de junio del Gobierno Valenciano por el que se definen y estructuran los recursos sanitarios dirigidos a la salud mental y asistencia psiquiátrica en la Comunidad Valenciana. Críticamente, los hermanos SÁNCHEZ-CARO *(Op. cit.,* página 112) ponen de relieve que la práctica de utilizar al psiquiatra como «experto en consentimiento informado» puede en realidad encubrir actuaciones tendentes a persuadir al paciente, protegerse de acciones legales (medicina defensiva) o realizar o tratar de allanar obstáculos legales o resistencias del paciente para poder conseguir iniciar el tratamiento cuanto antes. Utilizado como médico consultor de forma apropiada, sin embargo, aparecen beneficios como la posibilidad de detectar incapacidades sutiles, identificar formas tratables de incapacidad y formar a los intervinientes en la evaluación de la capacidad o el control práctico del rechazo del tratamiento.

bien porque lo exija la ley en atención a la importancia de la intervención; bien porque lo exija la Sentencia de incapacidad, el Auto constituyendo la tutela u otra resolución posterior en aquellos casos que el Juez estime oportuno por la naturaleza del tratamiento como medida de vigilancia y control de los representantes legales; bien porque la situación, por sus especiales características, permita entender que los derechos del afectado deben salvaguardarse con el fin de evitarle peligros o posibles perjuicios (artículo 216 nº 2 en relación con el artículo 158 apartado 3º del Código Civil), o bien porque existen conflictos en si la decisión realizada por consentimiento sustitutivo redunda en auténtico interés del paciente.

La segunda cuestión (¿cómo?) es más difícil de resolver en la medida de que, si bien existe una definición legal de incapacidad (artículo 200 C.C.), en este contexto específico el trastorno no tiene por qué ser persistente, sino meramente temporal y la indefinición general que reviste la palabra *autogobierno* carece de concreción legal en cada intervención sanitaria específica. La jurisprudencia británica sí que ha desarrollado en el caso *In re C (Adult: Refusal of Treatment*) unas pautas para valorar la capacidad de aceptar un tratamiento médico. Dicha capacidad para tomar una decisión aparecerá cuando:

- El paciente comprenda y retenga la información sobre el tratamiento
- El paciente crea la información
- El paciente sopesa la información para alcanzar una elección

Sentencias posteriores como *Re MB (medical treatment)* y *A metropolitan Borough Council v DB,* ambas de 1997, mantienen este criterio[813]. En realidad, no existen descripciones científicas objetivas de lo que consiste el proceso de análisis de toma de decisiones que la sentencia denomina con un término metafórico (*sopesar*). Aceptando el hecho de que el juicio de la capacidad de decisión de un paciente debe emitirse en relación con una decisión específica, debemos aceptar que, por mucho que puedan basarse en pautas generales y pruebas específicas, estos juicios son en último término subjetivos para cada caso[814].

2) *Los criterios clínicos.* Como señala SIMÓN, desde finales de los 70, los médicos norteamericanos empezaron a incorporar el consentimiento informado a su práctica habitual encontrándose con el problema de la determinación de la capacidad. La respuesta fue la elaboración de criterios, estándares, y protocolos de evaluación. El problema es que la cuestión sigue presentando muchos puntos oscuros y que las propuestas de protocolos no han sido numerosas[815]. No es nuestro objetivo la descripción de todos los protocolos existentes, sino reflejar la existencia de aquellas aportaciones de las diferentes propuestas que, a mi juicio,

---

[813] BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003 (second edition), páginas 628 y 229.

[814] OPPENHEIMER, Catherine. *Ética y psiquiatría en el anciano,* en la obra conjunta *La ética en psiquiatría...,* página 309

[815] *Op. cit.*, páginas 281 y 282

constituyen elementos útiles para la práctica diaria. En este sentido, podemos distinguir:

- Introducción de criterios de capacidad. Quizás una de las propuestas más conocidas sea la de APPELBAUM y ROTH (1982), que estiman que tales criterios se agrupan en cuatro clases: 1) Comunicar una decisión; 2) Comprender la información recibida para tomar la decisión sobre el tratamiento; 3) Razonar sobre el riesgo o beneficio que entrañan las diversas opciones; 4) Apreciar el significado que tiene la información que se le transmite sobre su enfermedad y posibles tratamientos alternativos. Es de remarcar que tales criterios se fundan en un trabajo precedente de ROTH, MEISEL y LIDZ (1977) y que son criterios extraídos de decisiones judiciales de los tribunales norteamericanos de las décadas de los 60 y 70. Se trata, pues, de criterios legales y no propiamente clínicos.
- Introducción de *escalas móviles* en los umbrales de capacidad. El eje central radica en estimar que el estándar de capacidad debe elevarse en la medida que el balance riesgo/beneficio aumenta. La naturaleza de la decisión a adoptar y la gravedad de sus consecuencias, de esta forma, es tomada en consideración, estableciendo graduaciones en función del acto concreto. Los más conocidos son los de DRANE (1984) y BUCHANAN y BROCK (1989).
- Introducción de la valoración de los déficits neurológicos. Las propuestas anteriores se fundan más en elementos psicológicos que en aspectos afectantes al sustrato biológico. El análisis se centra ahora en las actividades cognitivas necesarias para el ejercicio de la capacidad (orientación, memoria, concentración, lenguaje, cálculo…). El más conocido es el *Mini Mental State Examination* (FOLSTEIN, 1975; adaptado al castellano por LOBO et al. en 1979).

En lo que concierne a la práctica habitual de los médicos del sistema sanitario español, SIMÓN estima que la experiencia señala que los clínicos realizan esta actividad de forma más bien intuitiva, sin criterios, estándares o protocolos claros y definidos, empleando en cada momento las herramientas diagnósticas que, a su juicio, sean de más ayuda. El autor considera que es precisa la elaboración de criterios, estándares y protocolos de evaluación de los pacientes. Es de remarcar que existe una amplia batería de test neuropsicológicos validados, siendo el más difundido el ya citado de LOBO et al. Un problema que resalta el autor, a mi juicio muy importante, es que el establecimiento de escalas móviles no es una cuestión meramente técnica, sino que tiene un profundo sentido moral porque la gravedad de las consecuencias se mide fundamentalmente por las repercusiones que para el bienestar del paciente puedan tener esas consecuencias[816]. Los hermanos SÁNCHEZ-CARO ponen de relieve que la mayoría de los protocolos se centran

[816] *Op. cit.*, páginas 335 a 337 y 341 a 343

en las habilidades cognitivas y que debe tenerse en cuenta que los estados afectivos pueden modificar (y los trastornos afectivos impedir) la capacidad de decisión de una forma detectable e identificable, principalmente influyendo sobre el significado y el valor que se da a los riesgos y beneficios del tratamiento, por lo que, aún gozando de una buena capacidad cognitiva para realizar el proceso de consentimiento informado se puede tener una «mala capacidad afectiva» que acaba alterando dicho proceso[817].

3) *Incidencia de la declaración legal de incapacidad.* En este ámbito encontramos divergencias entre los autores. Así, SIMÓN estima que las sentencias judiciales de incapacitación pueden limitar la capacidad para consentir válidamente para actos médicos y que la sentencia debería recoger explícitamente si el sujeto es considerado incapaz o no para consentir válidamente a la realización de intervenciones médicas. En el caso de que el sujeto sea considerado legalmente incapacitado en esta materia, las decisiones al respecto corresponden al representante legal y, en caso de que la sentencia judicial no haga referencia explícita a esta cuestión debería entenderse que la capacidad legal para consentir permanece intacta y que la validez del consentimiento depende de si el sujeto es o no en ese momento de hecho capaz, salvo en situaciones médicas con regulación legal específica, en cuyo caso habría que ver qué dispone el ordenamiento. Las sentencias de incapacitación llamadas *totales* también estarían afectadas por esta premisa. Evidentemente, siempre que el sujeto sea incapaz de hecho, la toma de decisiones corresponde al representante legal. La interpretación que propone es, por tanto, que un sujeto «no está capacitado para tomar decisiones» tanto cuando es *de hecho incapaz* como cuando es *legalmente incapaz*. Es decir, si es legalmente incapaz para decidir en cuestiones personales como las médicas, aunque sea capaz de hecho, su consentimiento es inválido y son otros, sus representantes legales, los que tienen que tomar decisiones por él[818].

SANTOS MORÓN, contrariamente, estima que la incapacitación por sí misma no afecta a la posibilidad del individuo de ejercitar sus derechos de la personalidad. El juez no puede prohibir al incapacitado el ejercicio de derechos fundamentales al dictar la sentencia de incapacitación, podrá limitarse al ejercicio de un derecho fundamental sólo en casos específicos y cuando lo exija un interés superior. El incapacitado, con independencia de que esté sometido a tutela o curatela, puede ejercitar sus derechos fundamentales siempre que posea suficiente capacidad natural, cualidad ésta que ha de valorarse en el caso concreto. No se trata de hacer prevalecer a toda costa la autonomía del enfermo, sino que el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de los incapacitados exigen que las restricciones sean las estrictamente necesarias. El hecho de que la sentencia de incapacitación se desprenda que el incapacitado padece una grave alteración o disminución de sus facultades no permite deducir la carencia de toda capacidad de entendimiento

[817] *Op. cit.,* páginas 46 a 48.
[818] *Op. cit.,* páginas 319 a 322 y 326 a 329

ni exime de comprobar en el caso concreto si el incapacitado tiene aptitud para comprender el hecho de que se trate y tomar una decisión al respecto. Cuando se trata de actos de naturaleza puramente personal no se presentan iguales exigencias de protección a terceros derivadas de la seguridad del tráfico jurídico que hacen necesario supeditar la eficacia de los actos a su estado civil. El interés predominante en este caso es el del propio sujeto y la defensa de éste requiere dotar al individuo del mayor grado de autonomía posible [819].

Voy a tratar en este epígrafe el conflicto entre la denominada *capacidad natural o de hecho* y la incapacidad legal. La Sentencia de incapacidad, en principio, determina la extensión y límites de esta y sólo se modifica, tras el correspondiente proceso en atención a nuevas circunstancias sobrevenidas, por nueva sentencia que deje sin efecto o modifique la incapacidad declarada (artículos 760 y 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, esta regla tiene excepciones en algunos supuestos en que prima la incapacidad de hecho sobre la judicialmente declarada (por ejemplo, para contraer matrimonio [820]).

Limitándonos al problema del consentimiento a las intervenciones médicas, como ya referí, el artículo 1.263 del Código Civil expresa que los incapacitados no pueden prestar consentimiento, pero el artículo 1264 expresa que dicha incapacidad puede estar sujeta a modificaciones establecidas por la ley.

Como veremos posteriormente, existe una amplia estructura legal en materia de capacidad para consentir, con clara imprecisión terminológica. En este apartado sólo vamos a examinar los dos preceptos que tienen alcance general. Este es el punto capital de la cuestión: ¿Qué interpretación hay que dar al artículo 6.3 del Convenio y al precepto del artículo 9.3.b de la Ley de autonomía del paciente? A mi juicio, debe primar la capacidad natural respecto a la legal, ello por varias razones: 1) Contrariamente a lo que expone SIMÓN, la interpretación que realiza MICHAUD en el Informe explicativo del Convenio es que *si un adulto ha sido declarado incapaz, pero en un determinado momento no presenta una capacidad mental disminuida (por ejemplo, porque su enfermedad tiene una evolución favorable), el debe consentir personalmente de acuerdo con lo que establece el artículo 5.* [821] 2) Que las pautas deontológicas

---

[819] *Op. cit.*, páginas 47 a 49, 71 y 95

[820] Artículo 56 del Código civil e interpretación dada por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 y de 24 de marzo de 1994, de 18-01-1999, 2-06-99 y 20-09-99

[821] El número 43 del Informe Explicativo no deja dudas: «in order to protect the fundamental rights of the human being, and in particular to avoid the application of discriminatory criteria, paragraph 3 lists the reasons why an adult may be considered incapable of consenting under domestic law, namely a mental disability, a disease or similar reasons… *If adults have been declared incapable but at a certain time do not suffer from a reduced mental capacity (for example because their illness improves favourably), they must, according to Article 5, themselves consent».* Los trabajos preparatorios de la Convención tampoco dejan duda sobre tal aserto *(Preparatory work on the Convention. Article 6.* CORED 8-12/03/93, párrafos penúltimo y antepenúltimo; CDBI 27-30/04/93, último párrafo y CDBI 26-30/06/95; Steering Committee on Bioethics (CDBI). *Preparatory Work on the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine (ETS N°164).* (Document prepared by the Directorate General of Legal Affairs). Strasbourg, 28 June 2000. CDBI/INF (2000) 1 Provisional, páginas

internacionales se dirigen en este sentido. Así, la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del paciente establece en su artículo 5, apartado b que *si el paciente incapacitado legalmente puede tomar decisiones racionales, éstas deben ser respetadas y él tiene derecho a prohibir la entrega de información a su representante legal.* 3) Tal interpretación es conforme a las recomendaciones internacionales. Así, la Recomendación nº R(99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los principios concernientes a la protección legal de incapaces adultos cuya Parte V recoge los principios relativos a la intervención en el campo de la salud, estableciendo dos criterios diferentes según los modelos legales que resulten en cada país.

Es evidente, pues, que sea cuál sea el sistema, la declaración de incapacidad legal no prima sobre la capacidad de hecho. La capacidad para el consentimiento a un tratamiento médico es *específica.* [822]

1.4.6. El denominado consentimiento por sustitución o por representación

Ya expresamos en el epígrafe V (1.1.5) de este trabajo los distintos problemas que planteaban los mecanismos de representación en relación con los derechos de la personalidad. Reflejo de ello es la distinta denominación que se realiza en la legislación estatal y autonómica sobre el problema de la prestación del consentimiento en aquellos casos en que el paciente carece de capacidad, de hecho o de derecho, para adoptar decisiones en materia de intervenciones sanitarias y la necesidad de atribuir la decisión a una tercera persona. En los casos en que no existen documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas, la ley atribuye esta decisión al ámbito familiar o de relación próxima del paciente. La legislación estatal habla directamente de «representación», pero algunas legislaciones autonómicas prefieren la expresión «consentimiento por sustitución» [823].

---

28 y ss (disponible en internet: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/bioethics/texts_and_documents/CDBI-INF(2000)1PrepConv.pdf

[822] Beauchamp y Childress señalan que «nadie debería ser considerado incompetente para todo (…) La competencia, por consiguiente, debe ser considerada específica en lugar de global (…) el término incompetencia específica se ha introducido en los casos legales para evitar generalizaciones vagas sobre la competencia que permitan excluir a las personas de todo tipo de toma de decisiones (…) Tradicionalmente, la ley ha supuesto que quien no es competente para manejar sus bienes tampoco lo es para votar, tomar decisiones médicas, casarse y cuestiones similares. Estas leyes fueron creadas para proteger la propiedad más que a las personas, por lo cual no son demasiado adecuadas para la toma de decisiones en medicina. Su implicación general, basada en un juicio total sobre la persona, en ocasiones ha llegado demasiado lejos (…) Este tipo de juicios suponen un desafío para nuestros conocimientos sobre la etiología de distintos tipos de enfermedades que producen incompetencia, incluso en casos difíciles de deficiencia mental, psicosis y afecciones extremadamente dolorosas. La demencia, el alcoholismo, la inmadurez y el retraso mental producen tipos totalmente diferentes de incompetencia y plantean problemas muy distintos» (*op. cit.*, páginas 126 y 127)

[823] Recogen expresamente la denominación «consentimiento por sustitución»: Artículo 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, *sobre los derechos de información concerniente a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica* (Comunidad Autónoma de Cataluña, BOE 29/2001, de 2 febrero 2001 Ref Boletín:

Para el caso de adultos, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[824], establece en su artículo 9.3 que se otorgará el «consentimiento por representación» en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el

---

01/02353; DOGC 3303/2001, de 11 enero 2001; EDL 2000/89465); Artículo 6 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, *reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes* (Comunidad Autónoma de Galicia; BOE 158/2001, de 3 julio 2001 Ref Boletín: 01/12770; DOG 111/2001, de 8 junio 2001; EDL 2001/22065); Artículo 27.6 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, *de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid* (BOE 55/2002, de 5 marzo 2002 Ref Boletín: 02/04375; BOCM 306/2001, de 26 diciembre 2001; EDL 2001/50678); Artículo 14 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, *de Salud de Aragón* (BOE 121/2002, de 21 mayo 2002 Ref Boletín: 02/09667; BOA 46/2002, de 19 abril 2002; EDL 2002/8160); Artículo 8.2 de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, *sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica* (Comunidad Foral de Navarra, BOE 129/2002, de 30 mayo 2002 Ref Boletín: 02/10345; BON 58/2002, de 13 mayo 2002; EDL 2002/12201); Artículo 9 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, *de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana* (BOE 48/2003, de 25 febrero 2003 Ref Boletín: 03/03838; DOGV 4430/2003, de 31 enero 2003; EDL 2003/802); Artículo 31 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, *sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud* (Comunidad Autónoma de Castilla y León, BOE 103/2003, de 30 abril 2003 Ref Boletín: 03/08796; BOCL 71/2003, de 14 abril 2003; EDL 2003/7418).

Recogen expresamente la denominación «representación»: Artículo 6.3 de la Ley 2/2002 de 17 de abril, *de Salud* (Comunidad Autónoma de La Rioja, BOE 106/2002, de 3 mayo 2002 Ref Boletín: 02/08489; BOR 49/2002, de 23 abril 2002; EDL 2002/9640); Artículo 31 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, *de Ordenación Sanitaria de Cantabria* (BOE 6/2003, de 7 enero 2003 Ref Boletín: 03/00323; BOCA 242/2002, de 18 diciembre 2002; EDL 2002/53940); Artículo 25 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, *de información sanitaria y autonomía del paciente* (Comunidad Autónoma de Extremadura, BOE 186/2005, de 5 agosto 2005 Ref Boletín: 05/13470; DOE 82/2005, de 16 julio 2005; EDL 2005/90094)

No recogen expresamente denominación o están adaptadas a la redacción del derogado artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: Artículo 49.6, letra b, de la Ley 1/1992, de 2 de julio, *del Servicio de Salud del Principado de Asturias* (BOE 211/1992, de 2 septiembre 1992 Ref Boletín: 92/20655; BOPA 162/1992, de 13 julio 1992; EDL 1992/15908; que expresa que «el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas»); Artículo 6.1, letra o, apartado 2, de la Ley 11/1994, de 26 de julio, *de Ordenación Sanitaria de Canarias* (BOE 204/1994, de 26 agosto 1994 Ref Boletín: 94/19583; BOC 96/1994, de 5 agosto 1994; EDL 1994/17067; que habla de que «el derecho corresponderá a sus familiares, y en el caso de no existir éstos o no ser localizados, comunicárselo a la autoridad judicial»); Artículo 3 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, *de Salud de la Región de Murcia* (BOE 243/1994, de 11 octubre 1994 Ref Boletín: 94/22255; BORM 176/1994, de 4 agosto 1994; EDL 1994/17081; remite al artículo 10 de la Ley General de Sanidad); Artículo 10 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, *de ordenación sanitaria de Euskadi* (BOPV 138/1997, de 21 julio 1997; EDL 1997/26557, realiza una remisión a la normativa general); Artículo 6.1, letra ñ, apartado 2º de la Ley 2/1998, de 15 de junio, *de Salud de Andalucía* (BOE 185/1998, de 4 agosto 1998 Ref. Boletín: 98/18720; BOJA 74/1998, de 4 julio 1998; EDL 1998/44814 expresa que «el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial»); Artículo 4.1, letra k, apartado 2º, de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, *de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha* (BOE 50/2001, de 27 febrero 2001 Ref Boletín: 01/03896; DOCM 126/2000, de 19 diciembre 2000; EDL 2000/90424; habla de que «el derecho corresponderá a sus familiares, personas allegadas o representante legal»); Artículo 12.5 de la Ley 5/2003 de 4 de abril, *de Salud de las Illes Balears* (BOE 110/2003, de 8 mayo 2003 Ref. Boletín: 03/09336; BOIB 55/2003, de 22 abril 2003 EDL 2003/8180, habla de representantes legales que determine la sentencia de incapacidad o, en caso de inexistencia de declaración judicial, que el derecho corresponde a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él).

[824] BOE 274/2002, de 15 noviembre 2002 Ref Boletín: 02/22188 (EDL 2002/44837)

> consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
>
> b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

La norma no establece excesivas especificaciones sobre la forma de desarrollar esta actividad representativa. Sólo recoge un escueto párrafo en el que expresa:

> 5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Remite la ley, sin embargo, a las disposiciones especiales de aplicación en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Sobre los casos de incapacidad aplicados a la salud mental hablaremos en epígrafe posterior de este trabajo, puesto que es necesario conectarlo con el resto de la legislación civil. Nos centraremos en los supuestos de ausencia de capacidad de decisión, a criterio del médico responsable, es decir, supuestos de hecho.

Necesario es reseñar que la actuación de quienes otorgan el consentimiento por sustitución no puede ser arbitraria. La intervención sólo puede realizarse en beneficio directo del paciente (artículo 6.1, que exceptúa los casos de ensayos clínicos con las condiciones previstas en el artículo 17.2 y de extracción de tejidos regenerables con las condiciones previstas en el artículo 20.2) y la autorización sólo puede ser retirada cuando ello sea procedente para el interés del paciente. MICHAUD, en el informe explicativo del Convenio señala que *constituye un deber del médico proteger al paciente de las decisiones tomadas por una persona o institución habilitada para ello que no se ajusten al interés del paciente; en este sentido, la ley nacional debe regular las vías de recurso adecuadas. La subordinación del consentimiento (o de su retirada) al interés del paciente está en sintonía con el objetivo de proteger a éste*. El Código de Ética y Deontología Médica de 1999 establece en este sentido que el médico *respetará la libertad de los pacientes competentes* y que *tratará y protegerá la vida de todos aquellos que sean incapaces, pudiendo solicitar la intervención judicial, cuando sea necesario* (artículo 9.4, *in fine*)[825].

Gran parte de las decisiones en los casos de falta de capacidad se toman con pacientes que no han sido previamente incapacitados, ello es así porque existen situaciones de incapacidad de hecho que pueden ser tanto puntuales en el tiempo

[825] Disponible en la página web de la Organización Médica Colegial de España http://www.cgcom.org/pdf/Codigo.pdf

como prolongadas. Los precedentes de esta norma se encuentra en el derogado artículo 10 nº 6 (letra «b») de la Ley General de Sanidad y en el artículo 6 del Convenio a cuyo tenor:

> 3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.
> 4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el art. 5.
> 5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

En lo que concierne a la salud mental, la propia Organización Mundial de la Salud señala en los 10 principios básicos en materia de legislación de salud mental (Ginebra, 1996) que, en el caso de una persona que sea considerada inhábil para consentir, lo cual sucederá generalmente de forma ocasional pero no sistemática, debe existir una persona que pueda ejercer el consentimiento por sustitución (pariente, amigo o autoridad) autorizado para decidir en su nombre y en su mejor interés (principio 5). Ahora bien, la propia OMS remarca el carácter restrictivo de dicha representación, que no puede hacerse ni de forma sistemática, ni presuntiva, ni obviar los deseos anteriores del afectado ni su capacidad remanente[826].

Los poderes atribuidos a los familiares derivan directamente de la Ley. Lo importante es, sin embargo, determinar el alcance de dichas facultades. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999[827] señala, como principio nº 18, el de control de los poderes resultantes en aplicación de la ley.

> 1. Será especialmente considerada la necesidad de asegurar que los poderes conferidos sobre una persona por aplicación directa de la ley, sin intervención judicial o administrativa, para actuar o tomar decisiones en representación de un adulto incapaz sean limitados y su ejercicio controlado.
> 2. La concesión de tales facultades no priva al adulto de capacidad legal.
> 3. Tales poderes deben ser modificables o finalizables en cualquier momento por una medida de protección adoptada por la autoridad judicial o administrativa.

---

[826] World Health Organization. *Mental Health Care Law: Ten Basic Principles*. Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. Geneva, 1996 (WHO/MNH/MIND/96.9)

[827] Consejo de Europa. Recommendation Nº R(99)4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults *(Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Minister's Deputies)*

4. Los principios 8 a 10 se aplican al ejercicio de tales facultades cuando sean aplicables en la adopción de medidas de protección.

Se trata, pues, de facultades muy limitadas, tanto en el tiempo como en el contenido. Podemos señalar algunos criterios de limitación:

1) No podrá ejercerse en aquellos casos en que la ley exija expresamente declaración de incapacidad y nombramiento de representante legal para poder efectuar la decisión (sería, por ejemplo, el caso de la esterilización del artículo 156 del Código Penal pero no existe norma específica sobre este particular en materia de salud mental)
2) No podrá ejercerse en aquellos casos en que la situación de incapacidad fáctica sea presumiblemente tan breve que permita la espera sin riesgo alguno para el paciente (por ejemplo, una breve situación de inconsciencia)
3) En aquellas situaciones en que la situación se prolonga en el tiempo, tal facultad cesará en el momento en que la mejoría del paciente permita estimar que ha recuperado su capacidad.
4) La actuación deberá ser proporcionada, siendo de aplicación los principios ya expuestos en materia de representación legal

Es perfectamente posible que los familiares decidan como grupo o que exista una persona a la que todos consideren que debe atribuirse tal derecho, pero la situación de posiciones enfrentadas, sea entre familiares con el mismo vínculo (por ejemplo, entre hermanos) o distinto (mujer e hijos, por ejemplo) es perfectamente posible. Las soluciones que nos brinda el análisis de la legislación no son homogéneas ni mucho menos precisas pero podemos establecer dos posibilidades: 1) atender al orden establecido en la concreta regulación[828]; 2) aplicar, por analogía, los artículos del Código Civil referentes al nombramiento de tutor (artículos 234 y 235) o el artículo 179 del Código de Familia en el caso de Cataluña[829].

---

[828] Así en la Ley 3/2001, de 28 de mayo (Galicia), el artículo 6, letra a, establece que el derecho corresponderá a sus familiares y en defecto de éstos a las personas a él allegadas. En caso de los familiares se dará preferencia al cónyuge, en su defecto a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los de mayor edad. El artículo 8 de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo (Navarra) establece que se dará preferencia al cónyuge o persona vinculada al enfermo por análoga relación de afectividad, y, en su defecto, a los familiares de grado más próximo y dentro del mismo grado a los de mayor edad. El artículo 9 de la Ley 1/2003, de 28 de enero (Valencia) expresa que el consentimiento se prestará por los familiares o miembro de unión de hecho, y en su defecto por las personas allegadas, cuando el paciente esté circunstancialmente incapacitado para tomarlas. En el caso de los familiares, tendrá preferencia el cónyuge no separado legalmente; en su defecto, el familiar de grado más próximo y, dentro del mismo grado, el de mayor edad. El artículo 12 de Ley 5/2003 de 4 de abril (Baleares) establece que el derecho corresponderá a sus familiares, a su pareja y, subsidiariamente, a las personas cercanas a él.

[829] Es de tener en cuenta la posición del convivente de hecho que variará según la normativa de cada comunidad autónoma. Por ejemplo, en Cataluña la prioridad se ha establecido expresamente en el artículo 179 tras la ley 3/2005, de 8 abril aunque ya existía esta posibilidad en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas).

Es necesario señalar que el familiar o pariente que otorgue el consentimiento sustitutivo tiene que reunir unas características mínimas entre las que se encuentran la capacidad de hecho para realizar el acto y la inexistencia de intereses personales en la adopción de la decisión que claramente le impidan la actuación en beneficio del afectado. Si existieran fuertes discrepancias entre el núcleo familiar entre parientes del mismo grado u oposición de familiares de grado inferior o discrepancias entre el personal de la institución sanitaria y los familiares, la solución sería acudir a lo dispuesto en el artículo 216 párrafo segundo del Código Civil, dando entrada a la intervención judicial.

Resta, por último, un problema importante. ¿Qué ocurre en los casos en que dichas personas no existen? APPELBAUM y GRISSO ponen de relieve que en Estados Unidos, unos pocos Estados tienen agencias denominadas *public guardians*. En otros Estados, los jueces designan a abogados o a asistentes sociales u otros profesionales del establecimiento sanitario. Cuando las necesidades del paciente son urgentes, pero todavía existe tiempo para la consulta con el tribunal, los jueces pueden autorizar los tratamientos. En algunas regiones, los tribunales locales designan a un juez para la actuación en todos estos casos[830].

En España, salvo para los supuestos de urgencia, parece que la práctica y algunas de las legislaciones citadas en este texto (Andalucía, Canarias) se inclina por otorgar al Juez dicha facultad. Si la situación se prolongara en el tiempo, sería aplicable el artículo 757 nº 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por si fuera necesario que el Fiscal solicitara la declaración de incapacidad.

2. TRATAMIENTO

2.1. ¿Existen las enfermedades mentales?

El Diccionario de la Real Academia Española define el concepto de *enfermedad* como «alteración más o menos grave de la salud»; el concepto de *tratamiento*, en el ámbito que nos interesa, como «sistema de curación» y la acción de *curar* como «aplicar al enfermo los remedios correspondientes a su enfermedad». Sin entrar en profundidad en la materia y desde la perspectiva coloquial que estamos analizando parece que para que exista tratamiento es necesario poder hablar de enfermedad. Si, como sostienen las posiciones antipsiquiátricas, la enfermedad mental no es una enfermedad propiamente dicha, no podríamos hablar de verdadero tratamiento.

Es necesario precisar que, dentro del marco de nuestro estudio, este problema carece de relevancia debido a que en las distintas áreas jurídicas las leyes se ajustan al criterio de la enfermedad. Así, en el ámbito de la incapacidad, se

[830] *Op. cit.*, página 162

habla de la «enfermedad de carácter psíquico» como una de sus causas (artículo 200 C.C.) y el Código Penal habla de «anomalía o alteración psíquica» (artículo 20.1)[831] que precisa «tratamiento médico» o «tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario» (artículos 96, 101 y 105) o «enfermedad» al definir el concepto de persona «incapaz» a efectos penales (artículo 25). Desde otro punto de vista, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía[832], en su anexo I, dedica su Capítulo 16 a la «enfermedad mental», estableciendo sus párrafos iniciales que:

---

[831] Por ejemplo, en el caso de la esquizofrenia, el Tribunal Supremo se refiere a la misma como «enfermedad» aunque la misma pueda causar distintos efectos en el ámbito penal. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 29 septiembre 2005, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2005/162018): «Aunque es difícil dar un concepto preciso de esquizofrenia, porque no es propiamente una enfermedad sino un *conjunto de enfermedades* por la variedad de síntomas que presenta, es lo cierto que se trata de una verdadera psicosis endógena, sin duda la más frecuente, que se caracteriza por producir un trastorno fundamental con escisión en la estructura de la personalidad, de modo que, si bien el sujeto puede conservar su inteligencia, memoria, afectos, sentimientos, gustos, aficiones, etc., comportándose con aparente normalidad, en ocasiones, sin embargo, no puede hacer uso de estas facultades porque hay otras funciones psíquicas, que no reconoce como suyas porque las atribuye a fenómenos extraños a su persona, que le impulsan a actuar en un determinado sentido, originándose así una disociación en las vivencias internas que constituye la verdadera esencia de la psicosis esquizofrénica, si bien las diversas manifestaciones en que se presenta originan las distintas clases de esta enfermedad, como son la esquizofrenia paranoide, caracterizada por las alucinaciones o ideas delirantes, la esquizofrenia hefebrénica, en la que los síntomas cambian con alteraciones del humor, tendencia a la soledad, irritabilidad o extravagancias, la esquizofrenia catatónica, con alteraciones de los impulsos y movilidad, rigideces o posturas fijas, la esquizofrenia simple o heboidofrenia, que presenta apatía progresiva, disminución de la espontaneidad y de la afectividad, falta de interés, etc; pudiendo aparecer esta psicosis de forma lenta y continuada, si bien es lo más frecuente que la primera vez se presente por sorpresa en forma de brote agudo (brote esquizofrénico) que puede desaparecer y volver a repetirse, porque, en realidad, aunque remitan los síntomas la enfermedad es difícil que llegue a curarse, ocasionando la repetición de tales fases agudas un estado residual cada vez más intenso hasta llegar, a veces, a verdaderas demencias. Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (Ss. 22-1-88, 8-2-90, 8-6-90, 28-11-90, 6-5-91, 16-6-92, 15-12-92 y 30-10-96, 20-1-97, 8-10-98, 10-6-99, 18-10-99, 20-11-2000, 21-2-2002, 25-9-2003 y 27-01-2004, entre otras) y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la *enfermedad mental),* sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal *enfermedad* en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a estos casos de psicosis esquizofrenica en sus distintas modalidades, podemos llegar a las siguientes conclusiones: 1ª Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del art. 20.1 CP. 2ª Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha *enfermedad,* como ocurrió en el caso examinado por esta Sala en su sentencia de 19 de abril de 1997, habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1º del art. 21. 3ª Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6º del mismo art. 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (véase la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1990). Incluso en ocasiones esta sala, pese a haberse diagnosticado en el acusado la esquizofrenia paranoide, no ha apreciado circunstancia atenuante alguna, ni siquiera en su modalidad más leve, la del mencionado núm. 6º del art. 21. Así, dos de las citadas sentencias, las de 20 de noviembre de 2000 (núm. 1341) y la de 25 de septiembre de 2003. Esta última tiene en cuenta *esta grave enfermedad psiquiátrica* sólo a los efectos de individualización de la pena, esto es, para determinar su cuantía sin apreciar ni siquiera la mencionada atenuante analógica. Como vemos, hay que estar a las circunstancias del caso, para examinar el efecto concreto de la *enfermedad psíquica,* la que sea, en la mente y voluntad del sujeto cuando el hecho delictivo tiene lugar». (el subrayado es mío)

[832] BOE 22/2000, de 26 enero 2000 Ref Boletín: 00/01546 (EDL 1999/64271)

> La valoración de la *enfermedad mental* se realizará de acuerdo con los grandes grupos de trastornos mentales incluidos en los sistemas de clasificación universalmente aceptados —CIE-10, DSM-IV—. Teniendo como referencia estos manuales, los grandes grupos psicopatológicos susceptibles de valoración son: trastornos mentales orgánicos, esquizofrenias y trastornos psicóticos, trastornos de estado de ánimo, trastornos de ansiedad, adaptativos y somatomorfos, disociativos y de personalidad. Partiendo del hecho reconocido de que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto «Trastorno Mental», entendemos como tal el conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que, interfieren el desarrollo personal, laboral y social de la persona, de manera diferente en intensidad y duración. La valoración de la discapacidad que un Trastorno Mental conlleva se realizará en base a: 1. Disminución de la capacidad del individuo para llevar a cabo una vida autónoma. 2. Disminución de la capacidad laboral 3. Ajuste a la sintomatología psicopatológica universalmente aceptada.

Desde mi formación jurídica, no me corresponde efectuar la defensa de una cuestión centrada en el ámbito de la Medicina. Ahora bien, sí que parece necesario apuntar que la visión de SZASZ sobre el mito de la enfermedad mental se elabora en una época de desconfianza racional hacia la psiquiatría en la que se desarrollaron fuertes críticas debido a la escasa fiabilidad de los diagnósticos y al uso frecuente de la esquizofrenia como cajón de sastre[833].

El concepto de enfermedad es una elaboración humana y no refleja ninguna propiedad intrínseca de la naturaleza. Se han desarrollado diversos modelos que explican la enfermedad mental[834]. Podemos, así hablar de un *modelo biológico* (requiere la existencia de cambios estructurales o químicos objetivamente demostrables, relacionados con una condición del organismo), *estadístico* (existen conducta, ideas o afectos que se separan de manera excesiva del término medio habitual en el grupo social del individuo), *normativo* (considera que los trastornos

---

[833] D.L. Rosenhan, realizó, en 1973, un estudio sobre la fiabilidad de las categorías de diagnóstico empleadas en psiquiatría. Ocho personas sanas presentaron su solicitud en diferentes manicomios situados en la costa este y en la oeste de los Estados unidos. Habían falsificado sus contratos de trabajo, ocultando el hecho de que todos tenían una formación profesional en psicología. Decían oír voces. A todos les diagnosticaron esquizofrenia y fueron admitidos. Una vez en los hospitales, recuperaron de repente su comportamiento normal. Nadie del personal de los hospitales descubrió el engaño, aunque los propios internados les reconocían como impostores. Todos los colaboradores del estudio tomaron notas regular y abiertamente sobre sus experiencias, pero el personal pensaba que su escritura era sólo un aspecto más de su comportamiento patológico. El período de hospitalización varió entre siete y cincuenta y dos días, y todos fueron eventualmente dados de alta con el diagnóstico de «esquizofrenia en remisión». Como señala Rosenhan, la frase «en remisión» no señalaba que la normalidad de los pseudo-pacientes se hubiera descubierto, ya que nunca se planteó ninguna duda sobre la legitimidad de la hospitalización. Con independencia de las críticas que se plantearon al estudio, época en que era difícil que el ingreso en un manicomio de Estados Unidos fuera rechazado con un cierto plazo de anticipación, lo que resulta indiscutible es la vaguedad del diagnóstico y el hecho de que el ingreso marcara a los pseudopacientes con la etiqueta de «esquizofrénico». (Citado por Giddens, Anthony. *Sociología.* Alianza Editorial. Madrid, 1991, página 183. La actual edición de 2004 no recoge este apartado)

[834] Pérez Martín, Jorge. «Clasificación de las enfermedades mentales» en VV.AA. *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio.* Caja de Ahorros del Mediterráneo. Alicante, 2001. Vol. I, páginas 25 a 62

mentales son manifestaciones desviadas de cierto concepto ideal o norma a seguir), *funcional* (hay enfermedad mental cuando se pierden o alteran funciones psíquicas y hábitos de conducta que contribuyen al bienestar e integración social del individuo) o *social* (se considera una persona como enferma cuando su personalidad o comportamiento obstaculiza las actividades, proyectos o creencias de la sociedad que le rodea).

La Psiquiatría es una ciencia médica, dentro de las ciencias naturales y, por lo tanto, se rige por criterios científicos: es la ciencia médica que se ocupa del estudio y tratamiento de las enfermedades mentales; pero también es una ciencia cultural, y esto quiere decir que determinadas conductas pueden calificarse de anormales e incluso de patológicas según el momento histórico o la cultura en la que aparecen. El abanico de lo que se considera enfermedad mental es muy amplio. Podemos establecer una primera distinción atendiendo al origen del trastorno entre aquellas enfermedades que están producidas por factores físicos, siendo identificable una alteración del metabolismo, una lesión o cualquier otra causa y aquellas que no tienen una causa física conocida. En la mayoría de los trastornos mentales no podemos identificar una causa física conocida, sin que esto signifique que no estén producidos por causas físicas, sino que todavía no ha podido ser aislado el factor físico que los provoca. Los trastornos mentales no están producidos exclusivamente por factores físicos o psicológicos, sino que en cada trastorno mental existe una interacción entre ambos, aunque el peso recaiga, según el caso, más en factores físicos o en factores psicológicos[835].

Tras los avances de la genética y de las neurociencias comienzan a defenderse nuevos planteamientos como el del premio Nobel (2000) Eric KANDEL que ha perfilado una nueva estructura de la psiquiatría centrada en cinco principios[836]: 1) Todos los procesos mentales, incluso los procesos psicológicos más complejos, derivan de operaciones del cerebro; 2) los genes y sus proteínas son importantes factores del modelo de interconexión entre las neuronas en el cerebro y los detalles de su funcionamiento; 3) los genes alterados no explican, por sí mismos, toda de la variación de una grave enfermedad mental dada, los factores sociales o del desarrollo también contribuyen de forma importante; 4) las alteraciones en la expresión de los genes inducidas por el aprendizaje dan origen a cambios en el modelo de las conexiones neuronales, estos cambios no sólo contribuyen a las bases biológicas de la individualidad sino que presumiblemente son responsables del inicio y permanencia de anormalidades del comportamiento que son inducidas por contingencias sociales; 5) en la medida en que la psicoterapia o la orientación es efectiva y produce cambios a largo plazo en el comportamiento, presumiblemente realiza esto a través del aprendizaje, produciendo cambios en la expresión de los genes que alteran la

[835] PÉREZ MARTÍN, Jorge. *Op. cit.*

[836] KANDEL, Eric R. «A New Intelectual Framework for Psychiatry» en *American Journal of Psychiatry* 1998; 155:457-469

fuerza de las conexiones sinápticas y cambios estructurales que alteran el modelo anatómico de interconexiones entre las células nerviosas del cerebro.

Aparentemente, el concepto de enfermedad mental es menos objetivo que el de las restantes enfermedades físicas, pero sólo en apariencia. Según FULFORD[837], el problema que subyace en el fondo de las posturas enfrentadas (psiquiatría y antipsiquiatría) del análisis de los trastornos mentales no es el referente al significado de la enfermedad mental, sino el de la orgánica. Las posturas biomédicas tradicionales han intentado crear un concepto objetivo de enfermedad en la que los valores se encuentran en la periferia. Sin embargo, realmente todo procede de un análisis del uso del lenguaje. Tanto el concepto de enfermedad mental como el de enfermedad orgánica suponen juicios valorativos. La diferencia entre las expresiones valorativas que contienen elementos objetivos (descriptivos) y las que no se encuentra en la extensión con que se establecen o acuerdan los criterios para los juicios de valor que expresan. Si los criterios objetivos reciben una amplia aprobación, entonces el término adquirirá un significado objetivo; si los criterios varían ampliamente, entonces el término mantendrá un significado claramente valorativo. La enfermedad mental es más claramente valorativa que la órganica pero no por ello es menos legítima, no correspondiendo a un mero concepto moral como defiende SZASZ[838].

Una vez realizadas estas precisiones, debo fijar mi postura. Desde mi visión jurídica, no hay problema en concebir los trastornos mentales, desde una perspectiva amplia, como enfermedad o, más correctamente, como alteración de la salud y personalmente creo que el planteamiento de estas cuestiones se debe únicamente a que todavía queda mucho por avanzar en la ciencia de la Psiquiatría (al igual que en otras muchas disciplinas médicas). Ahora bien, la consideración de determinados procesos como enfermedades no es en absoluto, como pudiera pensarse, negativa. Puede comportar indudables beneficios, tales como una distinta consideración social o unos beneficios ligados a prestaciones sociales. Por ello, es necesario aclarar que es posible defender un concepto amplio de salud como el de la Organización Mundial de la Salud que la estima como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de molestias o enfermedades», desde una perspectiva favorable, pero, sin embargo, desde el campo en el que estamos trabajando (los tratamientos involuntarios), la interpretación debe ser forzosamente restrictiva puesto que supone privación en el ejercicio de derechos. La necesidad de una precisión mayor es importante.

En este sentido, el primer límite vendría constituido por lo dispuesto en el artículo 2 de la Rec(2004)10. La Recomendación se aplica a las personas con

---

[837] FULFORD, K.W.M., «Filosofía analítica, neurociencias y concepto de trastorno», en el libro conjunto de BLOCH, CHODOFF y GREEN *La ética en psiquiatría;* Editorial Triacastela. Madrid, 2001, páginas 161 a 188.

[838] Ambos autores polemizarán sobre este aspecto en FULFORD, K.W.M. «Values-Based Medicine: Thomas Szasz's Legacy to Twenty-First Century Psychiatry» y «Reply by Thomas Szasz» en *Szasz under Fire. The psychiatrist abolitionist faces his critics*. Edited by Jeffrey A. Schaler. Carus Publishing Company. Chicago and La Salle (Illinois), 2005. Páginas 57 a 177.

trastorno mental definidas de acuerdo con los estándares médicos aprobados internacionalmente. La falta de adaptación a los valores morales, sociales, políticos o de cualquier otra naturaleza de una sociedad por sí mismas no pueden ser consideradas trastorno mental. El Principio nº 4 de Naciones Unidas (A/RES/46/119) recoge con mayor detalle el concepto[839]. Los principios anteriormente sentados no son sólo meras recomendaciones, constituyen parte de la interpretación del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 como ya vimos al analizar el caso *Winterwerp contra Holanda*. La citada sentencia expresó que el concepto de enajenado no se presta a una definición definitiva, pues depende de los progresos de la psiquiatría, de los avances del tratamiento y de los cambios de actitud de la comunidad pero que no puede abarcar el internamiento de una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas predominantes en una determinada sociedad. La sentencia matiza que el artículo 5.1 constituye una excepción al derecho a la libertad personal mediante una lista taxativa que debe ser interpretada por ello estrictamente. Ello es perfectamente aplicable a las restantes medidas que suponen la aplicación de tratamientos involuntarios.

Lo anterior constituye un punto de partida que tuvo su raíz en los problemas del falso diagnóstico y las detenciones arbitrarias que se produjeron en el siglo XIX. El estudio de estos problemas, como estrategias de poder centradas en diversos colectivos, tuvo su punto álgido en la década de los 70. Sin embargo, esta primera limitación hoy se torna claramente insuficiente. Aunque los nuevos sistemas de clasificación internacionalmente aceptados (CIE-10 y DSM-IV) constituyen un notable avance en cuanto consiguen un lenguaje común e intentan ser instrumentos ateóricos que pueden ser aceptados por variados grupos y escuelas, lo cierto es que presentan también problemas. El primero de ellos es, sin duda, que las categorías se establecen por consenso, lo cual no garantiza la validez ni la pureza diagnóstica[840]. Por otro lado, muchos de los criterios y de las distinciones son bastante discutibles[841]. El mero hecho de que un diagnóstico pueda estar incluido en una de estas clasificaciones no justifica el tratamiento involuntario.

---

[839] Principio 4. *Determinación de una enfermedad mental.* 1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente. 2. La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental. 3. Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental. 4. El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental. 5. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta.

[840] Pensemos en la agria polémica que supuso la inclusión o exclusión de los homosexuales que, hasta fechas bien recientes, fueron catalogados como enfermos mentales.

[841] Ampliamente, Vallejo Ruiloba, Julio. «La psicopatología en el momento actual» en Baca, Enrique/Lázaro, José. *Hechos y valores en psiquiatría.* Editorial Triacastela. Madrid, 2003, páginas 143 a 158.

Si los intentos de definición de estas características son difíciles en el plano científico, mucho más lo son en el plano legal. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales, la *Mental Health Act* de 1983 concreta en su artículo 1 las categorías de aplicación de la ley, realizando una enumeración de cuatro categorías. Lo que constituye «mental illness» no se define, ni existe intento alguno en el Código de Práctica de suministrar una explicación sobre este término. Como indica JONES, los propios psiquiatras criticaron los intentos oficiales de precisar el concepto para conseguir una definición más exacta de lo que constituye «mental illness», puesto que las realizadas eran restrictivas en algunos casos y excesivamente amplias en otros. El propio Gobierno británico abandonó su búsqueda de una definición del concepto de enfermedad mental en parte por las dificultades de que la misma superase el paso del tiempo y en parte porque no existía evidencia de que la ausencia de definición constituyese un verdadero problema[842].

Lo cierto es que, en la práctica sí que es de reseñar que sí que se existe un predominio estadístico de aplicación de los patrones de tratamiento involuntario en el marco de las patologías englobadas en lo que denominamos «psicosis».

Probablemente, como punto de partida, sea interesante la argumentación de MCHUGH y SLAVNEY[843]. Estos autores señalan que los psiquiatras estudian la mente, entendida como sistema definido de facultades y funciones que se expresan en la consciencia humana como pensamientos, estados de ánimo y decisiones. Los psiquiatras estudian este sistema vital en busca de evidencias de trastornos que pueden ser tratados o prevenidos. Pero la fórmula de interpretación de los trastornos mentales no es única, sino que se realiza desde diversas perspectivas:

1. La perspectiva de la enfermedad. Existe una anomalía identificable en la estructura o función de una parte del cuerpo de la que dependen los síntomas.
2. La perspectiva dimensional. El problema resulta de una gradación cuantitativa, no cualitativa, en algún extremo de la dimensión humana de variabilidad psicológica, tal como su capacidad cognoscitiva y su temperamento afectivo.
3. La perspectiva de la conducta. Identifica trastornos que surgen bien por los fines inusuales a los que algunas personas se sienten impulsadas (por ejemplo, la toxicomanía o el alcoholismo) o a causa de excesos en sus intentos por satisfacer impulsos comunes a todos (como los trastornos de la alimentación).
4. La perspectiva de la historia vital. Un estado de malestar mental puede ser el resultado natural muy comprensible de una experiencia molesta.

---

[842] JONES, Richard. *Op. cit.* Páginas 11 a 13

[843] MCHUGH, Paul R. y SLAVNEY, Phillip R. *Las perspectivas de la Psiquiatría.* Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza. Zaragoza, 2001.

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

La vida puede alterarse por lo que un paciente *tiene* (enfermedades)[844], lo que el paciente *es* (dimensiones)[845], lo que el paciente *hace* (conductas)[846] o lo que el paciente *encuentra* (historia vital)[847].

MCHUGH y SLAVNEY señalan que el enfoque biopsicosocial de Engel, como enfoque sistémico, es tan amplio en su espectro y tan inespecífico en su relación con cualquier trastorno concreto, que no puede hacer más que recordar a los psiquiatras que lo miren todo. De hecho no ofrece reglas, directivas o caminos lógicos para interpretar la agrupación de los enfermos en la clasificación psiquiátrica más utilizada el DSM[848, 849]. Aunque este enfoque está lejos de solucionar todos

---

[844] Los autores expresan que el enfoque conceptual de la enfermedad se centra en la atención de lo observable y los resultados llegan en tres estadios: identificación de los síntomas, relación con una anatomopatología y descubrimiento de una causa. El concepto de enfermedad funciona en Psiquiatría del mismo modo que en las restantes ramas de la Medicina. Los trastornos psiquiátricos que mejor se ajustan a este modelo de razonar son aquellos que han avanzado lo suficiente para permitir correlaciones entre cambios mentales y neuropatológicos, como son las demencias, *el delirium,* el síndrome de Korsakoff y la afasia, pero también puede aplicarse el modelo de enfermedad a trastornos psiquiátricos sin neuropatología conocida, como la esquizofrenia o el trastorno bipolar. Lo anterior se debe a que se han descubierto trastornos que provocan fenómenos idénticos, cuyo origen reside en una disfunción cerebral. Estos dos síndromes a menudo se denominan *psicosis funcionales,* en contraste con las *psicosis orgánicas*. Realmente el término psicosis ha desplazado al anterior de enajenación mental o locura, en la medida en que indica el trastorno grave de la vida mental por un proceso que origina formas nuevas de experiencias psicológicas. Aunque, como en cualquier otra enfermedad, la historia vital de los afectados interfiere en el proceso, podemos concluir que tales trastornos deben ser considerados como enfermedades, aunque los mecanismos patológicos y los agentes etiológicos no hayan sido todavía completamente identificados, lo que, por otra parte, sucede también con otros tipos de enfermedades ordinarias. Los dos trastornos citados no agotan los que pueden ser considerados dentro de esta perspectiva.

[845] La perspectiva de las dimensiones, según los autores citados, atiende fundamentalmente a la inteligencia y al temperamento. La *normalidad* o *anormalidad* de una persona con deficiencia psíquica se define por la dimensión de la inteligencia. La predisposición afectiva (temperamento) también es una variable dimensional. Tales potencialidades pueden dar lugar a vulnerabilidades conductuales (respuestas) al afrontar los acontecimientos vitales. La palabra *neurosis* se utiliza a menudo para identificar respuestas emocionales relacionadas con conflictos, derivándose la misma de los términos originales *nervioso* y *nervios,* una relación que resalta precisamente elementos del organismo en situaciones en las que parece menos pertinente.

[846] La perspectiva de la conducta, según los autores citados, atiende a las personas fundamentalmente por una conducta inadaptada que se ha transformado en un modo de vida. Los trastornos de la conducta motivadas podrían desarrollarse por una combinación de rasgos fisiológicos corporales que estiman la pulsión y responden a su satisfacción o de aprendizaje por influencia del entorno a las respuestas generadas por la pulsión. Se trata aquí no tanto de curar como de modificar un modo de vida. Lo patológico en el caso de las dependencias o los trastornos de la alimentación resulta de la propia conducta, con independencia de que pueda existir una mayor o menor predisposición fisiológica. El objetivo central debe ser la interrupción de la misma y posibilitar la rehabilitación.

[847] La perspectiva de la historia se centra, según los autores citados, en el análisis de la serie de circunstancias vitales que resultan en el malestar de un paciente explicado como reacción ante la desgracia. El método del historiador se centra en el estudio del entorno, la secuencia y los resultados.

[848] *Op. cit.*, páginas 347 a 351

[849] En este sentido, Vallejo Ruiloba expresa: «El modelo biopsicosocial es difícilmente desechable desde una posición teórica, ya que esto atenta contra la visión aceptada de que el hombre es una realidad que tiene tres pilares, los tres mundos de Popper (Popper, Eccles, 1980) (mundo 1: organismos vivos; mundo 2: experiencias subjetivas; mundo 3: productos de la mente humana), que llevados al campo de la psiquiatría equivalen al substrato biológico, el substrato psicológico personal y el substrato social, que parte de las relaciones interpersonales y se extiende al perimundo político-social y económico. Sin embargo, el modelo biopsicosocial debe matizarse, concretarse en el seno de la investigación, de forma que se precise la verdadera relación de estos tres mundos. Lo contrario es acceder a una ambigua inespecificidad en la que parece que los tres niveles tienen la misma importancia en la génesis de las enfermedades, lo cual aboca a una peligrosa ambigüedad e inespecificidad terapéutica. (Vallejo Ruiloba, Julio. «La psicopatología …, página 155).

los problemas que hemos apuntado, tiene el mérito de centrar la cuestión que es que los pacientes psiquiátricos no son un grupo homogéneo.

En cualquier caso, los criterios para la imposición de tratamiento involuntario, como veremos posteriormente, no se satisfacen por la presencia de un determinado tipo de enfermedad, sino que fundamentalmente se centran en el prisma jurídico que se orienta hacia las consecuencias que la citada enfermedad produce, como veremos posteriormente.

No obstante sí que es exigible seguir avanzando en la precisión de los trastornos mentales que pueden dar lugar a tratamientos involuntarios para garantizar la inexistencia de irregularidades. Pensemos, por ejemplo, que la extinta Unión Soviética tenía un sistema nosológico desarrollado durante los años 60 por SNEZHNEVSKY que tenía una definición extraordinariamente amplia de la esquizofrenia que no coincidía con los criterios que los occidentales manejaban en sus clasificaciones, lo que determinaba que pacientes que en Occidente serían diagnosticados simplemente como neuróticos o psicopáticos fueran incluidos en la etiqueta de esquizofrénicos. Aunque tales diagnósticos sirvieron para internar y medicar a disidentes políticos (lo que ofrecía la posibilidad de prescindir de un verdadero juicio y privarle de libertad por un período de tiempo indeterminado, permitiendo además minusvalorar sus puntos de vista al etiquetarlo como enfermo mental), lo cierto es que tras la caída del sistema, muchos de los psiquiatras soviéticos siguieron utilizando esta nosología, desde luego no con un fin político. La extraordinaria amplitud del concepto de enfermedad mental puede, sin duda, entrañar graves abusos[850].

2.2. Tratamiento de los trastornos mentales

La Organización Mundial de la Salud (OMS)[851] estima, con carácter general y para la asistencia en el manejo de las enfermedades mentales, la combinación equilibrada de tres componentes: la medicación (o farmacoterapia), la psicoterapia y la rehabilitación psicosocial. Una combinación equilibrada de intervenciones debe atenerse, según la OMS, a los siguientes principios rectores:

a) Cada intervención tiene una indicación específica acorde con el diagnóstico

[850] Reich, Walter. «El diagnóstico psiquiátrico como problema ético». En *La ética en psiquiatría* (páginas 191 a 200). Chodoff (páginas 64 y ss) cita el caso del General Grigorenko que, tras obtener su grado, elevados honores y un importante número de condecoraciones, se convirtió en activista en contra de los métodos de la extinta URSS al conocer las violaciones de derechos humanos. Fue arrestado en 1964 e internado durante 15 meses. En 1969 fue de nuevo reingresado tras examen de un grupo de Psiquiatras del Instituto Psiquiátrico Forense Serbsky de Moscú. Tras ser dado de alta años después y permitirsele abandonar la Unión Soviética, un equipo de destacados psiquiatras norteamericanos encontraron que no padecía ningún trastorno mental. El comportamiento político desviado se convertía así en fuente de patología.

[851] Organización Mundial De La Salud. *Informe sobre la salud en el mundo; Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas,* 2001, páginas 59 y ss.

b) Cada intervención debe ser proporcional a la gravedad del estado del paciente
c) Cada intervención debe tener una duración determinada, abarcando el tiempo necesario para la naturaleza y gravedad de la situación, debiendo ser interrumpida tan pronto como sea posible
d) Cada intervención debe ser periódicamente evaluada, teniendo siempre el afectado una activa participación en dicho proceso

La OMS considera que la adhesión es más difícil en los tratamientos de larga duración que en aquellos que implican un período de aplicación más reducido. Una complicación adicional es que se ha demostrado que la existencia de trastornos mentales o de comportamiento se suele acompañar de un grado deficiente de cumplimiento de los regímenes terapéuticos [852].

Los factores que el informe considera que mejoran la adhesión con el tratamiento incluyen:

a) La relación de confianza médico-paciente (alianza terapéutica)
b) La atención a la concienciación del paciente en las metas de la terapia y las consecuencias de su mayor o menor cumplimiento
c) La intervención negociada del paciente en el plan de tratamiento.
d) La participación de la familia y allegados en el éxito del plan de tratamiento.
e) La sencillez en la aplicación.
f) La reducción de las consecuencias adversas del plan de tratamiento.

En sí, las cuestiones que se plantean no provocan especiales polémicas. Lo que sí que es especialmente objeto de discusión es si los planteamientos anteriormente citados pueden mantenerse en un contexto de tratamiento involuntario. La respuesta a este interrogante debe hacerse en el epígrafe posterior en el que se definirá el término y se expondrán los problemas que el mismo plantea.

No quisiera finalizar este epígrafe sin hacer mención a que los tratamientos en psiquiatría, como en las restantes disciplinas médicas, no son inocuos. Presentan riesgos que deben ser analizados. Por su extensión, remito a los diferentes trabajos que han tratado la materia [853].

---

[852] OMS. *Informe sobre la…*, página 60

[853] Junto con los manuales de psiquiatría ya citados en este trabajo, estimo de interés el trabajo de los hermanos Sánchez-Caro (Jesús y Javier) *El consentimiento informado en psiquiatría.* Editorial Díaz de Santos. Madrid, 2003; Sobre el tratamiento farmacológico, *Guía para el uso autorizado de psicofármacos en España 2005*. Editores Luis Pacheco Yáñez y Juan Medrano Albéniz. Editorial Glosa. Barcelona, 2005; Carrasco Gómez, Juan-José. *Responsabilidad médica y psiquiátrica.* Editorial Colex. Madrid, 1998.

3. AMBULATORIO

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que el «derecho a la libertad» del artículo 5.1 del Convenio de Roma contempla la libertad física de la persona y su propósito es asegurar que nadie sea privado de su libertad de forma arbitraria. Dicho artículo no afecta a las meras «restricciones en la libertad de movimientos»[854] que son reguladas por el artículo 2 del Protocolo nº 4 del Convenio[855]. El texto del citado artículo es el siguiente:

> Artículo 2.- Libertad de movimientos[856]
> 1. Todos legalmente dentro del territorio de un Estado tendrán, dentro de este territorio, el derecho a la libertad de movimiento y la libertad para escoger su residencia.
> 2. Todas serán libres para abandonar un país, incluyendo el propio.
> 3. Ninguna restricción se efectuará en el ejercicio de estos derechos que no sean conformes con la ley y necesarias en una sociedad democrática en el interés de la seguridad nacional, la seguridad publica, para el mantenimiento del orden público, para la prevención de los delitos, para la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceras personas.
> 4. Los derechos establecidos en el párrafo 1 pueden también estar sujetos, en áreas particulares, a las restricciones impuestas de conformidad a la ley y justificadas por el interés público en una sociedad democrática

El artículo 6 del protocolo expresa que sus previsiones serán consideradas como artículos adicionales al Convenio de Roma. Es de reseñar la amplitud con que los apartados 3 y 4 expresan las posibles restricciones[857]. Sin embargo, a diferencia de la mayoría de los países europeos, España firmó el protocolo el 23

---

[854] Así, entre otras los casos *Engel y otros contra los Países Bajos,* STEDH de 8 junio 1976 (EDJ 1976/3, apartado 58) y *Guzzardi contra Italia,* STEDH de 6-11-1980 (EDJ 1980/646, apartado 92).

[855] Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto as amended by Protocol No. 11. Strasbourg, 16.IX.1963 (ETS nº 46). Disponible en internet: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/046.htm

[856] (La traducción es mía). Article 2 – *Freedom of movement.* 1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. 2 Everyone shall be free to leave any country, including his own. 3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre public,* for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. 4. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

[857] Dichos aspectos fueron ampliamente debatidos en la redacción. Véase, en este sentido, el texto del Informe de Explicación y del comentario del Comité de Expertos en Derechos Humanos cuya publicación fue autorizada por el Comité de Ministros en marzo de 1965 (139th Meeting of the Ministers Deputies). Disponible en internet: http://conventions.coe.int/Treaty/en/reports/html/046.htm

de febrero de 1978 pero no lo ha ratificado, por lo que no es hoy día derecho vigente en nuestro país[858].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado para determinar si ha existido privación de libertad dentro del sentido del artículo 5.1 hay que partir de la concreta situación y tener en cuenta una completa gama de criterios como el tipo, duración, efectos y forma de implantación de la medida cuestionada. La diferencia entre la privación y la restricción de libertad, sin embargo, es sólo meramente de grado o intensidad y no de naturaleza o sustancia[859]. El proceso de clasificación dentro de una u otra categoría en ocasiones no resulta fácil tarea en casos limítrofes.

En lo que concierne a la aplicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos de «internamiento de enajenados», son importantes de reseñar los casos Ashingdane contra Reino Unido[860], Nielsen contra Dinamarca[861] y H.M. contra Suiza[862].

En el caso Ashingdane, el TEDH, recordando la doctrina sentada en los casos Engel y Guzzardi estimó que el hecho de encontrarse en un centro abierto *(Oakwood)* en vez de en el de seguridad anterior (Broadmoor) y que se le permitiera abandonar el hospital en varias ocasiones no permitía concluir que no estuviera detenido dado que «su libertad, y no sólo su libertad de movimiento, había sido circunscrita tanto de hecho como por ley (continuaba sujeto a una *restriction order* bajo la *Mental Health Act* de 1959)». Ir de un centro a otro no consistió más que pasar de un tipo de internamiento psiquiátrico a otro diferente y más liberal. Aunque las condiciones de Oakwood eran más liberales la ubicación y condiciones de la detención del afectado no cesaron de corresponder al internamiento conforme a derecho de un enajenado.

En el caso Nielsen, el TEDH señala que la vida familiar en los Estados Parte comprende una amplia gama de derechos y responsabilidades parentales en consideración al cuidado y custodia de los menores. El cuidado y educación de los niños normal y necesariamente requiere que los padres o sólo uno de ellos decida donde el niño debe residir y también imponer, o autorizar a otros a imponer, diferentes restricciones en la vida del menor. Por consiguiente los niños en la escuela o en otra institución de educación y recreo tienen que atenerse a ciertas normas que limitan su libertad de movimiento y su libertad en otros conceptos. Del mismo modo un menor puede tener que ser hospitalizado para recibir tratamiento médico. La vida familiar, en este sentido, y especialmente los derechos de los padres a ejercer responsabilidades parentales sobre sus hijos

---

[858] El listado de ratificaciones y países en los que es derecho vigente (40 en enero de 2007) puede consultarse en http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=046&CM=8&DF=1/23/2007&CL=ENG

[859] Caso *Guzzardi contra Italia* (Apartado 93)

[860] Caso *Ashingdane contra Reino Unido,* STEDH de 28-5-1985 (EDJ 1985/6982, Ap. 42 y 47)

[861] Caso *Nielsen contra Dinamarca,* STEDH de 28-11-1988 (EDJ 1988/10489, Ap. 61, 70, 72 y 73)

[862] Caso *H.M. contra Suiza,* STEDH de 26 de febrero de 2002 (Ap. 40 a 49), Base de datos HUDOC (Second Section, Application no. 39187/98)

menores, teniendo la consideración debida a tales responsabilidades, es reconocida y protegida por el Convenio, en particular por su artículo 8. De hecho, el ejercicio de la autoridad parental constituye un elemento fundamental de la vida familiar. El Tribunal reconoce que el titular de la potestad no disfruta de derechos ilimitados pero, por ejemplo, en el caso concreto que nos atañe, estimó que una estancia en un hospital psiquiátrico prolongada no constituía internamiento a los efectos del artículo 5.1 fundamentalmente porque las restricciones de libertad de movimientos y las relaciones con el mundo exterior no fueron diferentes de las que podían imponerse a un niño en un hospital ordinario. El TEDH, recordando los casos Ashingdane y Guzzardi, concluyó que la hospitalización no llegó a ser equivalente a una privación de libertad en el sentido del artículo 5.1., sino que constituyó el «ejercicio responsable por su madre de sus derechos de custodia en interés del menor». Volveremos a analizar esta sentencia en el apartado del tratamiento ambulatorio involuntario de los menores. Baste decir que la sentencia tuvo bastantes votos particulares que sí consideraron que existía privación de libertad en el sentido del convenio.

En el caso H.M. contra Suiza, el TEDH examina el ingreso de una ciudadana en una residencia de ancianos como consecuencia de su estado de salud. La anciana estaba siendo atendida en su domicilio por una asociación de visitas de enfermos a domicilio que constató la imposibilidad de cuidarla adecuadamente en tales circunstancias. La demandante se opuso a su traslado a la residencia. Se ordenó el internamiento conforme al Código Civil Suizo (artículo 397.a y ss.) y al derecho del cantón de Berna[863], estimando la necesidad de tratamiento para sus escaras en las piernas y las cataratas en los ojos que sufría y las insostenibles condiciones de higiene de su domicilio que carecía de calefacción, situación que ya duraba varios años y no parecía que fuera a cambiar. El hijo con el que convivía no era capaz de proporcionarle los cuidados adecuados. El internamiento se hizo efectivo el 20 de diciembre de 1996. La demandante y su hijo presentaron recurso ante el Tribunal Federal Suizo que fue desestimado. El 14 de diciembre de 1998 cesó la medida porque la demandante accedió a permanecer en la residencia por propia voluntad. La afectada recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos manifestando que fue internada contra su voluntad y que tenía un domicilio fijo junto a su hijo, percibiendo una pensión y que en la residencia no podía decidir

[863] El memorándum de la Rec(2004)10, en su número 115, excluye expresamente del ámbito del capítulo III «el internamiento por razones distintas a las del trastorno mental, por ejemplo cuando una persona con demencia es internada en una residencia de tal forma que puedan satisfacerse las necesidades de cuidado personal (por ejemplo necesidad de asistencia para el vestido, lavado y baño)». No obstante esta previsión, la cuestión de si este tipo de internamientos entra o no dentro de las previsiones del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no está del todo clara. El único pronunciamiento es precisamente esta Sentencia de la Sección 2ª del Tribunal de 26 de febrero de 2002, Asunto H.M. contra Suiza (demanda nº 39187/1998). Se aborda un supuesto que no es enteramente coincidente en nuestro Derecho y del que sí existen antecedentes en otros países (por ejemplo, el artículo 47 de la *National Assistance Act* de 1948 en el Reino Unido). Junto con los casos de enfermedad mental, debilidad mental, negligencia en el cuidado, alcoholismo y otras adicciones, el artículo 397 a y ss. del Código Civil suizo permite el internamiento de ancianos en el caso de que el anciano no pueda procurarse por otros medios el cuidado personal que necesita.

libremente sobre dónde vivir o sobre los asuntos de su vida cotidiana. El TEDH recordó la doctrina ya referenciada de los casos que hemos citado anteriormente y, concretamente, el caso Nielsen. El TEDH estimó que las condiciones de higiene y vida en el domicilio de la afectada y los cuidados que recibía eran insuficientes y que la residencia, situada en una zona que la demandante conocía, podía suministrarle tales cuidados. El pabellón de la residencia donde fue alojada no era un pabellón cerrado y disponía de libertad de movimientos y mantenía contactos sociales con el mundo exterior. Por estas razones, el TEDH manifestó:

> Teniendo en cuenta el conjunto de estos elementos, notablemente el hecho de que la comisión cantonal de recursos ordenó el internamiento de la demandante en su propio interés, para procurarle los cuidados médicos necesarios y condiciones de vida e higiene adecuadas, y habiendo considerado las circunstancias comparables del caso Nielsen precitado, el Tribunal concluye que, en las estas circunstancias, el internamiento de la Sra. H.M. no se analiza en una privación de libertad en el sentido del artículo 5.1 sino que constituye *una medida responsable tomada por las autoridades competentes en el propio interés de la demandante*. Por tanto, el artículo 5.1. no puede aplicarse en este asunto[864].

También en este caso surgieron votos particulares, siendo de singular interés el del Juez L. LOUCAIDES. El Juez expresa, refiriendose al caso Nielsen:

> Los hechos que originan este caso consistían en el internamiento de un muchacho de doce años en el pabellón psiquiátrico infantil de un hospital a requerimiento de la madre que era la única titular de la patria potestad. Semejante situación no se sabría comparar con el internamiento de un adulto contra su voluntad en una residencia, que es lo que constituye el presente caso. El Tribunal ha considerado que los hechos del caso Nielsen constituían un caso de ejercicio por la madre de la patria potestad y no un ejemplo de situación que implicaba las restricciones impuestas por el Estado a la libertad de movimientos de un individuo. La afirmación del Tribunal según la cual la restricción que implica el internamiento del menor en un pabellón cerrado de psiquiatría no se analiza en una privación de libertad (afirmación que ha sido objeto de ciertas críticas extrajudiciales) se refiere a los hechos y circunstancias particulares de este caso, notablemente al hecho que se refiere a la hospitalización de un niño decidida por la madre en el cuadro de sus derechos de patria potestad; desde este punto de vista igualmente, el caso Nielsen se diferencia de forma manifiesta del presente[865].

---

[864] (La traducción y el subrayado son míos). Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, notamment du fait que la commission cantonale de recours a ordonné le placement de la requérante dans le propre intérêt de celle-ci, en vue de lui procurer les soins médicaux nécessaires et des conditions de vie et d'hygiène satisfaisantes, et eu égard aux circonstances comparables de l'affaire Nielsen précitée, la Cour conclut que, dans les circonstances de l'espèce, le placement de Mme H.M. ne s'analysait pas en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1, mais constituait une mesure responsable prise par les autorités compétentes dans le propre intérêt de la requérante. Partant, l'article 5 § 1 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce.

[865] (La traducción es mía). Le fait à l'origine de cette affaire était le placement d'un garçon de douze ans dans le pavillon de psychiatrie infantile d'un hôpital, à la demande de sa mère qui était l'unique titulaire

El Juez deja constancia de que la lista de excepciones al derecho a la libertad es de interpretación restrictiva, el Tribunal Federal Suizo analizó sólo el caso de negligencia severa en su cuidado dejando al margen el problema de la demencia senil de la anciana no quedando este factor constatado debidamente (que es la única excepción —enajenado— que recoge el convenio, no recogiendo el supuesto el artículo 5.1.e), la exposición se aparta, a su juicio, de la doctrina sentada en el caso Ashingdane y el hecho de que la afectada hubiera aceptado voluntariamente la medida no deja al margen su carácter imperativo conforme a la doctrina sentada en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica*. El Juez expresa:

> Estimo, por mi parte, que el hecho de establecer si una medida se analiza en una privación de libertad no depende del punto de saber si esta aspira a servir o sirve bien los intereses de la persona afectada. Ello se ilustra por el asunto precitado *De Wilde, Ooms y Versyp* y los ejemplos de internamiento de enajenados y de menores que precisan de una educación vigilada, cuya detención está especificamente justificada en virtud de las disposiciones del artículo 5.1 apartados «d» y «e» y sobre el fundamento de que su caso refiere a una «privación de libertad» aunque tal detención puede ser ordenada exclusivamente en el interés de los detenidos.
>
> Pienso que la libertad física reviste una importancia única y que las excepciones a la prohibición de toda privación de libertad están limitadas estrictamente a aquellas que están enunciadas expresamente en los apartados del artículo 5.1. Si la privación de libertad de un individuo no se encuentra en una de estas categorías, debe estar proscrita por el artículo 5. En efecto, si las personas encargadas de aplicar o interpretar el Convenio son libres de establecer otras categorías de «privación de libertad» por las cuales la prohibición enunciada en el artículo 5 sería inaplicable, sería porque la restricción obligatoria de la libertad física de una persona es una «medida responsable» por su propio bien (como en el caso), sea por cualquier otro propósito «útil», semejante enfoque vaciaría la prohibición de cuestión de su sentido y conduciría a una caricatura de sus objetivos. Peor, abriría la puerta a una arbitrariedad incontrolada y a los peligros reales e ilimitados para la libertad del individuo que el Convenio precisamente aspira a evitar[866].

---

de l'autorité parentale. Pareille situation ne saurait se comparer avec le placement d'un adulte contre son gré dans un foyer, ce qui est le cas en l'espèce. La Cour a considéré que les faits de l'affaire Nielsen constituaient un cas d'exercice par la mère de l'autorité parentale et non un exemple de situation impliquant des restrictions imposées par l'Etat à la liberté de mouvement d'un individu *(loc. cit.,* pp. 23 *et seq.,* §§ 63 *et seq.).* L'affirmation de la Cour selon laquelle la restriction impliquée par le placement de l'enfant dans un pavillon fermé de psychiatrie infantile ne s'analysait pas en une privation de liberté (affirmation qui a fait l'objet de certaines critiques extrajudiciaires [Harris, O'Boyle et Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights,* p. 101, et Karen Reid, *«Article 25 of the Convention: Applications by Children»* paru dans l'ouvrage *The Birth of European Human Rights Law])* se rapporte aux faits et circonstances particuliers de cette affaire, notamment au fait qu'elle concernait l'hospitalisation d'un enfant, décidée par la mère dans le cadre de ses droits parentaux *(ibidem,* pp. 26-27, §§ 72-73) [« Un enfant comme le requérant doit pouvoir être hospitalisé à la demande du titulaire de l'autorité parentale, hypothèse manifestement non couverte par le paragraphe 1 de l'article 5 » : p. 26, § 72, de l'arrêt Nielsen] ; de ce point de vue également, l'affaire Nielsen se distingue manifestement de la présente espèce.

[866] (La traducción es mía) J'estime pour ma part que le fait d'établir si une mesure s'analyse en une privation de liberté ne dépend pas du point de savoir si elle visait à servir ou servait bien les intérêts de la

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

Verdaderamente la preocupación del Juez es de estimar y deja bien a las claras los enormes problemas que pueden suceder en la práctica de estas cuestiones [867].

El derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional está comprendido en el artículo 19 de la Constitución. Aunque España no ha ratificado el Protocolo nº 4 del Convenio de Roma, otras disposiciones como el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sirven, conforme al artículo 10.2 de la Carta Magna, de interpretación a la hora de fijar el contenido del derecho fundamental. De hecho, el apartado 3 del citado artículo 12 expresa que los citados derechos «no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

No hay dificultad alguna en entender que la libertad de residencia no tiene por qué limitarse al derecho a fijar la propia residencia en un determinado espacio de amplitud mayor al del domicilio (localidad, villa o pueblo). La libertad de residencia

---

personne concernée. Cela est illustré par l'affaire précitée *De Wilde, Ooms et Versyp* et les exemples d'aliénés et de mineurs nécessitant une éducation surveillée, dont la détention est spécifiquement justifiée en vertu des dispositions de l'article 5 § 1 d) et e) sur le fondement que leur affaire concerne une « privation de liberté » même si une telle détention peut être ordonnée exclusivement dans l'intérêt des détenus. Je pense que la liberté physique revêt une importance unique et que les exceptions à l'interdiction de toute privation de liberté sont limitativement restreintes à celles qui sont énoncées expressément aux alinéas de l'article 5 § 1. Si la privation de liberté d'un individu ne tombe pas dans l'une de ces catégories, elle doit alors être interdite par l'article 5. En effet, si les personnes chargées d'appliquer ou d'interpréter la Convention étaient libres d'établir d'autres catégories de « privation de liberté » pour lesquelles l'interdiction énoncée à l'article 5 serait inapplicable, soit parce que la restriction obligatoire de la liberté physique d'une personne est une « mesure responsable » pour son propre bien (comme en l'espèce), soit pour tout autre objectif «utile», pareille démarche viderait l'interdiction en question de son sens et aboutirait à une caricature de ses objectifs. Pire, cela ouvrirait la porte à un arbitraire incontrôlé et à des dangers réels et illimités pour la liberté de l'individu, ce que la Convention vise précisément à éviter

[867] La sentencia no aclara otro problema importante que existe actualmente en el seno de los internamientos. Existen Audiencias en las que no se exige autorización judicial para ingreso en centros residenciales de Tercera Edad. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona (doctrina reiterada, entre las que citamos el Auto de la Sección Primera de 10-02-1998) o la Audiencia Provincial de la Rioja (Autos de 27-10-98, 17-1-2000, 11-12-98, entre otras). El problema de esta sentencia es que no resuelve que sucedería si en el asunto la anciana no hubiera tenido capacidad de decisión (recordemos que el caso se resuelve no por la posible demencia senil sino por el concreto problema de la negligencia en el cuidado) y que habría ocurrido si el pabellón de la residencia fuera cerrado. Por otro lado, *el hecho de que el Convenio de Derechos Humanos pueda o no recoger este tipo de internamientos no significa que el modelo de protección del derecho interno no pueda abarcar una protección mayor.* Remito a mi trabajo Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. «Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado», Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002, páginas 698 a 707. La nueva Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia parece dar solución al problema al señalar su artículo 4.2 que *las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial. h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.* Recordamos que la ley se aplica a las personas que, por razones de edad, se encuentren en situación de dependencia y que entre los centros que recoge su catálogo de servicios se encuentra la *Residencia de personas mayores en situación de dependencia.*

puede legítimamente extenderse a concreciones mucho más específicas, sin excluir siquiera el derecho a fijar la residencia en una vivienda concreta y determinada, siempre desde luego, y eso sí, que con ello no se vean afectados otros derechos subjetivos. La libertad de residencia, reconocida en el art. 19 C.E., supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. El derecho a habitar en un determinado lugar, es decir, el derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente que el art. 19 CE proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo. Como señala el Tribunal Constitucional, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. El derecho a la libre elección del domicilio no puede entenderse como derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 C.E.), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 C.E.) u otras que resulten constitucionalmente admisibles[868].

Una de estas determinaciones, como vimos en la Sentencia del Caso Nielsen, se produce en materia de menores y adultos incapacitados. Existe un derecho de los padres y tutores para señalar la residencia de los hijos o personas bajo tutela. Manifestaciones de esta potestad se recogen en los artículos 154 nº 1 (tenerlos en su compañía) o el 234 (se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor) del Código Civil o en el artículo 224 del vigente Código Penal castiga al que indujere a un menor de edad o a un incapaz (de hecho o de derecho) a abandonar el domicilio familiar o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores. La doctrina estima que se tutela los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o guarda de hecho[869].

No necesariamente tales derechos y deberes tienen que ejercerse manteniendo al menor o al tutelado en el domicilio de los padres o tutores. Así, por ejemplo, es admisible que los titulares de la potestad internen al menor en un centro de enseñanza o que le envíen a un campamento de verano. Reflejo legal de lo anterior es el artículo 143 apartado 2 del Código de Familia catalán: *el padre y la madre, con motivo suficiente, pueden decidir que los hijos residan en un lugar distinto al*

---

[868] STC Sala 1ª de 8 marzo 1999, Pte: Cruz Villalón, Pedro, F. J. Séptimo (EDJ 1999/1840)

[869] Carbonell Mateu, Juan Carlos/González Cussac, Jose-Luis. Comentario al artículo 224 del Código Penal en Comentarios al Código Penal de 1995 coordinados por Tomás Vives Antón, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Vol. I, página 1065. Como señala la STS Sala 2ª de 25-3-2004, nº 377/2004. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 2004/51845) «es de considerar que este tipo penal tiene la finalidad de proteger el orden familiar establecido por el Código Civil (art. 154 y ss.) en el que los padres son quienes tienen el derecho de decidir y fijar la residencia de sus hijos menores».

domicilio familiar[870].Es necesario señalar que estos deberes sufren matizaciones en casos de crisis familiar o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda, debiendo primar siempre el interés del menor (así, por ejemplo, el artículo 149 C.C.).

Lo anterior vale también para los supuestos de adultos incapacitados, pero hay que realizar matizaciones. Como todas las personas que padecen minusvalías, en principio, tiene derecho a vivir en el seno de su familia y no puede ser obligado en materia de residencia a un trato distinto del que exija su estado o la mejoría que se le podría aportar[871]. Tiene derecho a la adopción de las medidas necesarias para lograr la mayor autonomía posible[872].

En esta línea, la Recomendación nº R (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de fecha 18 de septiembre de 1998, referida a las personas dependientes[873], expresa la necesidad de garantizar y dar prioridad a la asistencia domiciliaria, a asegurar una amplia gama de servicios a recibir en el propio domicilio, de posibilidades de alojamiento alternativas al internamiento y a la coordinación entre el sector hospitalario, el sector de servicios sociales para lograr tal fin[874].

---

[870] El artículo 208 del Código de Familia señala que el domicilio del tutelado o la tutelada es el de la persona titular de la tutela o, si hay más de una y tienen domicilios distintos, el de aquellas persona con quien conviva, salvo que en la constitución de la tutela o por resolución judicial posterior se haya dispuesto de otro modo.

[871] Artículo 9 de la Declaración de los Derechos de los Minusválidos de la Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 3447 de 9 de diciembre de 1975

[872] Artículo 5 de la expresada Declaración

[873] El artículo 1 del apéndice define la dependencia como «un estado en el cual las personas, por razón de ausencia o pérdida de autonomía física, psicológica o intelectual requieren de importante asistencia o ayuda en el desenvolvimiento de sus actividades diarias.

La dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas ancianas. Incluso aunque la dependencia tiende a aumentar con la edad y es característica de la edad anciana por la frecuencia de múltiples problemas de salud asociados, la edad no es el único criterio de este estado.

[874] Recommendation no. r (98) 9 of the Committee of Ministers to Member States *on dependence* (adopted by the committee of ministers on 18 september 1998 at the 641st meeting of the ministers' deputies) Apartado 3.5 de su apéndice (la tradución es mía): *Prioridad de la asistencia domiciliaria.* La asistencia domiciliaria es generalmente preferida por las personas dependientes. Es un elemento esencial en el respeto por su dignidad y calidad de vida. Por ello la libre elección también concierne a la elección de residencia. La Autoridades realizarán los esfuerzos necesarios para que la asistencia domiciliaria sea garantizada y considerada prioritaria en sus políticas a través de la adopción de las medidas legislativas oportunas. Hacer de la asistencia domiciliaria una prioridad significa asegurar que una amplia gama de servicios está disponible para facilitar la vida de las personas dependientes en su domicilio y también la de sus cuidadores, en particular haciendo accesible y adaptable el acomodo domiciliario y la aplicación de subsidios o beneficios tributarios que favorezcan la adaptación del domicilio. Debe procurarse la disponibilidad de una amplia gama de posibilidades domiciliarias y de formas alternativas al alojamiento colectivo. Comprenderá, entre otros, centros de día y alojamientos temporales en un establecimiento pero también alojamientos alternativos (por ejemplo, en apartamentos terapéuticos colectivos). Las personas dependientes que viven en su domicilio y que necesitan cuidados, asistencia o ayuda tendrán acceso, en la medida de lo posible, a recibir dichos servicios en su propio domicilio. Todos los servicios serán complementarios. La coordinación entre el sector hospitalario, el sector de asistencia domiciliaria y el sector de servicios sociales es necesaria para permitir a las personas dependientes permanecer en su domicilio y evitar o retrasar su institucionalización. Cuando la institucionalización sea inevitable, los derechos de las personas dependientes deben ser protegidos y sus deseos tomados en consideración.

Es de señalar también, en el ámbito de los servicios hospitalarios con carácter general, que en los países del Consejo de Europa se está produciendo una evolución tendente a promover las formas alternativas a la hospitalización como mejor manera de atención a los usuarios. *Recommendation Rec(2006)17 of the*

La Recomendación R (92) 6 sobre la elaboración de una política coherente en materia de personas discapacitadas adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 9 de abril de 1992[875] recomienda a los Estados miembros en este sentido que las personas con discapacidad deberán ser capaces de vivir con independencia en viviendas normales y de estar integradas en la sociedad y que existirá una oferta amplia de posibilidades de alojamiento, desde hogares convencionales adaptados, con apoyo terapéutico o social si fuera necesario, hasta ingreso en centros, pasando por alojamiento semitutelado.

Además de esta amplia oferta de posibilidades de alojamiento, la Recomendación expresa que se preverán otras alternativas al alojamiento familiar, tales como asistencia provisional sustitutiva para períodos tales como enfermedad, vacaciones, fines de semana, etc. y familias de acogida. Las personas con discapacidad que vivan en casa y que necesiten apoyo y asistencia en sus actividades cotidianas o que necesiten cuidados de cualquier tipo, incluidos cuidados médicos, tendrán derecho a recibir esta ayuda a domicilio, debiéndose organizar los servicios de asistencia de forma que puedan obtener ayuda a domicilio a cualquier hora del día o de la noche.

La Recomendación también expresa que, en los casos en que se requiera el ingreso en algún centro de asistencia, se tomarán las medidas pertinentes para garantizar que se protegen los derechos de las personas discapacitadas y que se toman en cuenta sus deseos, para ofrecer asesoramiento psicológico y social a los residentes y sus familias y para fomentar el traspaso a unidades más pequeñas y abiertas en las que la persona con discapacidades pueda disfrutar de cierto grado de independencia e intimidad. Las personas con discapacidades trasladadas desde centros con asistencia intensiva a otras modalidades de alojamiento deberán recibir en principio un período de formación para aprender a vivir con autonomía, seguido de apoyo posterior. Se conservará en todo momento la posibilidad de que las personas con discapacidad se trasladen a una vivienda normal.

La Rec(2006)5 del Comité de Ministros sobre el *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidades: mejorando la calidad de vida de las personas con discapacidades en Europa 2006-2015* insiste, como línea principal de actuación, en la vida en comunidad y recoge, como acciones específicas a desarrollar por los Estados miembros, la de asegurar un planteamiento coordinado en la provisión de servicios de soporte basados en la comunidad, desarrollar y promover políticas de alojamiento que permitan vivir en lugares adecuados en su comunidad local, apoyar el cuidado formal e informal, reconocer el estatuto de los cuidado-

---

Committee of Ministers to member states on hospitals in transition: a new balance between institutional and community care (Adopted by the Committee of Ministers on 8 November 2006 at the 979th meeting of the Ministers' Deputies)

[875] Recommendation no. r (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States *on a coherent policy for people with disabilities* (adopted by the committee of ministers on 9 april 1992 at the 474th meeting of the ministers' deputies) Appendix to Recommendation VIII. Social integration and environment. 4. Housing.

res, evaluar las necesidades de las familias y restantes cuidadores informales, asegurar la provisión de servicios alternativos al internamiento, asegurar que los individuos pueden realizar decisiones informadas con servicios de asesoramiento, promocionar sistemas que permitan a las personas con discapacidad la elección de asistentes personales de su elección, suministrar servicios complementarios y centros alternativos (como centros de día, etc), suministrar a las personas con discapacidad, en particular aquellas con alto nivel de necesidades, de servicios de ayuda adaptados y a posibilitar la conciliación de la vida familiar y laboral[876].

---

[876] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015*. (Adopted by the Committee of Ministers on 5 April 2006 at the 961st meting of the Ministers' Deputies). *3.8. Action line No. 8: Community living. 3.8.1. Introduction.* This action line focuses on enabling people with disabilities to live as independently as possible, empowering them to make choices on how and where they live. This requires strategic policies which support the move from institutional care to community-based settings ranging from independent living arrangements to small group homes. Such policies should be flexible, covering programmes which enable persons with disabilities to live with their families and recognising the specific needs of individuals with disabilities requiring a high level of support. / In general, a family's day-to-day life differs considerably depending whether or not it has a child with a disability: guidance and care, for instance, take up a great deal of time, visits to therapists, doctors, etc., are necessary, the child needs supervision in recreational activities and assistance with the practical aspects of daily living, etc. It is important that parents of children with disabilities can have access to suitable training enabling them to acquire the requisite proficiencies to lead a life as close as possible to normal with their disabled child.

Full independent living may not be a possibility or a choice for all individuals. In exceptional cases, care in small, quality structures should be encouraged as an alternative to living in an institution. The design of independent living arrangements should involve people with disabilities and their representative organisations. / Disabled people living in the community have different needs that require different levels of care, assistance and support. Transparent eligibility criteria and independent individual assessment procedures, which take into account disabled persons' own choice, autonomy and welfare, will promote equitable access to services. / Independent living policies are not just confined to living arrangements, but are also dependent on the accessibility of a broad range of services, including transport. The success of such policies requires a mainstream approach to the planning, development and delivery of mainstream services to ensure they also respond to the needs of individuals with disabilities with cross-agency support to ensure a co-ordinated approach.

3.8.2. Objectives. i. To enable people with disabilities to plan their life and live as independently as possible in their community; ii. to provide a broad range of quality support services at community level in order to allow for freedom of choice; iii. to pay special attention to the situation of families that have a child/children with disabilities and advocate an approach that accommodates training for parents concerned, as well as to disabled parents and their participation in child-care and education tasks.

3.8.3. Specific actions by member states. i. To ensure a co-ordinated approach in the provision of community-based quality support services to enable people with disabilities to live in their communities and enhance their quality of life; ii. to develop and promote housing policies which enable people with disabilities to live in suitable housing in their local community; iii. to support formal and informal help, making it possible for people with disabilities to live at home; iv. to recognise the status of carers, by providing them with support and relevant training; v. to have the needs of families as providers of informal care thoroughly assessed, especially those with children with disabilities or caring for persons in need of a high level of support, with a view to providing information, training and assistance, including psychological support, to enable life within the family, paying particular attention to the reconciliation of private and professional life and to gender equality; vi. to ensure community-based quality service provision and alternative housing models, which enable a move from institution-based care to community living; vii. to ensure that individuals can make informed choices with the assistance, when appropriate, of a skilled advocacy service; viii. to promote schemes which will allow disabled people to employ personal assistants of their choice; ix. to provide complementary services and other facilities, for example day centres, short-stay centres or self-expression groups, offering suitable forms of therapy, to give people with disabilities and their families periods of support and respite; x. to provide people with disabilities, in particular those in need of a high level of support, with tailored support provision, including advocacy, in order

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) ha incluido un artículo específico sobre este problema:

> Artículo 19. *Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad*. Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:
>
> a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
> b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
> c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

Naturalmente también en el ámbito de la enfermedad mental existen distintas formas de recursos de alojamiento sucesivos que varían, en cuanto a formas y disponibilidad material, según el marco geográfico. PHIPPS y LIBERMAN, por ejemplo, señalan que los pacientes mentales crónicos, en la comunidad, precisan de un apoyo residencial indefinido, siendo necesario disponer de una serie continuada de alternativas de residencia. Debe de fundarse en el principio de menor restricción posible adecuada al mismo tiempo al nivel de habilidades adquiridas para la autonomía en esta parcela.[877].

---

to reduce any risk of social exclusion; xi. to implement the relevant provisions included in Recommendation No. R (96) 5 of the Committee of Ministers to member states on reconciling work and family life.

[877] Dicho orden de alojamientos es el siguiente: el *hospital* (el más restrictivo que no permite la realización independiente de tareas domésticas y de habilidades de autocuidado), las *viviendas grupales* (es el más restrictivo de los recursos en comunidad, supervisión durante las 24 horas del día, exige que el paciente tenga habilidades para vivir en comunidad), *hogares intermedios* (persigue la adquisición de nuevas habilidades con menor supervisión que en el anterior recurso pero con control diario), *hogares terapéuticos* (son abiertos, los pacientes comparten habitaciones, la supervisión es leve, garantizándose el acceso a la rehabilitación ocupacional, las actividades de ocio y el tratamiento en salud mental), *viviendas supervisadas* (los pacientes viven en algunos apartamentos dentro del mismo edificio y el profesional que supervisa ocupa también un apartamento dentro del edificio, se enfatizan las habilidades de independencia y resolución de problemas, siendo la supervisión progresivamente menor), *viviendas satélite* (el control es mínimo, mensual), *vida independiente* (los pacientes viven autónomamente y el control es esporádico). Los autores analizan el programa de salud mental residencial de Massachussets que se centra en la evaluación funcional de

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

La estancia en cualquiera de estos recursos de alojamiento alternativos de forma involuntaria puede constituir una restricción de libertad pero, en principio, no un internamiento habida cuenta del carácter abierto de tales centros. La estancia en un centro residencial no necesariamente tiene que constituir un internamiento, conforme a la doctrina sentada en el caso Ashingdane, por lo que hay que valorar cada caso.

Algunos casos que pueden suponer tratamiento en ámbito exterior al hospital pueden generar dudas. Así, por ejemplo, La *Loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 art. 19 I 1º (Journal Officiel du 5 mars 2002)* introdujo en el Código de Salud Pública francés el artículo L3211-11-1 que permite «salidas terapéuticas» (denominadas de corta duración) de hasta 12 horas para las personas hospitalizadas sin consentimiento acompañadas de personal del hospital. El proyecto de ley indicaba que este artículo legalizaba las salidas acompañadas de corta duración, que constituían una práctica utilizada corrientemente y que convenía subrayar que las disposiciones sobre *sorties d'essai* no podían ser utilizadas como fundamento legal para estas salidas de corta duración porque las *sorties d'essai* constituyen adaptación de las condiciones de tratamiento en aras de una reinserción y que preceden en general al fin de la hospitalización sin consentimiento[878].

Nuestro derecho no regula este tipo de salidas, pero es práctica seguida en gran parte de los hospitales la utilización de «permisos» de fin de semana y similares. En principio, se realizan dentro de las autorizaciones de internamiento, por lo que, conforme a la doctrina sentada en el *caso Ashingdane*, entrarían dentro del supuesto del artículo 5.1 del Convenio de Roma.

Junto con la definición de los distintos lugares en que puede desarrollarse el alojamiento del afectado/a dentro del ámbito de lo que se define como ambulatorio y su caracterización dentro de problema de la restricción de libertad, resta referirse aquí al problema del acceso al domicilio que la Constitución protege en su artículo 18. La idea de domicilio que aquí se maneja no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho Privado y en especial en el art. 40 CC como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones, ni con los conceptos jurídico administrativos. La protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende el ámbito en que se desarrolla la vida privada de la persona, dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse

---

cada paciente y en el objetivo de adquisición de habilidades suficientes para el acceso a recursos menos restrictivos en tres etapas graduales. Naturalmente, todos estos programas cuentan con otros factores, entre ellos la rápida asistencia en las crisis psiquiátricas y el fomento de los restantes apoyos comunitarios (asesoramiento y facilidades a las familias, club psicosocial, asociaciones...) Liberman, Robert Paul y Phipps, Catherine. *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico* (1988), Edición española, Barcelona, 1993, páginas 237 y ss.

[878] *Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 septembre 2001*

precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública[879]. Los artículos 202 y 204 del Código Penal garantizan la inviolabilidad del domicilio[880]. Lo importante a subrayar aquí es que, a mi juicio, el menor o el adulto incapacitado no puede ejercer el derecho de exclusión respecto del titular de la patria potestad o guardador legal que no conviva con él y que realice esta función en un ejercicio adecuado y razonable. La función de «velar» desde luego abarca la comprobación periódica del estado de salud y, entendemos, la facultad de acceder a otras personas que realicen tal función por encargo del tutor, como pueden ser los médicos o los asistentes sociales. El derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.

Por aplicación del párrafo segundo del artículo 216 del Código Civil[881], se aplican a los adultos incapacitados las medidas previstas para los menores en el

---

[879] S TC 2ª de 17-02-1984, núm. 22/1984. Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1984/22)

[880] Como recuerda la STS Sala 2ª de 17-11-2000, Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2000/37124): «El delito de allanamiento de morada, es una infracción contra la inviolabilidad del domicilio que el Código Penal regula en su art. 202, tutelando tal derecho fundamental de la persona reconocido constitucionalmente, destacando en su estructura típica, en lo que respecta al sujeto activo, que lo ha de ser un particular, pues si se trata de autoridad o funcionario público, el comportamiento antijurídico se halla sancionado en el art. 204, con mejor técnica que el Código penal derogado, que lo contemplaba en el Título II de su Libro II, pudiendo atribuirse, la condición de sujeto activo de la infracción, a cualquier persona con tal de que sea imputable y que no habite en la misma morada; debiéndose entender por la mentada morada, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley; finalmente, en cuanto a la acción o dinámica comisiva, consta de un elemento positivo, esto es, entrar en morada ajena o permanecer en la misma contra la voluntad de su morador, y otro negativo, es decir, que, la referida conducta, se perpetre contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta. Como recuerda la Sentencia de 2 de febrero de 1988, y recoge la de 9 de febrero de 1990, una doctrina jurisprudencial repetida y constante tiene declarado que constituye el delito de allanamiento de morada, previsto y sancionado en el párrafo 1º del art. 490 del Código Penal de 1973, antecedente del actual art. 202, el hecho de entrar un particular en casa ajena o en el de permanecer en ella, siempre que se verifique contra la libre voluntad del que la ocupa, condición que no es menester se haya puesto de relieve de una manera expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otros antecedentes. Por ello, como dice la Sentencia de 20 de noviembre de 198, para la existencia del delito de allanamiento de morada sólo se exige el dolo genérico de tener conocimiento y voluntad de realización del hecho típico, «sin requerirse la presencia de ningún otro especial elemento subjetivo del injusto». La Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1990, mantiene que el delito de allanamiento de morada, como los demás de naturaleza dolosa, presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor que constituya el objeto jurídico protegible, consistiendo la acción en estar en morada ajena tanto si es por irrupción en la misma o por permanencia en ella, siempre contra la voluntad del sujeto pasivo, encarnado en quien fuere morador, voluntad contraria que se presume conforme a las circunstancias del caso, demostrándose la concurrencia del dolo genérico por la entrada en la morada o la permanencia en ella en contra de la voluntad del ofendido. En este mismos sentido las Sentencias de esta Sala de 3 de octubre de 1990, de 23 de febrero de 1968 y de 15 de enero de 1976».

[881] Introducido por la Disposición Final Decimotercera LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Téngase en cuenta también el artículo 7 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón que tiene un contenido similar al expuesto.

artículo 158 del mismo texto legal. El artículo 158 permite al Juez, de oficio o a instancia de terceros o del Fiscal, dictar tanto las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades, como las disposiciones apropiadas a fin de evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y también, con carácter general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios (actual apartado cuarto)[882]. Todas estas medidas pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El apartado 4º está concebido en términos tan amplios que parece incluir todo. Ahora bien, no es necesario acudir a éste porque el primero ya da una solución: El juez tiene obligación de asegurar la prestación de alimentos y alimentos son (artículo 142 C.C.) no sólo el sustento, habitación y vestido sino también «la asistencia médica». La ley no distingue entre tratamiento por enfermedad somática o psíquica y si hay que hacer una interpretación caben ambas y ello por aplicación del artículo 269 para el tutor que le obliga tanto a procurar alimentos al tutelado como a «promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad».

Es evidente que la protección de la persona requiere de conocer su estado personal, lo cual no hay inconveniente en que se realice de forma periódica si la situación lo aconseja, es simple sentido común. Pues bien, como señala el artículo 354 nº 1 de la LEC, «para la efectividad del reconocimiento el tribunal puede acordar cualesquiera medidas que sean necesarias, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en que se encuentre la persona que se deba reconocer»[883]. Además de lo anterior, el reconocimiento judicial y el pericial pueden concurrir (artículo 356) y puede hacerse con el médico o equipo que le está tratando porque en los procesos sobre capacidad de las personas el tribunal puede, de oficio, designar peritos cuando la pericia sea pertinente (artículo 339 nº 5 de la LEC).

Cuestión distinta es si la necesidad de efectuar el reconocimiento puede determinar un internamiento en centro adecuado para la práctica exclusiva de tal diligencia. La respuesta debe ser afirmativa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Matter contra Eslovaquia, de 5-07-1999[884]) lo ha considerado

---

[882] Aunque al objeto de nuestro estudio carece de relevancia práctica, el artículo 6 de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores ha introducido un nuevo nº 3 añadido, pasando el actual número 3º a ser número 4º. Su tenor es el siguiente 3º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes: a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

[883] El Juzgado de Primera Instancia podía con anterioridad a la nueva LEC acordar la entrada en ejecución de sus funciones conforme a los criterios sentados por la Sentencia del Tribunal Constitucional (2ª) 22/1984 de 17 de febrero (EDE 84/22) y Auto 272/85 de 24 de abril.

[884] STEDH de 5-7-1999 (EDE 1999/26266, Apartados 62 a 72). En el caso en cuestión el ciudadano, súbdito eslovaco, había sido declarado incapaz en 1976 debido a que padecía una forma de psicosis para-

legítimo siempre que se cumplan las exigencias de proporcionalidad, atendidas la complejidad de la valoración y el agotamiento de medios previos para su realización. La demanda se inició por vulneración del artículo 8.1 del Convenio de Roma, estimando que se había producido una injerencia en su derecho al respeto de la vida privada. El TEDH estimó que «el examen por la fuerza del solicitante en un hospital del 19 de agosto al 2 de septiembre de 1993 viene a ser una interferencia con su derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8.1» [885]. La citada interferencia constituye una violación del artículo a menos que esté «prevista por la ley», persiga un propósito o propósitos que estén legitimados en el párrafo 2º del citado artículo y pueda ser considerada como «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzar tales propósitos. El TEDH confirmó que la medida estaba prevista en el Código de Proceso Civil Eslovaco, que perseguía el propósito legítimo de la protección de los derechos (estaba privado de capacidad de obrar y se intentaba comprobar si se podía restablecer la misma) y la salud del demandante.

El problema consistía en determinar si tal interferencia era «necesaria en una sociedad democrática». El TEDH recordó que tal noción implica que la injerencia responde a una urgente necesidad social y, en particular que es proporcionada al propósito legítimo perseguido. En su determinación el TEDH tomó en cuenta el margen de apreciación de que disponen los Estados contratantes y no se limitó a considerar los hechos aisladamente sino que aplicó un criterio objetivo contemplándolos en su totalidad. El TEDH concluyó que la injerencia no era desproporcionada en atención a las circunstancias y consideró, pues, que «era necesaria en una sociedad democrática», no constituyendo por ello vulneración del artículo 8.1 del Convenio. No hubo votos particulares.

---

noica. Estuvo sometido durante 20 años a tratamiento psiquiátrico ambulatorio y su personalidad se había deteriorado debido al aumento de su demencia. En 1987, solicitó la reintegración de la capacidad de obrar. El demandante se negó a ser examinado por varios expertos y ello dio lugar a un primer pronunciamiento en el que se rechazó la demanda, que fue anulado por el Tribunal Supremo debido a que era preceptivo el reconocimiento. El demandante fue invitado nuevamente al reconocimiento y se negó. Se le requirió nuevamente advirtiéndole de que podía ser conducido si se negaba, no logrando resultado positivo. Finalmente, tras un nuevo requerimiento, fue conducido por dos policías al hospital y estuvo ingresado del 19 de agosto de 1993 al 2 de septiembre de 1993. El informe del experto concluyó que podía restituirse parcialmente la capacidad legal del demandante y recomendó un nuevo examen al cabo de dos o tres años. El Código de Proceso Civil Eslovaco permitía en los procesos sobre capacidad ordenar un reconocimiento en hospital por una duración no superior a tres meses si ello se consideraba necesario para la determinación de su estado de salud (artículo 187.3), siendo requisito necesario en tales procesos oír el dictamen de un experto. La Sentencia, no obstante, sí que consideró que había existido vulneración del artículo 6.1 del Convenio porque el proceso excedió, por diversas vicisitudes, de un plazo razonable.

[885] Apartado 64

4. INVOLUNTARIO

4.1. La diversa regulación del sistema en las enfermedades mentales y las somáticas en el Convenio de Oviedo

Las excepciones al principio general del artículo 5 por problemas de capacidad se establecen en los artículos 6 para las enfermedades somáticas y 7 para los trastornos mentales. Como ya analizamos con anterioridad el artículo 6, vamos a consignar el artículo 7:

> Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprenda procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

En el Informe explicativo del Convenio, MICHAUD expresa que se trata de una excepción a la regla general del artículo 5 que garantiza la protección de estas personas al limitar el número de casos en los que pueden ser sometidas al tratamiento de su trastorno mental sin su consentimiento, supeditando tales intervenciones a condiciones específicas que son: 1) que el afectado/a sufra un trastorno mental, por lo que es preciso que se constate una disminución de las facultades mentales de esta persona; 2) que la intervención sea específica para tratar ese trastorno, por lo que para las restantes intervenciones sanitarias no rige este principio; 3) que exista un riesgo considerable de que se produzca un daño a la salud del paciente; 4) que las condiciones de protección establecidas por las leyes nacionales sean respetadas.

MICHAUD matiza la 3ª condición en el sentido de señalar que este artículo sólo comprende el riesgo para la salud del propio paciente, mientras que el 26 permite que los pacientes sean tratados contra su voluntad para proteger los derechos y libertades de otras personas (por ejemplo, en el caso de un comportamiento violento). El artículo protege, por un lado, la salud de la persona (en la medida en que se permite el tratamiento del trastorno sin su consentimiento cuando su omisión la dañaría seriamente) y, por otro lado, su autonomía (desde el momento en que el tratamiento sin consentimiento se prohíbe cuando no se cumpla la condición anterior). El informe, por último, hace referencia a las Declaraciones de Hawaii y Madrid de la Asociación Mundial de Psiquiatría, la Recomendación R(83) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1235 (1994) como principios a respetar.

De los trabajos preparatorios, se pueden extraer algunas conclusiones de interés. El Grupo de Trabajo consideró que no existía razón para que existiera

intervención judicial en todos los casos y que esta solución era difícil de aplicar en la práctica[886]. El artículo hace referencia a trastorno mental y no a «enfermedad mental» porque la idea es que se refiera al mismo de forma genérica sin prejuzgar su origen: enfermedad, senilidad, alcoholismo o drogodependencia[887]. El artículo era necesario para limitar el tratamiento a condiciones precisas, con independencia del sistema de cada pais (*Common Law* o continental)[888]. Las personas que padecen trastorno mental, a menudo son capaces de comprender el significado de las intervenciones sanitarias en general excepto aquello que concierne al tratamiento de su propio trastorno. Es decir, aunque las personas son teóricamente capaces de consentir una intervención, son incapaces de comprender la necesidad para el tratamiento estrictamente psiquiátrico[889].

En el artículo 26 se establecen una serie de excepciones generales motivadas por el respeto del derecho de terceras personas:

> Artículo 26. Restricciones al ejercicio de los derechos. 1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas (...)

En el Informe Explicativo, MICHAUD expresó la aplicabilidad de este artículo a aquellas personas que, debido a su trastorno mental, pueden causar serio daño a terceros, los cuales pueden ser sometidos, sin su consentimiento, a internamiento o tratamiento. Aquí, además de los casos previstos en el artículo 7, se añade la restricción en razón de la protección de los derechos y libertades de terceros[890].

De los trabajos preparatorios, es de destacar la atención prestada a hacer coincidir el texto con el tenor del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

---

[886] CORED 1-3/06/93. Steering Committee on Bioethics (CDBI). *Preparatory Work on the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine (ETS N°164).* (Document prepared by the Directorate General of Legal Affairs). Strasbourg, 28 June 2000. CDBI/INF (2000) 1 Provisional, páginas 38 y ss. (disponible en internet: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/bioethics/texts_and_documents/CDBI-INF(2000)1PrepConv.pdf

[887] CORED 24-27/01/94

[888] CDBI 5-7/09/95

[889] CDBI 18-22/04/94 y 20-22/11/95

[890] Michaud, Jean. *Explanatory Report to the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine. Council of Europe. Directorate of legal affairs.* DIR/JUR (97)5. Strasbourg, May 1997 (disponible en internet: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm)

4.2. ¿Qué definimos por involuntario?

Los equipos de salud mental comunitaria pueden ejercer diversas presiones para conseguir que un paciente coopere con el tratamiento. Los principios de Naciones Unidas señalan que el consentimiento debe ser obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida. La persuasión supone *convencer a alguien de algo mediante argumentos y razones*[891]. La estrecha relación con el paciente permite entender que existirá una cierta influencia o presión interpersonal. Distinto de lo anterior, es el recurso a otros instrumentos como[892]: 1) la «coerción propiamente dicha» que supone la realización de proposiciones que implican la pérdida de beneficios a los que se tiene derecho con la intención de que alguien actúe como desea quien ejerce la coacción; 2) el «engaño», es decir, que el paciente pueda creer que el incumplimiento del tratamiento le va a acarrear una consecuencia de mayor gravedad que la estipulada legalmente; 3) la «orden de tratamiento involuntario».

WERTHEIMER estima que mientras el principio de que la coerción socava la voluntariedad es incontrovertido, no es tan meridianamente claro lo que efectivamente constituye tal coacción vulneradora, siendo necesaria la elaboración de una teoría de la coerción[893]. Se pueden distinguir tres sentidos del término involuntario con carácter general: 1) los movimientos corporales involuntarios (suponen ausencia de volición); 2) aquellos actos que proceden del actor pero están completamente guiado por una condición interna tal como la enfermedad mental, deficiencia psíquica o un impulso irresistible (suponen defecto de volición); 3) aquellas en las que el agente hace frente a alternativas no deseadas pero es todavía capaz de realizar elecciones racionales entre ellas (suponen una volición constreñida)[894]. Es, sin duda, el tercer sentido el más difícil de precisar.

El autor desarrolla un estudio en el que se centra en dos áreas: la perspectiva legal y la perspectiva filosófica. Desde la perspectiva legal, es muy importante la determinación de lo que significa el término en la medida en que puede invalidar un acto. Existen distintas formulaciones según el área del derecho que se abarque (contratos, matrimonio, testamentos, laboral, la confesión o la conformidad del acusado en un proceso penal, etc.) y que dichas formulaciones han evolucionado en el tiempo. Una de las formulaciones legales más frecuentes es la que denomina informalmente la «teoría de las dos puntas» (*two pronged theory*) en las que diferencia, por un lado, la elección (en la que se analizan aspectos relacionados con la libertad y la posibilidad real de tener una alternativa) y la proposición (en el que se analiza si la misma es en sí ilegítima)[895]. En ambos casos, el autor considera

---

[891] BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. Editorial Masson, Barcelona, 2002, página 156

[892] SZMUKLER, George. «Ética en la Psiquiatría comunitaria». En *La ética en Psiquiatría* (páginas 348 a 350)

[893] WERTHEIMER, Allan. *Coercion*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1989, págs. 4 y 5

[894] WERTHEIMER, Allan. *Op. cit.*, página 9

[895] WERTHEIMER, Allan. *Op. cit.*, páginas 29 a 53 (contratos), 135 a 143 (proceso penal)

que los jueces tienen en cuenta tanto el ámbito de coerción como la responsabilidad del sujeto a la hora de determinar si el acto en cuestión debe desplegar su plenitud de efectos, que dicha elección es ética y que tiene en cuenta factores internos al individuo y externos (consideración del interés de la sociedad)[896].

Sin embargo, el aspecto legal no es el único atendible. Es singular, por ejemplo, como la ley estima que existe coerción en algunos ámbitos pero no le damos tal valor a efectos legales. Por otro lado, también las normas y los pronunciamientos judiciales se centran en problemas específicos. El autor estima que las verdaderas condiciones de la coerción pueden variar con el contexto, estando las formulaciones filosóficas en general condicionadas por el análisis de un contexto ético o político determinado[897]. El autor concluye que «la teoría de las dos puntas» también es aplicable desde una perspectiva moral, que cada una de tales puntas abarca una dimensión importante de la coerción y que se inclina a pensar que no existe demasiada diferencia entre el modo en que las reclamaciones por coerción operan en los contextos legales y éticos[898]. El autor considera que la clave para entender lo que es coerción se encuentra no tanto en la situación de elección en sí misma como en el tipo de proposiciones que son las que generan las condiciones en las que se desenvuelve tal proceso[899]. ¿Cuándo es coercitiva una proposición? La respuesta del autor es que «la amenaza fuerza mientras que el ofrecimiento no». La amenaza limita la libertad pero el ofrecimiento permite declinarlo y realizar una aceptación voluntaria. ¿Cuál es el elemento de distinción principal? Para el autor, el punto crucial de la distinción entre amenazas y ofrecimientos es bastante simple:

> A realiza una amenaza cuando, si B no acepta la proposición de A, B estará peor que en una posición de partida de referencia (*relevant baseline position*). A realiza un ofrecimiento cuando, si B no acepta la proposición de A, B no estará peor que en una posición de partida de referencia[900].

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que aunque todas las amenazas son coercitivas, no todas coercen en el sentido de que tornen nulo el efecto ordinario, moral o legal, de un acto[901]. Recibir una proposición coercitiva, en este sentido, no es condición suficiente para ser coaccionado. Es necesario no poseer ninguna alternativa razonable que sucumbir a la proposición coercitiva como condición necesaria, criterio que no deja de ser moral y que puede ser definido con más rigor señalando que en estos casos «B tiene derecho a ceder a la proposición de A y entonces ser liberado de las consecuencias normales morales y legales de su acto»[902].

---

[896] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, páginas 170 a 175
[897] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, páginas 182 y 190.
[898] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, página 308
[899] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, página 202
[900] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, página 204
[901] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, página 242
[902] Wertheimer, Allan. *Op. cit.*, página 267

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

En nuestro país también encontramos definiciones legales de situaciones que invalidan el consentimiento. Así, el artículo 1.265 del Código Civil establece, dentro del ámbito de los contratos, que «será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo». Desde el punto de vista de la libertad de elección, existe una definición legal de lo que es violencia como empleo de fuerza (artículo 1.267) y una definición de intimidación «cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes» que atiende a la edad y condición de la persona (artículo 1.267 C.C.). Es indiferente que haya sido empleado por una de las partes contratantes o por terceros (artículo 1.268). Desde una perspectiva penal, también encontramos importantes elementos legales en la definición de los tipos de amenazas (artículos 160 y ss.) y en la definición del tipo de coacciones (artículo 172).

Este último define la conducta como la que realiza quien «impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto». Sin embargo, el propio texto habla de que hay ámbitos de coacción que son legítimos («sin estar legítimamente autorizado»). La diferencia fundamental entre los delitos de coacciones y de amenazas estriba en la fase en que se protege la libertad: las coacciones atentan contra la voluntad de ejecutar lo decidido, mientras que en las amenazas se lesiona el proceso de formación de la voluntad, motivación o toma de decisión del proceso volitivo[903].

Tenemos, pues, un primer marco de definición. Pero podemos avanzar más y encontrarnos con dos situaciones contextuales que tienen importante relación con la salud mental:

- En primer lugar, las situaciones de dependencia. Con carácter general, la Recomendación nº R(98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros *sobre la dependencia* de 18 de septiembre de 1998 establece en su apartado 3.2 que

> El principio de libertad de elección es fundamental para garantizar el respeto por la dignidad y libre determinación de las personas dependientes. La libertad de elección debe llegar a ser una realidad en la estructura legal del sistema de protección social. Para asegurar que este principio es respetado, la elección debe comprender dos atributos: debe ser libre, lo que implica la intervención de las autoridades públicas para permitir a las personas afectadas acceso a los establecimientos y servicios y para promover otros tipos de servicios adaptados a las necesidades de las personas dependientes. Además, la elección debe ser informada, lo que implica que la información sea accesible, objetiva, comprensible y personalizada. Cuando la libertad de elección no sea posible debido a la

[903] Carbonell Mateu, J.C. y González Cussac, J.L. en VV.AA. (coordinados por Vives Antón, Tomás S.) *Comentarios al Código Penal de 1995*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Vol. I, página 883.

incapacidad de la persona dependiente, deberán ser instituidos los mecanismos de protección legal[904].

En las situaciones de *tracto sucesivo*, el Convenio de Oviedo expresa que el afectado puede retirar su consentimiento libremente en cualquier momento (artículo 5, último párrafo). Lo anterior implica que en aquellos casos en que la persona padezca de trastorno que pueda producir incapacidad periódica o en que la situación mental pueda presentar oscilaciones, la situación debe reevaluarse con el fin de que, tan pronto como sea posible, pueda ejercer el derecho y tratar de restaurar, si es posible, tal capacidad, mediante el adecuado tratamiento[905].

- Las situaciones de pobreza[906]. Es de observar que existe un gran número de personas que vive en nuestra sociedad en situación marginal con serias consecuencias para su salud y ello está convirtiéndose en un problema de salud pública de creciente importancia. La Recomendación R(2001) 12 del *Comité de Ministros sobre la adaptación de los servicios sanitarios a la demanda de atención de las personas en situaciones marginales* de 10 de octubre de 2001[907] expresa la preocupación por estas cuestiones. La Recomendación reconoce que existe un reconocimiento general de que el estrés psicológico experimentado por las personas que viven en tales condiciones tiene efecto en su salud, tanto física como mental. La Recomendación insiste, en los principios que recoge en el apartado I de su apéndice, en que *las políticas a largo plazo para mejorar la situación social y sanitaria para las personas que viven en situaciones marginales o en condiciones de inseguridad no pueden ser aplicadas sin su participación y acuerdo. Deben ser, por consiguiente, consideradas como personas responsables, capaces de asumir sus propias responsabilidades y, en la medida de lo posible, intervenir en el proceso de decisión* (principio 4). La Recomendación, que sigue los principios de la *Conferencia de Ottawa de la Organización Mundial de la Salud* (1986), establece como primer principio que *las políticas deben estar basadas en los valores propuestos por el Consejo de Europa: derechos humanos y derechos de los pacientes, dignidad, cohesión social, democracia,*

---

[904] Recommendation no. R (98) 9 of the Committee of Ministers to member states on dependence *(Adopted by the Committee of Ministers on 18 September 1998 at the 641st meeting of the Ministers' Deputies).* La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) también se refiere al carácter «voluntario» de los servicios de habilitación y rehabilitación, en su artículo 26.

[905] Beauchamp y Childress denominan estos supuestos como competencia intermitente (*op. cit.*, página 126)

[906] El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) destaca *el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza* y reconoce *la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad.*

[907] Recommendation Rec(2001)12 of the Committee of Ministers to member states on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations *(Adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2001at the 768th meeting of the Ministers' Deputies)*

igualdad, solidaridad, no discriminación por razón de sexo, participación, libertad de elección - ponderados por la obligación de ayudar a fortalecer la propia salud del individuo[908].

Por otro lado, también hay que estimar los problemas de definición que entraña la *posición de partida de referencia* a la que aludía WERTHEIMER. Con relación a la posibilidad de realizar propuestas que abarquen beneficios procedentes del sistema de bienestar social (subsidios, vivienda, alojamiento social, empleo protegido…), MONAHAN et al[909] estiman que las diferentes opiniones de lo que constituye el estado del bienestar hacen que un mismo beneficio pueda ser o no ser considerado como parte de tal *posición de partida*, lo que determina un enorme campo de incertidumbre en lo que concierne al concepto de lo que debe entenderse como propuesta coercitiva. Hay, pues, un componente político en la definición.

Para finalizar este apartado, estimo necesario realizar un último apunte que podemos considerarlo como una corrección subjetiva. Es preciso considerar tanto la competencia, de la que ya hemos hablado al referirnos a la posible situación de dependencia, como también el necesario contraste con el sistema de valores propio del sujeto afectado.

Dicha actuación entraña, sin duda, aspectos difíciles de definir, pero necesarios a la hora de adoptar decisiones y valorar la justicia de los actos[910].

4.3. El tratamiento asistido

La Recomendación R (90) 22 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de la salud mental de ciertos grupos vulnerables en la sociedad de 18 de octubre de 1990 señala que el Comité de Ministros del Consejo de Europa considera que los objetivos de promoción de la salud mental incluyen:

---

[908] Un problema importante en este ámbito es el de la accesibilidad. Como señala en el *Explanatory Memorandum* de la recomendación Rec(2001)12 elaborado por el *European Health Committee* (CM(2001)136 Addendum 1 12 September 2001): «La accesibilidad puede ser determinada por la distancia geográfica entre la localización del servicio y el lugar de residencia, los medios de transporte entre los dos lugares, el precio por los servicios, el horario de apertura y otros obstáculos estructurales, el concepto impreciso de aceptabilidad y de adecuación de los servicios en respuesta a las necesidades de salud reales. Particularmente el último punto sólo puede ser medido por encuestas que recojan la percepción que la gente haya obtenido de un particular servicio de salud o de los profesionales que en él trabajen y preguntando acerca de los temores asociados con el uso de tales servicios. Todo esto es sólo posible si las personas en situación marginal son conocidas para los organismos administrativos. Mientras muchos grupos como los ancianos, minorías étnicas, demandantes de asilo o drogadictos son altamente visibles, otros son difíciles de identificar. Hay una falta de certeza considerable acerca del número de residentes ilegales (sin papeles) en una población dada».

[909] MONAHAN, John et al. «Mandated Community Treatment: Beyond Outpatient Commitment» *Psychiatric Services* 52: 1198-2005, 2001

[910] Las soluciones a los muchos problemas que plantea la ética de las intervenciones sanitarias precisa de un método que permita valorar su justificación. Aunque no podemos entrar a fondo en este tema, sí que es interesante y de indispensable lectura la obra del profesor GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de Bioética. Eudema.* Madrid, 1989.

a) Promoción de habilidades psicosociales y mecanismos de entrenamiento individualizados
b) Promoción de redes de soporte en los planos interpersonal y social
c) Promoción de servicios psicosociales adecuados para cubrir las necesidades
d) Promoción de condiciones de vida más adecuadas en términos de vivienda, educación, etc. para las personas vulnerables

El Comité de Ministros observa que las medidas para reducir la incidencia de los problemas de salud mental en el nivel primario dependen de un sinnúmero de situaciones ubicadas en el exterior de la esfera de actuación habitual de las actividades de los servicios sociales y de salud mental y que, a la vista de la larga duración de los problemas de salud mental, es necesario observar la importancia de los programas de identificación e intervención temprana dentro de los niveles secundario y terciario.

El Comité de Ministros recomienda seguir las pautas recogidas en el apéndice de la Recomendación. Las estrategias deben ofrecer cuidados continuados, orientados hacia la comunidad, flexibles, amplios y accesibles, garantizando la coordinación con los servicios sociales y los restantes elementos de las políticas de integración, garantizando que el sistema disponga de elementos de monitorización y garantía de calidad.

CABRERO[911] subraya el papel de la familia en la prevención terciaria. La mejor reinserción del enfermo en la sociedad se consigue evitando la segregación y para ello es fundamental el trabajo con la familia. La familia no debe ser desatendida puesto que su sobrecarga puede repercutir no únicamente en las recaídas del paciente, sino también en la higiene mental del resto de sus miembros. La familia como recurso debe ser especialmente valorada, constituyendo la atención y asistencia familiar y la psicoeducación de sus miembros elementos importantes en una concepción integral de la atención en salud mental.

Desde el punto de vista exclusivamente sanitario, se hace precisa la creación de un sistema de recursos tales como las unidades de salud mental y los hospitales de día que permitan atenciones sanitarias diferentes a las que obligan a la hospitalización completa.

La intervención farmacológica es, probablemente, la de mayor aplicación. Una respuesta a la dificultad de la absorción oral por parte de los pacientes, en particular los afectados de esquizofrenia, ha sido la introducción de los neurolépticos inyectables de depósito (DEPOT) que permiten, al tratarse de un fármaco de larga acción, su administración en intervalos de dos a cuatro semanas. El paciente se libera así, en opinión de WITTLIN, de la preocupación diaria de la toma del medicamento. El seguimiento de la medicación por parte del paciente mejora y

[911] CABRERO, L.J., *Prevención y asistencia psiquiátrica. En la obra Introducción a la psicopatología y a la Psiquiatría* dirigida por el profesor Vallejo Ruiloba (página 862)

se reduce la posibilidad de reaparición de los síntomas esquizofrénicos con la consiguiente afectación de la motivación y el compromiso de seguir tomando la medicación [912].

Pero la simple medicación no es suficiente. Se hace necesaria la existencia de procesos de rehabilitación, que abarcan tres fases [913]:

1. Evaluación, que se articula sobre dos ejes:
   a) Las habilidades del sujeto (por ejemplo, actividades de la vida diaria, psicomotricidad, déficits cognitivos, autocontrol, habilidades sociales)
   b) El ambiente en el que el sujeto interactúa (por ejemplo, la familia, redes sociales, organizaciones de autoayuda, recursos en la comunidad)
2. Planificación, el diseño de un plan de rehabilitación que especifique los cambios personales o ambientales que deben darse para conseguir los objetivos de rehabilitación, identificando a los responsables de llevar a cabo las diversas partes del plan. Plan que debe ser necesariamente individualizado, estableciendo un orden de objetivos en tiempo y en importancia.
3. Intervención, es decir, la implementación del plan a través del desarrollo de habilidades personales y disponiendo de los apoyos necesarios en los diferentes ambientes donde va a funcionar la persona. Toda intervención tiene, necesariamente limitaciones, debidas tanto a la «tecnología» propia de ella como a la posible ausencia de recursos o facilitadores de integración en la comunidad, muchas de ellas ajenas al profesional rehabilitador y al propio usuario.

La creación de recursos como los centros de rehabilitación e inserción social o de rehabilitación psicosocial constituye una necesidad en este ámbito.

El Principio 9 de la Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119), establece, en su apartado 1, que cada paciente tiene el derecho de ser tratado en el entorno menos restrictivo y con el tratamientos menos restrictivo o intruso apropiado a las necesidades de salud del paciente y de protección de la seguridad física de terceros. En su apartado segundo, que es el que nos interesa, establece que el tratamiento y cuidado de cada paciente debe estar basado en un plan individualizado, consensuado con el paciente, revisado de forma regular y desarrollado por personal profesional cualificado.

---

[912] Wittlin, Byron J. *Psicofarmacología práctica.* En la obra de Liberman: *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico* (páginas 123 y 124)

[913] Fernández Aguirre, María-Victoria; Fernández Chavero, Jose-María; Eizaguirre de Luna, Luis. *«El campo de la rehabilitación psicosocial».* En *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos* (páginas 96 a 99)

El derecho a un plan individualizado y escrito de servicios o tratamiento, con revisión periódica y participación de acuerdo con las necesidades del paciente ha sido elevado a la categoría de norma por algunas legislaciones (así, el artículo 10841, número 1, apartados B y C del *U.S. Code*)

Aunque la desmotivación para el tratamiento no es un problema exclusivo de las personas con problemas psiquiátricos graves, sí que en ellas se dan peculiaridades que lo agravan. CASTEJÓN, CRISTINA y FERNÁNDEZ AGUIRRE [914], señalan las siguientes variables de futuros comportamientos negativos de los usuarios:

a) Experiencias negativas del usuario con otros servicios
b) Dudas importantes durante la derivación y primeros contactos
c) Aislamiento social extremo y reciente del usuario
d) Nulo reconocimiento de su problemática ni de las limitaciones que le crea para su funcionamiento diario
e) Relación familiar de excesiva tolerancia a comportamientos inadecuados del usuario

Los autores se preguntan hasta qué punto el derecho a tomar sus propias decisiones debe paralizar la obligación profesional de intervenir ante situaciones de grave deterioro de la calidad de vida de estas personas. La respuesta a esta disyuntiva se encuentra, en su opinión, en la oposición de un modelo de estado asistencial y protector ante otro más liberal y menos protector y entre los principios éticos de autonomía y beneficencia. Los autores no pretenden dar una respuesta general y definitiva, pero sí remarcan que el hecho de que los profesionales, en casos de negativa y deterioro acusado, no pueden dejar de intervenir y que existe una labor a realizar sin trabajar directamente con estas personas: *Sólo nos queda intervenir sobre su entorno para así, indirectamente, contribuir a dignificar su situación, ya que estamos hablando de situaciones sangrantes ante las que no podemos permanecer pasivos y para las que quienes las padecen no tienen recursos de solución, precisamente, por su propia patología y deterioro psicosocial.* Se trata de mejorar la red social del usuario, para lo cual hay que valorar especialmente la intervención familiar.

En tanto que no exista una marcada oposición del paciente, son posibles intervenciones que pueden considerarse «voluntarias». Pueden distinguirse seis modelos de programas de seguimiento y cuidados para pacientes mentales graves y crónicos en la comunidad [915]:

---

[914] CASTEJÓN BELLMUNT, Miguel-Angel; CRISTINA LÓPEZ, Rafael; FERNÁNDEZ AGUIRRE, María-Victoria. «Motivar en rehabilitación». En *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos* (páginas 124 a 130)

[915] ALONSO SUÁREZ, María/BRAVO ORTIZ, Mª Fe/FERNÁNDEZ LIRIA, Alberto. «Origen y desarrollo de los programas de seguimiento y cuidados para pacientes mentales graves y crónicos en la comunidad». En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.* Año XXIII, octubre-diciembre de 2004, nº 92, páginas 3457 a 3483.

- Agencia de servicios (*broker case management*): Se funda en la existencia de un coordinador que realiza la evaluación de las necesidades, planifica la intervención, deriva a los pacientes a los servicios y coordina los distintos servicios implicados. En muchas ocasiones el coordinador no es un profesional sanitario y la iniciativa de los contactos ha de partir del propio paciente.
- *Case management* clínico: se diferencian del anterior porque los contactos son iniciados por ambos y el papel del coordinador es activo en el seguimiento y enganche del paciente, intentando lograr la adherencia al tratamiento mediante contactos regulares.
- *Case management* intensivo: las diferencias con el modelo anterior radican en que el número de pacientes atendidos por profesional es reducido, potencia la actitud asertiva y se refuerza la intervención en la comunidad frente a la realizada en los despachos.
- Tratamiento asertivo comunitario: en este modelo los vínculos se desarrollan con varios miembros del equipo, los contactos son múltiples y existe mucho trabajo y coordinación entre sus miembros.
- Modelo de competencias: respecto a los modelos anteriores, más que diferencias de funcionamiento y organización, lo que se trata de subrayar es un enfoque centrado en las competencias y habilidades y no en los déficits y discapacidades de los pacientes.
- Modelo rehabilitador: se centra más en los deseos y metas del paciente que en los objetivos que el sistema de salud mental define, pone especial énfasis en las habilidades instrumentales y sociales necesarias para la vida autónoma en la comunidad.

En particular destacamos los denominados *programas de tratamiento asertivo comunitario* desarrollados por Arnold Marx, Leonard Stein y Mary Ann Test en la unidad de hospitalización del hospital estatal de Mendota en Madison (Wiscosin) a finales de los 60. La filosofía del programa de tratamiento asertivo comunitario (PTAC) se funda en una orientación asertiva que hace llegar el tratamiento al paciente y no espera a que el mismo esté motivado a participar, mediante una intervención activa de los profesionales que trabajan con los pacientes en ambientes comunitarios antes que en centros propiamente sanitarios. Cada paciente tiene su propio tratamiento individualizado que es constantemente revisado y el equipo de tratamiento multidisciplinario es amplio y está en constante comunicación. Los efectos beneficiosos en la reducción de hospitalizaciones de estos programas aplicados de forma voluntaria han sido subrayados por diferentes estudios[916]. La

[916] Liberman, Robert Paul. *Psychiatric rehabilitation of chronic mental patients (1988),* traducido al castellano en 1993 por Esteve Martínez Mallen, Barcelona, 1993. Ediciones Martínez Roca S.A.. El autor cita los trabajos de Stein y Test (1978), los resultados positivos obtenidos en Sydney (Australia) por Hoult y sus colaboradores y en Chicago (BOND, 1984). Páginas 246 a 248. Un pequeño resumen sobre las características y evolución de estos programas puede encontrarse en Dixon, Lisa. «Assertive Community treatment: Twenty-five years of gold». *Psychiatric Services,* June 2000, Vol. 51 nº 6, páginas 759 a 765.

National Alliance for the mentally ill se ha pronunciado a favor de su aplicación generalizada en Estados Unidos, desarrollando una iniciativa para su implantación en todo el país a partir del año 2002.

Los enfoques asertivos, al llevar el tratamiento *hacia el paciente*, pretenden impedir que este se pierda en los resquicios de la red. Cabe la posibilidad de realizar actuaciones como visitas no solicitadas al paciente con objeto de restablecer el contacto si considera que existe riesgo de recaída, lo que difumina bastante el carácter consensuado de las intervenciones cuando el propio paciente solicita que estas cesen, también cabe plantearse la posibilidad de la publicidad del tratamiento para terceros al desarrollarse este en comunidad, la propia interacción de estos equipos con otras instituciones implicadas en aspectos relativos a posibles riesgos y los límites entre persuasión influencia del terapeuta y la coerción propiamente dicha[917].

La implantación de los equipos de tratamiento asertivo y de la asistencia domiciliaria en España dista mucho de ser satisfactoria, no por los buenos resultados obtenidos por los equipos, sino por su escaso número[918].

4.4. El modelo de condicionamiento de beneficios

El modelo de condicionamiento de beneficios o de refuerzo implica que se oferta al paciente bien un beneficio general o bien la evitación de una forma de sanción a condición de someterse a tratamiento. Las fórmulas posibles son muy diversas y no necesariamente tienen que estar expresas en la ley. En ocasiones, se refieren a situaciones reguladas con carácter de generalidad que presentan estadística notable de incidencia en las personas con enfermedad mental; otras veces, la previsión expresa de la situación de trastorno psíquico está especialmente contemplada en la norma. En este apartado vamos a citar algunas de ellas, valiéndonos de un sistema de clasificación meramente instrumental.

---

[917] Szmukler, George. *Op. cit.*, particularmente páginas 343 y 347 y ss. Desde una perspectiva crítica hacia el modelo médico, Ahern, Laurie/Fisher, Daniel. «Personal Assistance in Community Existence. A recovery guide» National Empowerment Center, Lawrence, MA, 1999, particularmente se expresan las diferencias en el cuadro de la página 21 (disponible en Internet www.power2u.org/pace_manual.pdf)

[918] Sobre la implantación de estos programas, Alonso Suárez, María/Bravo Ortiz, Mª Fe/Fernández Liria, Alberto. *Op. cit.*, página 3471.

4.4.1. Situaciones derivadas de la inserción social o de la convivencia

A. AYUDAS SOCIALES QUE CONTEMPLAN PLANES DE INSERCIÓN. En el momento actual las más importantes son:

A.1. Las prestaciones de renta mínima

Las prestaciones de renta mínima han respondido a diversas concepciones y finalidad en los países europeos. Pueden señalarse dos grupos [919]:

- Considerarla como renta o subsidio que permita el acceso a unos mínimos aceptables de nivel de vida, de carácter generalizado e independiente, a la que todo ciudadano tiene derecho, sin condiciones o exigencias de contrapartida (*renta mínima garantizada*)
- Considerarla como prestación económica orientada también a satisfacer las necesidades más esenciales de la vida pero vinculada estrechamente a la integración laboral o social de las personas subsidiadas, de manera que, una vez conseguida esta última, deja de percibirse la prestación (*renta mínima de inserción*)

La mayor parte de las naciones europeas se han decantado por la segunda opción. Igualmente España, cuyas Comunidades Autónomas, a partir de la experiencia inicial del País Vasco en 1989 y desde 1990 han desarrollado este tipo de prestaciones, con diferentes nombres (ingreso mínimo de inserción, renta mínima de inserción, renta básica, ingreso mínimo de solidaridad, etc). Un estudio publicado por Cáritas a finales de 1995 reflejaba las características generales de la población atendida en el conjunto de la nación. El estudio distinguía cuatro grupos de fuerte presencia en estos programas [920]:

- Hogares formados por mujeres solas con cargas familiares (suponen entre un 35 y un 45% del total)
- Personas solas, en su mayoría varones de edad avanzada con problemas de alcoholismo y salud mental —alberguistas o transeúntes— (entre un 20 y un 30% del total
- Personas que viven alrededor de actividades económicas marginales —venta ambulante, chatarra— o en espacios marginales —chabolas, remolques— (alrededor del 10%)
- Familias que padecen múltiples problemas sociales, económicos y, en ocasiones, de salud

---

[919] ALONSO SECO, Jose Mª/GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España.* Boletín Oficial del Estado. 2ª edición. Madrid, 2000, página 433.

[920] JUÁREZ, Miguel et al. *V informe sociológico sobre la situación social en España. Sociedad para todos en el año 2000. Síntesis.* Documentación Social. Revista de Estudios sociales y de Sociología aplicada, nº 101. Edita Cáritas española. Octubre-Diciembre 1995, capítulo 9, apartado 6.

El estudio señalaba que la población excluida española presentaba tres rasgos de interés: a) numéricamente reducida (entre el 1 y el 3% de los hogares españoles); b) muy heterogénea (personas solas, hogares numerosos, familias monoparentales); c) gran concentración en determinados barrios relegados (periferias metropolitanas, chabolas, centros históricos...)

Este tipo de prestaciones presenta una serie de características comunes, entre las que destacamos [921]:

- Subsidiariedad (es decir, sólo se aplica cuando no existen otras prestaciones o como complemento de ellas)
- Vinculación con medidas de inserción social
- Destino a la satisfacción de las necesidades básicas de las unidades familiares y no como prestación individual
- Acreditación de insuficiencia de recursos
- Transitoriedad (es decir, tiene un período limitado de duración)
- Sometimiento al Derecho administrativo

Las normas son poco precisas a la hora de calificar este tipo de prestaciones como derecho exigible o ayuda económica discrecional de la Administración. Hay que acudir a la configuración concreta en cada regulación. Lo cierto es que, con independencia de su mayor o menor grado de exigibilidad, se trata de un tipo novedoso de prestación que, progresivamente, incrementa el rango y grado de reglamentación normativa, fijando con mayor tipicidad las personas a quienes se dirige y requisitos que deben reunir, así como un procedimiento de concesión que no se diferencia del existente para la tramitación de otras prestaciones de derecho subjetivo pleno [922].

Los interrogantes de futuro que plantean pueden enumerarse en los siguientes [923]:

- Si debe seguir configurada con su actual carácter familiar o debe extenderse también hacia personas individuales
- Si la prestación debe perder su dependencia respecto del cumplimiento de un plan de inserción
- Si fuerza a la aceptación de empleos marginales, estacionales, irregulares y/o escasamente remunerados.
- Si, generalizada la prestación y concedida con carácter ilimitado mientras subsista la necesidad asistencial, como sucede en buena parte de los países europeos, no serviría para sustituir situaciones de pobreza o de exclusión social por colectivos de subsidiados inactivos, yendo en contra de la tendencia

[921] Ampliamente, Alonso Seco, Jose Mª/Gonzalo González, Bernardo. *Op. cit.*, páginas 431 y ss.
[922] Alonso Seco, Jose Mª/Gonzalo González, Bernardo. *Op. cit.*
[923] Alonso Seco, Jose Mª/Gonzalo González, Bernardo. *Op. cit.*

general europea de sustituir las políticas pasivas de desempleo por políticas activas de creación de empleo.

Dentro de estas disposiciones se incluyen normas específicas que permiten, dentro del plan de inserción, condicionar la prestación al seguimiento de tratamiento por salud mental o por dependencia. Por ejemplo, la Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social de la Comunidad Autónoma del País Vasco[924], en su artículo 4, define los convenios de inserción como

> Documentos-programa en los que las partes intervinientes establecen, de mutuo acuerdo, las acciones específicas de carácter social necesarias para conseguir la inserción personal, social y laboral o prevenir el riesgo de exclusión de los miembros de la unidad económica de convivencia independiente.

El propio artículo incluye, dentro de las acciones susceptibles de incluirse en los mencionados convenios de inserción, las «que faciliten el acceso al sistema general de salud, en especial en casos en los que se requiera un tratamiento médico especializado o se requieran acciones específicas de desintoxicación y deshabituación».

De idéntica forma, el Decreto Foral 120/1999, de 19 de abril, por el que se regula la Renta Básica[925] (Navarra) establece en su artículo 6 que para percibir la renta básica «será necesario comprometerse por escrito a suscribir un Acuerdo de Incorporación Sociolaboral en el plazo de dos meses desde la fecha de la notificación de su concesión» y que dicho acuerdo recogerá los apoyos que la Administración facilitará y los compromisos de las personas beneficiarias en su itinerario de inserción, siendo acciones susceptibles de incluirse en este Acuerdo las «que faciliten el acceso al sistema general de salud, en especial en casos en que se requiera un tratamiento médico especializado o se requieran acciones específicas de desintoxicación y deshabituación».

La Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico[926], por su parte, establece en su artículo 30 que «para percibir el salario social básico será necesario comprometerse por escrito a suscribir un programa personalizado de incorporación social en el plazo de un mes desde la fecha de recepción de la notificación de su concesión» que recogerá los apoyos que la Administración facilitará y los compromisos de las personas beneficiarias, siendo acciones susceptibles de ser incluidas «las que faciliten el acceso al sistema general de salud, en especial en casos en que se requiera un tratamiento médico especializado o se requieran acciones específicas de deshabituación de toxicomanías» y las «destinadas a facilitar el proceso de desinstitucionalización e integración social de… enfermos mentales».

---

[924] BOPV 105/1998, de 8 junio 1998; BOE 105/1998, de 8 junio 1998 Ref Boletín: 1998/50355 EDL 1998/44776

[925] BON 54/1999, de 3 mayo 1999; C.e. BON num. 95, de 30 de julio de 1999; EDL 1999/68742

[926] BOE núm. 310 de 28 diciembre 2005, página 42601

En una investigación realizada por la oficina del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana, varios Ayuntamientos manifestaron la utilización de este tipo de compromisos en las denominadas prestaciones económicas regladas en aras a facilitar el acceso a la atención a la salud mental[927].

A.2. La renta activa de inserción

Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre[928], las directrices sobre el empleo de la Unión Europea vienen destacando la idea de que una política eficaz frente al desempleo no se debe basar exclusivamente en la garantía de ingresos, sino en la combinación de esta con medidas adecuadas de inserción laboral y, por ello, proponen que los sistemas de prestaciones sociales fomenten activamente la capacidad de inserción de los parados, particularmente de aquellos con mayores dificultades.

Para dar respuesta a estas directrices, se reguló a partir del año 2000 un programa de renta activa de inserción, que combinaba medidas de empleo activas con pasivas. Los resultados de dichos programas han puesto de manifiesto que debe mantenerse el doble objetivo de reinserción laboral y protección frente al desempleo, en la forma diseñada en estos, para su aplicación más eficaz a los diferentes colectivos protegidos. La regulación actual se contiene en la disposición final quinta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social que habilita al Gobierno a regularla y en una serie de Reales Decretos que arrancan del R. D. 236/2000, de 18 de febrero y continuaron con el R. D. 781/2001, de 6 de julio, por la disposición adicional primera de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, por el R. D. 945/2003 de 18 de julio, por el Real Decreto 3/2004, de 9 de enero, por el Real Decreto 205/2005, de 25 de febrero que lo regula para el año 2005, y, finalmente, por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre que deroga el anterior que, inicialmente, había sido prorrogado por el Real Decreto 393/2006, de 31 de marzo[929].

Las modificaciones más importantes que incorporó el programa tras el Real Decreto 205/2005, en relación con los programas anteriores, fueron la ampliación de la duración máxima de la renta a 11 meses; la creación de una ayuda para incentivar el trabajo; la reducción del período de espera para iniciar el devengo de la renta de tres meses a un mes y la simplificación de la tramitación del programa.

---

[927] Queja 040182 (de oficio 12/2004). Puede consultarse en la página web del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana (www.sindicdegreuges.gva.es)

[928] BOE de 5 de diciembre de 2006, núm. 290, páginas 42716 a 42721

[929] BOE de 20 de abril de 2006, núm. 94 página 15185. El Real Decreto 205/2005 se vio modificado en su artículo 13.3 por la disposición derogatoria única, letra b) del Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 3 de marzo de 2006, núm. 53, páginas 8695 a 8699)

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

Las modificaciones más importantes que incorpora el programa tras el Real Decreto 1369/2006 han consistido en que no se configura con una duración anual, sino que se ordena con carácter permanente estableciendo una garantía de continuidad en su aplicación como un derecho más y con la misma financiación que el resto de las prestaciones y subsidios por desempleo, estableciendo también la cotización a la Seguridad social durante la percepción de la renta en la forma recogida en el artículo 218.1.4 de la Ley General de Seguridad Social.

Se trata de un programa incluido dentro de la acción protectora por desempleo consistente en una ayuda específica dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieren el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral. La cuantía de la renta es igual al 80 % del indicador público de renta de efectos múltiples mensual vigente en cada momento, tiene una duración máxima de percepción de 11 meses y su pago se realiza por mensualidades[930].

Se establecen dos grupos de beneficiarios:

- Los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación a aquel, reúnan los siguientes requisitos: a) ser mayor de 45 años; b) ser demandante de empleo inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 o más meses; c) no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta agraria; d) carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.
- Los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación a aquel, reúnan los requisitos previstos en alguno de los párrafos siguientes:
  - Acreditar una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, o tener reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del porcentaje anteriormente indicado, siempre que se reúnan los requisitos anteriormente citados, salvo el de la edad.
  - Ser trabajador emigrante que, tras haber retornado del extranjero en los 12 meses anteriores a la solicitud, hubiera trabajado, como mínimo, seis meses en el extranjero desde su última salida de España y esté inscrito como demandante de empleo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos salvo el de ser demandante de empleo inscrito.
  - Tener acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género y estar inscrita como demandante de empleo, siempre que se reúnan los requisitos exigidos, excepto los de edad y período de inscripción en la oficina de empleo.

[930] Artículos 4, 5 y 12 del R. D. 1369/2006

Para obtener la condición de beneficiario se exige cumplir un *compromiso de actividad* en virtud del cual es necesaria la realización de distintas actuaciones que se determinan por el servicio público de empleo en el *plan personal de inserción* que se desarrollarán mientras el trabajador se mantenga incorporado al programa. Para tales fines, se asigna al trabajador un *asesor de empleo* que le presta atención individualizada, realiza el seguimiento y actualización de su itinerario de inserción laboral, propone y evalúa las acciones de mejora de su ocupabilidad e informa, en su caso, de los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el momento en que se produzcan. El artículo 7 del Real Decreto establece que la elaboración o actualización del plan personal de inserción laboral se realiza «en función de las características personales, profesionales y formativas detectadas en la entrevista»[931], estableciendo el asesor de empleo el diagnóstico de la situación del trabajador y el itinerario personalizado de inserción laboral, con el calendario y las acciones que vaya a desarrollar, realizándose seguimiento y actualización de dicho itinerario periódicamente. El incumplimiento de las obligaciones que implica el compromiso de actividad concretados en el plan de inserción laboral, salvo causa justificada, son motivo de baja definitiva en el programa y, por consiguiente, de cese en la percepción de la renta activa de inserción[932].

El programa de renta activa de inserción comprende acciones de inserción laboral como asesoramiento individualizado, itinerario de inserción laboral (entrevista profesional y plan personal de inserción), gestión de ofertas de colocación, incorporación a planes de empleo o formación y otras actuaciones que incrementen las posibilidades de inserción laboral, tales como las acciones de apoyo a la búsqueda de empleo y las de información y asesoramiento para el autoempleo.

Las actuaciones relacionadas con la renta activa de inserción son competencia del Servicio Público de Empleo Estatal. Las Comunidades Autónomas, cuando hayan asumido el traspaso de la gestión realizada por el antiguo Instituto Nacional de Empleo, actual Servicio Público de Empleo Estatal, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, serán competentes para desarrollar las acciones de inserción laboral para el cumplimiento de este Real Decreto, de conformidad con lo previsto en los Reales Decretos de traspaso.

---

[931] Véase, asimismo, el artículo 231 de la Ley General de Seguridad Social que señala que el Servicio Público de Empleo tendrá en cuenta «las circunstancias profesionales y personales del desempleado».

[932] Artículos 9.1 y 12.2 del R. D. 1369/2006. La tramitación de las bajas en el programa, en estos casos, se inicia con la información sobre los incumplimientos de las obligaciones o de las irregularidades que se hayan detectado. Como consecuencia de ello, se cursa una baja cautelar en el programa y se da audiencia al interesado para que, en el plazo de 15 días, formule por escrito las alegaciones que considere oportuno. Transcurrido dicho plazo, se adopta la resolución que corresponda por el Director Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal en los 15 días siguientes. La resolución es susceptible de recurso ante el orden jurisdiccional social, previa reclamación en la forma prevista en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de procedimiento laboral (artículo 11, apartados 4 y 5 del R. D. 1369/2006)

B. Situaciones derivadas de la convivencia

B.1. Familiar

La presión familiar para que las personas con enfermedad mental crónica sigan un tratamiento adecuado es un hecho sobradamente conocido. Las fórmulas abarcan desde el simple rechazo del núcleo familiar hacia el paciente hasta situaciones que implican mayor o menor grado de engaño (por ejemplo, medicación disimulada en la comida o bebida del paciente) o violencia (por ejemplo, encierros domiciliarios) que son ampliamente cuestionables.

Obviamente el modelo de condicionamiento de beneficios no puede amparar fórmulas de abuso, prohibidas expresamente por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) cuyo artículo 16 expresa la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas *para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso.*

En este apartado vamos a hacer referencia a una fórmula poco estudiada pero importante. Nos referimos a la utilización de la administración de los ingresos del paciente como fórmula para compelerle a seguir un tratamiento. En un estudio realizado por ELBOGEN, SWANSON y SWARTZ[933] se pone de relieve que en Estados Unidos es muy frecuente que la Seguridad Social designe un representante (*representative payee*) para la administración de las pensiones de los beneficiarios que presentan enfermedad mental crónica que les impide la correcta administración del dinero o utilizan el mismo para la compra de sustancias estupefacientes o alcohol, agravando su patología. Aunque el alcance del estudio es limitado, sus conclusiones alertan de que, efectivamente, las advertencias sobre recortes para intentar la adherencia al tratamiento es utilizada por los clínicos y las familias, que su uso se incrementa cuando se utilizan otras fórmulas de tratamiento involuntario y que, en los casos referidos en la muestra, el factor étnico estaba asociado a la forma en que los afectados experimentaban la coerción. El estudio finaliza señalando que la investigación futura debe examinar cómo la coerción económica opera, utilizando muestras más amplias, en diferentes ámbitos y que, pese a ser un medio de utilización frecuente, poco se conoce sobre su empleo. El trabajo futuro, concluyen los autores, debe ir encaminado al estudio destinado a suministrar base empírica sobre el uso efectivo de estos mecanismos en los servicios de salud mental.

En España, también disponemos de fórmulas de gestión de dichas prestaciones a través de las distintas fórmulas de representación legal previstas en el Código

[933] Elbogen, Eric B./Swanson, Jeffrey W./Swartz, Marvin S. «Psychiatric Disability, the Use of Financial Leverage, and Perceived coercion in Mental Health Services». En *International Journal of forensic mental Health.* 2003. Vol. 2 nº 2, páginas 119-127. En idéntico sentido Monahan, John et al. «Use of Leverage to Improve Adherence to Psychiatric Treatment in the Community» *Psychiatric Services* 56: 37-44, January 2005

Civil y, junto a estas, son de reseñar las situaciones en que, de hecho, se producen gestiones de patrimonio o que la única fuente de ingresos no es de titularidad del paciente sino del núcleo familiar. Son necesarios estudios más amplios sobre el empleo y efectividad de estas fórmulas en nuestro entorno.

Es evidente que existen límites, la Convención de Naciones Unidas expresa en su artículo 12.5 que es necesaria la adopción de medidas para *garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a (…) controlar sus propios asuntos económicos*. Hay que tener en cuenta las limitaciones que entraña la falta de capacidad de obrar en los casos en que esta se dé, conforme al modelo de apoyo o soporte ya explicado en anteriores epígrafes [934].

B.2. Comunidades de vecinos

En las Fiscalías y en los Juzgados es muy frecuente recibir denuncias de comunidades de propietarios que se quejan airadamente de la conducta de uno de ellos que presenta trastorno mental asociado a una importante alteración de la convivencia vecinal que se plasma en situaciones concretas como constantes ruidos molestos, amenazas, insultos, acumulación de basuras, entrada de personas desconocidas a la vivienda, etc. En este marco, igualmente, operan mecanismos de control social difuso como en el caso anterior pero, dentro de su ámbito, también encontramos fórmulas que tienen un cierto contenido sancionador y que permiten un margen de «negociación» que podría facultar a los profesionales de salud mental para conseguir la adherencia al tratamiento a fin de evitar el citado resultado.

Puede objetarse, con fundamento, que esta posibilidad entra dentro del respeto a los derechos de terceros pero no es infrecuente condicionar el acceso a viviendas sociales [935] con unos mínimos de habilidades y respeto por las normas de convivencia por lo que este caso guarda cierta relación con la primera de las funciones antes reseñada relativa al condicionamiento de las ayudas sociales.

La Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal expresa que

> Íntimamente unidos a los derechos de disfrute, aparecen los deberes de igual naturaleza. Se ha tratado de configurarlos con criterios inspirados en las relaciones de vecindad, procurando dictar unas normas dirigidas a asegurar que el ejercicio del derecho propio no se traduzca en perjuicio del ajeno ni en me-

[934] Similares cautelas se adoptan en la Rec(2006)5 del Comité de Ministros sobre el *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidades: mejorando la calidad de vida de las personas con discapacidades en Europa 2006-2015*, en el apartado 3.12 de su apéndice, dedicado a la «protección legal».

[935] Monahan, John et al. «Use of Leverage to Improve…

noscabo del conjunto, para así dejar establecidas las bases de una convivencia normal y pacífica.

Las relaciones de vecindad aparecen reguladas en el artículo 9 número 1 letra «g» de la citada norma, que señala que «son obligaciones de cada propietario… observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responder ante éstos de las infracciones cometidas y de los daños causados». Con independencia de los posibles procedimientos penales y diversas soluciones que da la ley, una en concreto resalta sobre las demás: la prevista en el artículo 7 apartado 2 (redacción conforme a la Ley 8/1999 de 6 de abril), es decir, la posible privación temporal del piso o local por tiempo no superior a tres años[936]. Respecto a su precedente, los artículos 7 y 19 en la redacción anterior a 1999, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la constitucionalidad del precepto en las sentencias de 21-10-1993 (Pleno) y 8-03-1999 (1ª)[937]. La última de las sentencias referenciadas aborda

[936] El párrafo tercero de la norma también se ha visto modificado por la disposición final 1ª 1 Ley 1/2000 de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil: «2. Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas / El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes / Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario / Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local / Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».

[937] EDE 93/9363 (que se refiere a la misma como «específica sanción civil» o, más precisamente, «obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido por los órganos judiciales») y 99/1840, respectivamente. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección Primera) es la nº 489/95 de 13 de octubre. Ponente: Ilmo Sr. D. Miguel-Angel Sendino Arenas. Merece la pena subrayar su Fundamento de Derecho segundo que recoge expresamente «el término actividades empleado en el párrafo tercero del mentado artículo 7 de la L.P.H. no cabe vincularlo exclusivamente a una profesión y oficio, pues su propia significación gramatical y particularmente la finalidad de la norma en que se inserta o la razón de ser de las limitaciones a que se refiere (que no es otra que la de sancionar cualquier tarea, operación o conducta que origine perturbación en la convivencia normal y pacífica que debe existir en la comunidad), no ampara una interpretación restrictiva y limitada de dicho término (…) Que el concepto de incomodidad o molestia no puede hacerse apriorísticamente sino atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar incluso de vecindario y en relación con la conducta que el denunciado mantenga frente al resto de los miembros de la comunidad y las advertencias que esta le hubiere efectuado, a lo que cabe agregar lo dicho por esta misma Audiencia en su Sentencia de 20 de enero de 1994, es decir, que para que el comportamiento pueda ser tachado de incómodo o molesto basta que sea desagradable para cualquiera que habita o haya de permanecer en el inmueble, sin que sea necesario que sea insufrible o intolerable, de tal modo, que perturbe el estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales»

un asunto referente a la actividad perturbadora de un particular en el que se acordó la privación del uso de la vivienda por un año por la Audiencia Provincial de Valladolid[938]. FUENTES LOJO[939], comentando la regulación anterior, respecto a las entonces denominadas actividades incómodas, entendía que la incomodidad ha de derivarse de una reiteración de actos y que no se sanciona la actividad procedente de unas meras relaciones de vecindad, sino la rebeldía del causante a guardar esas mismas normas de convivencia[940].

Por último, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos recoge en su artículo 27.2 que el arrendador podrá resolver de pleno derecho el contrato por las siguientes causas: e) Cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

4.4.2. Cuestiones derivadas de la protección de los derechos de terceros

A. Separación de los hijos

Como ya expresamos en su apartado correspondiente, la patria potestad ha evolucionado de un poder prácticamente absoluto a convertirse en una función desarrollada en beneficio del menor. La intervención de los poderes públicos en la protección del menor comprende distintos ámbitos que abarcan múltiples situaciones. Así, desde un punto de vista judicial, pueden adoptarse distintas resoluciones como, por ejemplo, la privación de la patria potestad (así, artículo 170 del Código Civil), la imposición de limitaciones o suspensiones en los derechos de comunicación y visitas del progenitor no custodio (así, artículo 94 del Código Civil), la imposición de limitaciones en el derecho de relación con los hijos menores del progenitor que no ejerza la patria potestad (así, artículo 160 C.C.) y, en general, adopción de las medidas que sean necesarias cuando existe peligro o perjuicio para el menor.

Junto a estas facultades de intervención judicial, existe un amplio elenco de facultades administrativas en los casos de riesgo y desamparo del menor. La situación de desamparo se define en el Código Civil (artículo 172) como la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. La situación de desamparo da lugar a la tutela de la entidad pública que tenga encomendada la protección de los menores y a la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinarias.

---

[938] Un comentario de la sentencia (páginas 79 a 82) y un estudio general, puede encontrarse en Martín Bernal, Jose-Manuel. *El vecino molesto y el vecino moroso*. Editorial COLEX. Madrid, 2000.

[939] Fuentes Lojo, Juan V. *Suma de la Propiedad por Apartamentos*, Barcelona, reimpresión de 1990, Tomo I, páginas 687 y ss., en particular 692 y 693.

[940] *Op. cit.*, página 695

VI. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO: LOS ELEMENTOS

Junto al marco general previsto en la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las distintas Comunidades Autónomas han desarrollado regulaciones atinentes a la protección de menores. En varias de ellas se contienen disposiciones específicas que atañen a la incidencia de los trastornos mentales y del consumo de estupefacientes en el marco de la declaración de desamparo. Así, por ejemplo, el artículo 49.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja[941] establece en su número 3:

> Será apreciable la situación de desamparo en los siguientes casos: C) Trastorno mental grave de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que impida o limite gravemente los deberes de asistencia que conlleva. D) Alcoholismo o drogadicción habitual en las personas que integran la unidad familiar, y en especial de quienes ostenten la patria potestad o la tutela, siempre que menoscaben gravemente el desarrollo y bienestar del menor.

Disposiciones similares se contienen en otras normas como, por ejemplo, el artículo 50 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra[942], artículo 33º nº 2 del Decreto 42/2000, de 7 de enero, por el que se refunde la normativa reguladora vigente en materia de familia, infancia y adolescencia de la Comunidad Autónoma de Galicia[943], artículo 6 de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de la Comunidad Autónoma de Extremadura[944], artículo 59.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón[945]

En mi opinión, es criticable la forma de recoger estos supuestos en las leyes en la medida en que el problema no es en sí la enfermedad mental sino el incumplimiento o deficiente ejercicio de los deberes de protección de los menores que les ocasiona privación concreta de asistencia moral o material. La asociación de conceptos, a mi juicio, estigmatiza dado que la existencia de la enfermedad no implica que se cumpla la condición de desamparo y lo que es importante definir es el supuesto de hecho y no las posibles características de las personas que pueden integrarlo cuya variedad es infinita. La Convención de Naciones Unidas (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) expresa en su artículo 23.4 «in fine» que *en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.* Lo que no obsta, como

---

[941] BOE 70/2006, de 23 marzo 2006 Ref Boletín: 06/05208; BOR 33/2006, de 9 marzo 2006; EDL 2006/8355

[942] BOE 1/2006, de 2 enero 2006, Ref Boletín: 06/00001; BON 149/2005, de 14 diciembre 2005; EDL 2005/188089

[943] DOG 45/2000, de 6 marzo 2000, EDL 2000/81832

[944] BOE 309/1994, de 27 diciembre 1994, Ref Boletín: 94/28598; DOE 134/1994, de 24 noviembre 1994; EDL 1994/18191

[945] BOE 189/2001, de 8 agosto 2001, Ref Boletín: 01/15557; BOA 86/2001, de 20 julio 2001; EDL 2001/24027

señala el referido artículo, para que, con las garantías adecuadas establecidas por la ley, la separación pueda realizarse *en el interés superior del niño*, interés que es prevalente y por el que los Estados tienen la obligación de velar *al máximo* y *en todos los casos,* como establece el artículo 23.2. Reseñar, por último, que el citado artículo establece la obligación general de los Estados de tomar medidas para poner fin a la discriminación de las personas con discapacidad en este ámbito y también de prestar *la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.*

Dentro de las amplias facultades que confieren estas normas, es posible la intervención y la adopción de medidas de apoyo de distinta índole destinadas a la atención de situaciones de riesgo y a la mejora de la situación de la familia, dado que es principio rector de la acción administrativa el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés. Dichos planes de intervención pueden conllevar también medidas de apoyo que son múltiples y pueden consistir en intervenciones de carácter socio-educativo o terapéutico desarrolladas por profesionales a favor del menor y de su familia (como, por ejemplo, programas de orientación, mediación, terapia familiar, atención diurna del menor, programas formativos de garantía social dirigidos a adolescentes, etc.) y también prestaciones económicas.

Por ejemplo, el artículo 18.3 del Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana[946] establece:

> Apreciada la situación de riesgo y establecido el programa de intervención, los padres o tutores deberán colaborar activamente en la ejecución de las medidas de apoyo acordadas, pudiendo ser plasmada dicha colaboración en documento administrativo. El agravamiento o persistencia de la situación de riesgo por la negativa o por la manifiesta falta de colaboración de los padres o tutores, podrá dar lugar a la declaración de desamparo del menor.

En parecidos términos se pronuncian las distintas regulaciones autonómicas. Así, por ejemplo, artículos 43 y 44 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de la Comunidad Autónoma de la Rioja, artículo 56 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia de la Comunidad Foral de Navarra o el artículo 58 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

Dentro de estos planes de intervención es muy frecuente la inclusión de compromisos de asistencia a las Unidades de Salud Mental o a las Unidades de Conductas Adictivas o a ambas, constituyendo la posible declaración de desamparo un importante elemento que condiciona la actuación de las personas sometidas a la medida[947].

---

[946] Decreto 93/2001, de 22 de mayo, DOGV 4008/2001, de 28 de mayo de 2001; EDL 2001/21479

[947] Tales situaciones también son frecuentes en el contexto internacional. Dan cuenta de ello Nicholson, Joanne «Use of Child Custody as Leverage to Improve Treatment Adherence» *Psychiatric Services* 56:357-358,

B. Licencias de actividades

En estos casos no se trata propiamente de sanciones. Nos encontramos en la materia de las autorizaciones que se centran en las concretas cualidades de la persona que peticiona y que exigen su mantenimiento para el ejercicio de la actividad autorizada. Se trata de una ampliación de la esfera de la actuación de los particulares. Sin embargo, lejos de tratarse de situaciones extraordinarias, se trata de actividades importantes para la vida cotidiana cuya privación puede ocasionar un importante trastorno en la persona afectada. A título de ejemplo, destacamos:

B.1. Ejercicio de determinadas actividades profesionales

MONAHAN y BONNIE señalan que el tratamiento impuesto a profesionales para mantener sus licencias de ejercicio no es controvertido. Se señalan varias razones para ello. Pueden destacarse como positivas para lograr la adherencia al tratamiento el hecho de que acceder a una profesión supone un considerable esfuerzo y su pérdida implica también dejar de obtener un importante caudal de ingresos, por otro lado, también suelen ser personas de clase media que disponen de mejores medios para acceder a tratamiento y el mayor control en la medida en que el ejercicio de la actividad implica necesariamente un riesgo para el público que justifica una intervención estatal. En el artículo dan cuenta de la existencia de diferentes programas que existen en los diferentes Estados de E.U.A. para seguir tratamiento por razón de salud mental o de conductas adictivas en médicos y abogados dentro de los ámbitos disciplinarios [948].

Podemos citar el caso del personal estatutario de los Servicios de Salud. Los artículos 27 y 28 de Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que fija su Estatuto Marco establecen que la incapacidad permanente conforme a las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social produce la pérdida de la condición de personal estatutario pero dicha condición puede recuperarse si dicha incapacidad es revisada conforme a dichas normas y, si la misma se produce dentro de los dos años siguientes a la fecha de la declaración de incapacidad, existe derecho de incorporación a plaza de la misma categoría y área de salud en la que el afectado prestaba servicios.

Otro marco interesante lo constituye el artículo 387 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que recoge el supuesto de jubilación por incapacidad permanente de los Jueces y Magistrados que, igualmente, permite la rehabilitación y regreso

---

March 2005. No obstante, como advierten Erickson et al. no debe utilizarse como método rutinario dentro de un sistema de medidas de aproximación asertiva para lograr la adherencia al tratamiento puesto que ignoraría los derechos y necesidades de los menores. Erickson, Steven K./ Erickson, Patricia E./Campbell,Amy. «Treatment Compliance and Child Custody». *Psychiatric Services* 56:756, June 2005

[948] Monahan, John/Bonnie, Richard J. «License as leverage: Mandating Treatment for Professionals» *International Journal of Forensic Mental Health* 2004, Vol. 3 nº 2, pages 131-138.

al servicio activo si se acredita que desapareció la causa. Es de reseñar que diferentes casos relativos a personas con enfermedad mental han llegado a nuestro Tribunal Supremo[949]. De ellas puede extraerse la importancia del componente de protección al público en el ejercicio de la función jurisdiccional a la hora de adoptar la decisión y que en ellos se valoró el hecho de seguir el tratamiento y los controles como un componente a tener en cuenta[950].

B.2. Permiso de conducir

Los permisos y licencias de conducción son de otorgamiento y contenido reglados y su concesión queda condicionada a la verificación de que los conductores reúnen los requisitos de aptitud psicofísica y los conocimientos, habilidades, aptitudes y comportamientos exigidos para su obtención que se determinan reglamentariamente. El artículo 63 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial[951] señala que «la vigencia de las autorizaciones administrativas reguladas en este Título estará subordinada a que se mantengan los requisitos exigidos para su otorgamiento» y que «la Administración podrá declarar la pérdida de vigencia de las autorizaciones reguladas en este Título cuando se acredite la desaparición de los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento de la autorización».

Para acordar la pérdida de vigencia, la Administración deberá notificar al interesado la presunta carencia del requisito exigido, concediéndole la facultad de acreditar su existencia. El titular de una autorización cuya pérdida de vigencia haya sido declarada podrá obtenerla de nuevo siguiendo el procedimiento y superando las pruebas establecidas.

El artículo 64 regula la posibilidad de suspensión cautelar cuando «su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico, en cuyo caso la autoridad que conozca del expediente ordenará, mediante resolución fundada, la intervención inmediata de la autorización y la práctica de cuantas medidas sean necesarias para impedir el efectivo ejercicio de la misma».

El Reglamento General de conductores[952], con carácter general, entre las pruebas a realizar para la obtención del permiso señala en su artículo 44 que es necesario acreditar la aptitud psicofísica. Las pruebas de aptitud psicofísica

---

[949] TS Sala 3ª, sec. 7ª, S 19-11-1999, rec. 522/1997. Pte: Goded Miranda, Manuel EDJ 1999/45157; TS Sala 3ª, sec. 7ª, S 17-9-2002, rec. 257/1998. Pte: González Rivas, Juan José EDJ 2002/35071; TS Sala 3ª, Sección 7ª, 30-01-2006, Pte: Calvo Rojas, Eduardo EDJ 2006/8543

[950] Así, Fundamento de Derecho Primero, letra «e» de la segunda resolución citada y Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la última reseñada.

[951] Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. BOE 63/1990, de 14 marzo 1990 Ref Boletín: 90/06396 (EDL 1990/12827)

[952] Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo BOE 135/1997, de 6 junio 1997 Ref Boletín: 97/12225 (EDL 1997/23473)

tendrán por objeto comprobar que no existe alguna enfermedad o deficiencia que pueda suponer incapacidad para conducir asociada, entre otras, con trastornos mentales y de conducta, trastornos relacionados con sustancias, aptitud perceptivo-motora y cualquiera otra afección no mencionada en los apartados anteriores que pueda suponer una incapacidad para conducir o comprometer la seguridad vial al conducir. El artículo 45 dispone la obligatoriedad de sometimiento a las pruebas de aptitud psicofísica para la obtención y prórroga del permiso o la licencia, actividad que corresponde practicar a los centros de reconocimiento de conductores regulados en el R.D. 2272/1985 de 4 de diciembre [953] y disposiciones complementarias. Por su parte, y en lo que nos interesa, el artículo 39, señala que la vigencia de las autorizaciones administrativas para conducir estará subordinada a que su titular mantenga los requisitos exigidos para su otorgamiento. Las Jefaturas provinciales de Tráfico podrán declarar la pérdida de vigencia de las mencionadas autorizaciones cuando, después de otorgadas, se acredite que han desaparecido los requisitos que se exigían para obtenerlas. El artículo 41 [954]

---

[953] BOE 294/1985, de 9 diciembre 1985 Ref Boletín: 85/25590 (EDL 1985/9613)

[954] *Artículo 41. Procedimiento para la declaración de pérdida de vigencia.*

1. La Jefatura Provincial de Tráfico que tenga conocimiento de la presunta desaparición de alguno de los requisitos que, sobre conocimientos, habilidades, aptitudes o comportamientos esenciales para la seguridad de la circulación o aptitudes psicofísicas, se exigían para el otorgamiento de la autorización, previos los informes, asesoramientos o pruebas que, en su caso y en atención a las circunstancias concurrentes, estime oportunos, iniciará el procedimiento de declaración de pérdida de vigencia de la misma.

2. El acuerdo de incoación contendrá una relación detallada de los hechos y circunstancias que induzcan a apreciar, racional y fundadamente, que ha desaparecido alguno de los requisitos que se indican en el apartado anterior. En materia de conocimientos o comportamientos, podrá considerarse que existe una presunta desaparición de estos cuando el titular de la autorización, durante el período de dos años, haya sido sancionado en firme en vía administrativa por la comisión de tres infracciones muy graves, sea cual sea el vehículo con el que se hubieran cometido. Igualmente, se adoptarán en dicho acuerdo, de proceder, las medidas cautelares de suspensión cautelar e intervención inmediata previstas en el art. 42.

3. En la resolución que acuerde la incoación, la Jefatura Provincial de Tráfico notificará al titular de la autorización la presunta desaparición del requisito o requisitos exigidos y los plazos y formas de que dispone para acreditar su existencia. Contra dicho acuerdo el titular de la autorización podrá alegar lo que estime pertinente a su defensa o, en su caso, demostrar en tiempo y forma que no carece de tales requisitos.

A) Los plazos para acreditar la existencia de los requisitos exigidos serán los siguientes:
   a) Si no se acuerda la suspensión cautelar y la intervención, el plazo será de dos meses. De no acreditarse en el mencionado plazo la existencia del requisito exigido, se acordará la suspensión cautelar e intervención inmediata de la autorización.
   b) Si se acuerda la suspensión cautelar y la intervención inmediata, el plazo será el que reste de vigencia a la autorización administrativa que, cuando se trate de permiso o licencia de conducción, se incrementará con el establecido en el art. 17.3 del Reglamento.

B) Las formas para acreditar la existencia del requisito o requisitos exigidos serán las siguientes: a) Si la desaparición afecta a los conocimientos, habilidades, aptitudes o comportamientos para conducir, sometiéndose a las pruebas de control de conocimientos o de aptitudes y comportamientos que, en virtud de los informes, asesoramientos y pruebas correspondientes, se consideren procedentes, ante la Jefatura Provincial de Tráfico que haya instruido el procedimiento. Cuando las infracciones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo, se cometan dentro de los dos primeros años de vigencia del permiso, además de realizar un curso de reciclaje y sensibilización de los previstos en el párrafo anterior, será, en todo caso, obligatorio el sometimiento a las pruebas de control de conocimientos y aptitudes y comportamientos correspondientes. b) Si la desaparición afecta a los requisitos psicofísicos exigidos para conducir, sometiéndose a las pruebas de aptitud psicofísica que procedan ante los servicios sanitarios de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en su caso, a las de aptitudes y

y la disposición adicional cuarta[955] regulan el procedimiento. El artículo 42 regula las posibles medidas cautelares[956].

---

comportamientos correspondientes que, si fuera necesario, se realizarán conforme se determina en el apartado 4 del art. 65 de este Reglamento.

4. Las pruebas de control de conocimientos y de aptitudes y comportamientos correspondientes, así como las de aptitud psicofísica, podrán ser practicadas por el titular de la autorización, dentro de los plazos indicados en el apartado anterior, hasta un máximo de tres ocasiones.

5. Cuando el resultado de las pruebas sea favorable, la Jefatura Provincial de Tráfico acordará dejar sin efecto el expediente de declaración de pérdida de vigencia y, en su caso, el levantamiento de la suspensión cautelar y la devolución inmediata de la autorización intervenida. Cuando el resultado de las pruebas de control de conocimientos y de aptitudes y comportamientos fuera desfavorable en la tercera ocasión en que se realicen, o en alguno de los reconocimientos para explorar las aptitudes psicofísicas se comprobase que el defecto psicofísico es irreversible, o el titular de la autorización no se sometiera a las pruebas en los plazos establecidos en el apartado 3.A) de este artículo, la Jefatura Provincial de Tráfico dictará resolución motivada acordando la pérdida de vigencia de la autorización administrativa de que se trate.

6. Cuando la carencia del requisito exigido permita conducir con adaptaciones, restricciones u otras limitaciones en personas, vehículos o de circulación, al titular del permiso o licencia cuya pérdida de vigencia haya sido acordada le podrá ser expedido, previos los trámites y comprobaciones que correspondan, otro permiso o licencia de carácter extraordinario sujeto a las condiciones restrictivas que, en cada caso, procedan.

7. Cuando el procedimiento para la declaración de pérdida de vigencia o la pérdida de vigencia acordada no afecte a todas las clases de permiso o licencia de conducción, la Jefatura Provincial de Tráfico facilitará al interesado, de oficio, un duplicado o una autorización temporal, según proceda, con las clases no afectadas.

8. El titular de una autorización cuya pérdida de vigencia hay sido declarada podrá obtener otra de nuevo siguiendo el procedimiento y superando las pruebas establecidas, en las que deberá acreditar la concurrencia del requisito cuya falta determinó la extinción de la autorización anterior.

9. La competencia para declarar la pérdida de vigencia de las autorizaciones corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia en cuyo territorio se haya detectado la pérdida de los requisitos exigidos.

[955] *Disposición Adicional Cuarta. Procedimientos de otorgamiento, modificación y pérdida de vigencia de las autorizaciones. Recursos.* En lo no previsto en el presente reglamento, al otorgamiento, modificación y pérdida de vigencia de las autorizaciones reguladas en el mismo, será de aplicación lo dispuesto en el RD 1778/1994 de 5 agosto, por el que se adecuan a la L 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones. Las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de mero trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión dictados por el órgano competente para resolver podrán ser recurridas ante el órgano superior jerárquico del que los dictó, conforme a lo dispuesto en el cap. II tít. VII L 30/1992 de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[956] *Artículo 42. Suspensión cautelar de la vigencia del permiso o licencia e intervención de los documentos en que se formalizan* 1. En el curso de los procedimientos de declaración de nulidad o lesividad o declaración de pérdida de vigencia de las autorizaciones administrativas, podrá acordarse la suspensión cautelar de la vigencia de la autorización de que se trate cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico o perjudique notoriamente el interés público; en este caso, el Jefe Provincial de Tráfico que conozca del expediente ordenará, mediante resolución fundada, la intervención inmediata de la autorización y la práctica de cuantas medidas sean necesarias para impedir el efectivo ejercicio de la conducción siguiéndose en todo caso el procedimiento, requisitos y exigencias de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 2. La intervención se llevará a efecto procediendo a la retirada de la autorización al mismo tiempo que se notifica al interesado la resolución que haya acordado aquélla. Una vez retirada, la autorización será remitida a la autoridad que haya acordado la intervención.

3. La conducción durante el período de suspensión cautelar de la autorización administrativa será considerada como conducir sin la autorización administrativa correspondiente suspendida por sanción. 4. La nulidad o lesividad, la pérdida de vigencia y la suspensión cautelar y, en su caso, la intervención podrán referirse a una o más clases del permiso o licencia de conducción que posea el titular. En todo caso, en el procedimiento que se instruya deberá indicarse claramente la clase o las clases del permiso o licencia afectados. De no afectar a todas ellas, la Jefatura Provincial de Tráfico, de oficio, entregará al interesado un nuevo documento en el que consten los permisos o licencias no afectados. 5. La nulidad o lesividad, pérdida de vigencia, sus-

Por último, el anexo cuarto del Reglamento, detalla las aptitudes psicofísicas realizando una enumeración de enfermedades y deficiencias excluyentes y, en lo referente al tema que nos ocupa, señala en su apartado 10 (trastornos mentales y de conducta) que

> La adecuada aplicación de la normativa y la determinación del cumplimiento del criterio legal específico de competencia o discapacidad del individuo requiere, además del diagnóstico clínico, información adicional sobre el deterioro funcional de la persona y sobre cómo este deterioro afecta a las capacidades particulares en cuestión. Para garantizar estos extremos se requerirá el dictamen favorable de un neurólogo, de un psiquiatra, de un psicólogo o de más de uno de estos facultativos, dependiendo del tipo de trastorno[957].

Por otro lado, el apartado 11 del citado Anexo se ocupa de los trastornos relacionados con sustancias, señalando que

> Serán objeto de atención especial los trastornos de dependencia, abuso o trastornos inducidos por cualquier tipo de sustancia. En los casos en que se presenten antecedentes de dependencia o abuso, se podrá obtener o prorrogar el permiso o licencia de conducción siempre que la situación de dependencia o abuso se haya extinguido tras un período demostrado de abstinencia y no existan secuelas irreversibles que supongan riesgo para la seguridad vial. Para garantizar estos extremos se requerirá un dictamen favorable de un psiquiatra, de un psicólogo, o de ambos, dependiendo del tipo de trastorno.

B.3. Permiso de armas

La Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana establece en su artículo 3 que «Además de las competencias reguladas en otras leyes, corresponden al Ministerio del Interior las competencias en

---

pensión cautelar e intervención llevarán consigo la de cualquier otro certificado, autorización administrativa o documento cuyo otorgamiento dependa de la vigencia de la clase o las clases del permiso o licencia objeto del procedimiento.

[957] El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana se pronunció sobre un caso en el que el médico de la Seguridad Social que no trataba a la demandante estimaba la no aptitud de esta para conducir, el informe forense diagnostica la enfermedad pero no se pronunciaba respecto a la capacidad para conducir y, por último, el psiquiatra que trataba a la demandante la estimaba capaz para conducir y negativo para su tratamiento el verse privada del permiso, afirmaciones que eran coherentes con la inexistencia de siniestralidad de la demandante acreditada en autos. La Sala manifestó que «se desprende el incumplimiento por parte de la administración de la realización de las pruebas exigidas reglamentariamente y así, mediante denuncia de un particular y con el informe médico de la Seguridad social que se limita a afirmar el carácter de no apto, sin constancia alguna del examen llevado a cabo a la recurrente (de haberse llevado a cabo) se dicta la resolución objeto de impugnación». La Sala procedió a la anulación de la resolución y retroacción del expediente administrativo a fin de que se llevaran a cabo las pruebas médicas pertinentes previas a la resolución admitiendo que se adoptaran medidas cautelares durante la sustanciación en forma del procedimiento administrativo. (STSJ Valencia Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, de fecha 19 de junio de 2003, rec. 185/2003, Pte: Vidal Más, Rosario. EDJ 2003/193602)

materias de armas y explosivos. El artículo 6 señala que *la Administración del Estado* establecerá los requisitos y condiciones su tenencia y utilización. Del mismo modo podrá adoptar las medidas de control necesarias para el cumplimiento de aquellos requisitos y condiciones y su artículo 7 señala que «se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere al artículo anterior, en atención a las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos: b) mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad».

El Reglamento de Armas[958] señala en su artículo 96 que

> Nadie podrá llevar ni poseer armas de fuego en territorio español sin disponer de la correspondiente autorización expedida por los órganos administrativos a quienes este Reglamento atribuye tal competencia. Si se tratara de personas residentes en un Estado miembro de la Comunidad Económica Europea distinto de España, la concesión de la autorización deberá ser comunicada a la autoridad competente de dicho Estado.

Por otro lado, el artículo 97 señala que es exigible para la solicitud de expedición de las licencias de armas ante la Intervención de Armas de la Guardia Civil, junto con el certificado de antecedentes penales y una fotocopia del D.N.I. o de la tarjeta de autorización de residencia, un informe de las aptitudes psicofísicas, prescribiendo que los órganos encargados de la instrucción del procedimiento realicen una información sobre la conducta y antecedentes del interesado, cuyo resultado deben elevar junto con la solicitud. La vigencia de las autorizaciones estará condicionada al mantenimiento de los requisitos exigibles, pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento el mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario.

El artículo 98 reitera que en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno. El interesado deberá acreditar la posesión de las aptitudes psíquicas o físicas adecuadas mediante la presentación ante las oficinas instructoras del correspondiente informe de aptitud.

Los siguientes artículos se ocupan de determinar los órganos competentes para el otorgamiento de las licencias y, consiguientemente, para su revocación (Dirección General de la Guardia Civil para las licencias de tipo B, Director de la Guardia Civil para las licencias de tipo D aunque puede delegar la competencia, Gobernadores civiles para las licencias de tipo E…). Señalar, por último que, en lo concerniente a

[958] Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, BOE 55/1993, de 5 marzo 1993 Ref Boletín: 93/06202 (EDL 1993/15119)

las licencias, tienen un plazo de duración de vigencia que «podrá reducirse por la autoridad competente… si, al tiempo de su concesión, por razones de edad o de posible evolución de enfermedad o defecto físico del solicitante, susceptibles de agravarse, se comprueba, a través del informe de aptitud o de pruebas complementarias, que no es posible expedirlos para la totalidad del plazo normal de vigencia».

El Tribunal Supremo se pronunció sobre un caso de permiso de armas de caza estando vigente el anterior Reglamento de armas de 1981. En este caso, el Tribunal confirmó la sentencia de instancia que denegaba la concesión del permiso expresando[959]:

> Es cierto que a las actuaciones se han incorporado dictámenes médicos en los que se dice, entre otros extremos, que el recurrente «puede hacer una vida normal» y que «muestra una hostilidad adecuada a las situaciones, que no resulta peligrosa ya que no es violento ni inestable» pero también lo es que dichos informes, que afirman que el apelante presenta defectos residuales de un proceso esquizofrénico, no se pronunciaron expresamente sobre la aptitud de aquél en orden a la tenencia o uso de armas de fuego. Es el dictamen del médico forense designado por la Sala de instancia el que se pronuncia especialmente sobre la referida aptitud y señala que, «con especial referencia al objeto final de este informe como es la de un permiso de armas, las posibilidades de reaparición de nuevas crisis persiste con los consiguientes problemas que ello conlleva».

4.5. El modelo de instrucciones previas

En Estados Unidos, la *Patient Self Determination Act* de 1991[960] estableció que en todos los establecimientos sanitarios públicos debía entregarse a cada paciente un formulario de derechos sobre decisiones de cuidado médico, debiendo la institución preguntar al paciente si tiene *advance directives*. En este caso deben constar en el historial clínico. Si no las ha realizado, debe dejarse constancia también. El establecimiento debe informar a los pacientes en el caso de que las instrucciones anticipadas sean contrarias a las normas de la institución. La norma partió de un caso muy conocido que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Cruzan*.[961]

El respeto a los *principios* de *preservación máxima de la capacidad* y de *respeto de los deseos y opiniones de la persona afectada* son características generales predicables en todo tipo de intervenciones de los representantes legales, estando expresamente recogido en la Recomendación nº R(99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los principios

[959] STS, Sala 3ª, Sección 1ª, de 12 de mayo de 1989, Pte: García-Ramos Iturralde, Juan (EDJ 1989/4942)

[960] U.S. Federal Code, Título 42, artículos 1395cc[f] y 1396a[w]

[961] *Cruzan v. Director, Missouri Department. of Health,* 497 U.S. 261 [1990])

concernientes a la protección legal de los adultos incapaces de 23 de febrero de 1999 que deben tenerse en cuenta y considerarse en la medida de lo posible los deseos presentes y pasados de la persona que es sometida a tales medidas de protección (principio 9).

En el ámbito exclusivo de las intervenciones sanitarias, el artículo 9 del Convenio de Oviedo ha plasmado también estas premisas al señalar que «serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad».

Así, por ejemplo, el Derecho de Inglaterra y Gales conoce pronunciamientos judiciales [962] referentes a la posibilidad de rehusar tratamientos sin exigir ningún requerimiento formal (forma escrita, firma o testigos), sólo la evidencia de que existe una clara decisión del paciente de que dicho tratamiento no es deseado para el caso de que pierda su capacidad de consentir. La nueva *Mental Capacity Act 2005* dedica algunos de sus artículos (24 y ss.) a la regulación de las *advance decisions to refuse treatment* [963]. Francia ha adoptado, tras la entrada en vigor de la *Loi nº 2002-303* de 24 de marzo de 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé,* el artículo L.1111-6 del *Code de Santé Publique*, introduciendo regulación para estos casos [964].

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recoge las denominadas «instrucciones previas» en su artículo 11:

> Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor

[962] Re C [1994] 1 All ER 819 (HC)

[963] Remito para su estudio a los trabajos de Jones, Richard. *Mental Capacity Act Manual*. First Edition. Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005, páginas 9/63 a 9/74 y Barlett, Peter. *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005*. Oxford University Press. New York, 2005, páginas 54 a 62. La ley entrará en vigor parcialmente el 1 de abril de 2007 pero este apartado, junto con otros de esta importante norma, lo harán a partir de octubre de dicho año.

[964] Toda persona adulta puede designar una persona de confianza que puede ser un pariente, un allegado o el médico tratante y que será consultado en el caso de que la persona se encuentre imposibilitada para expresar su voluntad y de recibir la información necesaria para este fin. Esta designación será hecha por escrito. Es revocable en cualquier momento. Si el paciente lo solicita, la persona de confianza le acompañará en las gestiones y le asistirá en los cuidados médicos con el fin de ayudarle en sus decisiones. Desde el momento de la hospitalización en un establecimiento de salud, se propondrá al paciente la designación de una persona de confianza en las condiciones previstas anteriormente. Esta designación es válida por el período de duración de la hospitalización, salvo que el paciente no disponga otra cosa. Las disposiciones del presente artículo no son aplicables cuando una medida de tutela esté acordada. No obstante, *el juge des tutelles* puede, en esta hipótesis, bien confirmar el nombramiento de la persona de confianza anteriormente realizado o bien revocar tal designación.

suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Las distintas regulaciones autonómicas han ido recogiendo el modelo de «advance directives» con distintas denominaciones, generalmente la de «voluntades anticipadas» [965]. No me consta la existencia de normativa propia (o al menos la modificación de la que recogía los derechos de los pacientes en relación con el consentimiento informado) en el Principado de Asturias [966], Región de Murcia [967] y Canarias [968].

Aunque la mayoría de los tratadistas hacen referencia al denominado «testamento vital» (lo que, por otro lado no debe de sorprendernos puesto que las exposiciones de motivos de las distintas normas emitidas por las Comunidades Autónomas sólo hacen referencia a este tipo de documentos obviando que este es sólo una modalidad en el derecho comparado y que junto con las leyes de *living will* o *natural death* también existen las de *health care proxy*, *health care agent* o *durable power of attorney for health care)*, muchas legislaciones, particularmente en Estados Unidos, permiten instrucciones anticipadas en salud mental lo que obliga a realizar una referencia a su alcance en la ley, puesto que en esta cuestión el Convenio establece bastantes dudas, dado que el artículo 9 señala que los deseos «serán tomados en consideración» y el informe explicativo del convenio reseña

---

[965] Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (artículo 8, BOE 29/2001, de 2 febrero 2001 Ref Boletín: 01/02353); Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (artículo 5, BOE 158/2001, de 3 julio 2001 Ref Boletín: 01/12770); Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE 186/2005, de 5 agosto 2005 Ref Boletín: 05/13470); Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid (BOE 269/2005, de 10 noviembre 2005 Ref Boletín: 05/18452); Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (artículo 15, BOE 121/2002, de 21 mayo 2002 Ref Boletín: 02/09667); Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE nº 252, de 21 de octubre de 2005, páginas 34392 y ss.); Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (artículo 9, BOE 129/2002, de 30 mayo 2002 Ref Boletín: 02/10345); Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (artículo 34, expresión de la voluntad con carácter previo; BOE 6/2003, de 7 enero 2003 Ref Boletín: 03/00323); Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad (País Vasco, BOPV 248/2002, de 30 diciembre 2002); Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (artículo 17, BOE 48/2003, de 25 febrero 2003 Ref Boletín: 03/03838); Ley 1/2006 de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Illes Balears (81/2006, de 5 de abril, página 13198); Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (Castilla y León, artículo 30, instrucciones previas; BOE 103/2003, de 30 abril 2003 Ref Boletín: 03/08796); Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía (BOE 279/2003, de 21 noviembre 2003 Ref Boletín: 03/21191); Ley 6/2005 de 7 de julio de 2005, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE 203/2005, de 25 agosto 2005 Ref Boletín: 05/14495).

[966] Está vigente la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias (BOE 211/1992, de 2 septiembre 1992 Ref Boletín: 92/20655)

[967] Está vigente la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (BOE 243/1994, de 11 octubre 1994 Ref Boletín: 94/22255)

[968] Donde está vigente la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias (BOE 204/1994, de 26 agosto 1994 Ref Boletín: 94/19583)

el hecho de que «la consideración de los deseos expresados anticipadamente no significa necesariamente que deban observarse».

Podemos distinguir tres tipos de *advance directives*[969]:

a) Instrucciones que recogen una decisión concreta del paciente referente a su predilección en materia de intervenciones sanitarias cuando se den circunstancias específicas (*Decision Directives*)
b) Instrucciones en las que se designa a un tercero para poder efectuar tal cometido (*Proxy Directives*)
c) Instrucciones en las que se combinan las dos anteriores (*Combined Directives*)

Las tres posibilidades caben dentro de nuestro artículo 11, pero ello no significa que las instrucciones puedan ser válidas en todos los casos. Así señala el artículo 11 nº 3

> No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones

La indeterminación del precepto puede dar mucho juego. En el resto del mundo encontramos previsiones específicas sobre este problema. En particular, la normativa británica en materia de salud mental (*Mental Health Act* de 1983) establece excepciones. APPELBAUM y GRISSO expresan que el tratamiento psiquiátrico es una cuestión complicada. En principio la legislación norteamericana se aplica a todas las formas de tratamiento por lo que, en tanto los afectados no hayan perdido su capacidad, no existe razón por la cual sus decisiones no puedan aplicarse, sin embargo, todos los Estados permiten formas de hospitalización y tratamiento involuntario[970].

En Estados Unidos todos los Estados tienen normas sobre *advance directives* pero, dadas las peculiaridades del tratamiento psiquiátrico, un buen número de Estados regulan específicamente el supuesto[971]. Cuál va a ser la posición que

---

[969] Grisso, Thomas, Appelbaum, Paul S. *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals.* Oxford University Press, 1998, páginas 149 y ss.

[970] Por ejemplo, la legislación de Carolina del Norte permite, y recoge un modelo estandarizado, de *advance instruction* en materia de salud mental (artículo 122 C-77 General Statutes of North Carolina) que incluye directrices sobre la administración de tratamientos que el paciente no consiente o limita, los establecimientos de preferencia para el internamiento, o su negativa a ser internado por un período superior a 10 días y otras instrucciones como personas que pueden visitarle o ayudarle a evitar la hospitalización e instrucciones específicas sobre otros tipos de tratamiento como la terapia electroconvulsiva. Sin embargo, el artículo 122 C-74 permite al médico no cumplirla con numerosas excepciones, particularmente en los supuestos de urgencia.

[971] Fleischner, Robert D.: *An analysis of advance directive statues and their application to mental health care and treatment. Report to the National Association of Protection and Advocacy Systems.* Washington, DC,

adopten los tribunales norteamericanos sobre su carácter vinculante es una incógnita, dado que es un área nueva en el Derecho.

Tenemos que partir de un dato a mi juicio indudable que es que las normas de instrucciones previas (o voluntades anticipadas) son aplicables a las personas que padecen trastornos mentales y el derecho indiscutible a su utilización. Aunque el tema es reciente, la posibilidad de anular un documento de estas características ya ha sido visto en algún tribunal de Estados Unidos, considerando la legislación del Estado que posibilitaba tal acción contraria a los principios de no discriminación contenidos en la *American with Disabilities Act*[972]. En España rige el principio de equiparación del artículo 20 de la Ley General de Sanidad y, además, tenemos nuestra propia legislación antidiscriminación contenida en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en desarrollo del artículo 14 de la Constitución.

Pese a la existencia de legislación, incluso en los Estados que cuentan con previsiones específicas, los ratios de ejecución son inferiores al 2%. Las razones de ello son diversas: a) ausencia de información y asesoramiento legal; b) complejidad para su realización; c) la acreditación de la capacidad, en los casos en que esta fluctúa, en el momento de su realización; d) la actitud de los servicios sanitarios; e) las dificultades para encontrar a terceros como representantes[973].

National Association of Protection and Advocacy Systems, 1998 (contiene una tabla analizando la legislación de los diferentes Estados).

[972] *Hargrave v. State of Vermont,* No. 2:99-CV-128 (D. Vt. Oct. 11, 2001). Se trataba en este caso de la petición de Nancy Hargrave, que había sido internada varias veces en el Hospital Estatal de Vermont en Waterbury, ante la anulación de un «Durable Power of Attorney for Health Care» en el que consignaba que «no autorizaba a su agente a consentir que le administraran… ningún tipo de antipsicótico, neuroléptico, psicotrópico o cualquier otra medicación psicoactiva». El Magistrado Federal del Distrito de Vermont, Sr. Niedermeier consideró que tal anulación era contraria a la ADA. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación *(Hargrave v Vermont,* 340 F. 3d 27 [2nd Cir 2003], 1 de agosto de 2003). Sobre esta sentencia, críticamente Appelbaum, Paul S. «Psychiatric Advance directives and the Treatment of Committed Patients». *Psychiatric Services* July 2004, Vol. 55, nº 7, páginas 751 a 763.

[973] Srebnik, Debra S. y La Fond, John Q. «Advance Directives for Mental Health Treatment» Psychiatric Services 50:919-925, July 1999. Swanson et al. señalan que a menos que los servicios provean asistencia a las personas con enfermedad crónica severa para completar instrucciones viables, a menos que los sistemas de información hagan estas instrucciones accesibles y a menos que los clínicos sean informados acerca de sus obligaciones con respecto a tales instrucciones, parece improbable que las Instrucciones Psiquiátricas Previas estén a la altura de las expectativas que sus defensores esperan de ellas. Swanson, Jeffrey W. et al. «Psychiatric Advance Directives: A Survey of Persons With Schizophrenia, Family Members, and Treatment Providers» *International Journal of forensic Mental Health,* 2003, Vol. 2, nº 1, pages 73-86. Con esta misma conclusión y con cita de la legislación vigente en 5 Estados de EUA, señala el autor que, transcurrida una década de la *Patient Self-Determination Act,* pese a que existe interés en completar tales instrucciones previas, son pocas las personas que lo hacen aparentemente por barreras como la falta de conocimiento de tales leyes, su no comprensión y la falta de recursos económicos o de otro tipo (Swanson, Jeffrey W. et al. «Psychiatric Advance Directives among Public Mental Health Consumers in five U.S. Cities: Prevalence, Demand and Correlates» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law,* Volume 34, Number 1, 2006, pages 43-57). Similares conclusiones recoge un estudio empírico sobre el proceso de deliberación previo en el que se reseña que, pese a que los intervinientes no tuvieron dificultad en entender el concepto, sí que resultó difícil motivar a realizar dichas instrucciones en la medida en que muchos factores, como las pasadas experiencias o el grado de implicación de familias y proveedores de servicios, entran en juego. Lo cierto es que, pese al interés que

Desde el punto de vista de la posibilidad de aplicación de tratamientos involuntarios, junto con el problema de la indeterminación del alcance del contenido de las directivas de decisión y otros relativos al alcance de los poderes de los representantes, nos encontramos con la importante cuestión de la forma de verificar la capacidad en el momento de realizar las instrucciones y el hecho de que, en ocasiones, plantea problemas de revocabilidad. Esta modalidad de instrucción previa, conocida como *contrato de Ulises*[974], requiere un período de planificación durante el cual el paciente sea capaz de valorar la necesidad de coerción en varias circunstancias que pueden o no pueden concurrir en el futuro. En muchos casos, señala O' REILLY[975], las enfermedades mentales graves comienzan en la adolescencia o edad adulta temprana y están asociadas a problemas cognitivos y falta de conciencia de enfermedad por lo que para algunos de los que podrían beneficiarse de esta medida es difícil hacer uso de ella y, por el contrario, particularmente en el ámbito de los ensayos clínicos y de la investigación, puede estimarse que la voluntad del paciente no ha sido espontánea o que, simplemente, el modelo de obtención del consentimiento deja muchos aspectos sin resolver.

El problema, en suma, parte de que la legislación no ha tenido en cuenta la peculiaridad de los tratamientos psiquiátricos, lo que puede dar lugar a que tales disposiciones puedan quedar simplemente en «papel mojado». Es necesario traer a colación la disposición adicional cuarta de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente, que expresa que el Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en la Ley[976].

---

se aprecia en este tipo de actuaciones, el número de instrucciones previas sigue siendo muy bajo y, pese a constituir un buen instrumento para lograr que los pacientes se involucren en un serio y equilibrado proceso de colaboración, sin la seria implicación del sistema de salud mental en lograr tiempo y recursos para conseguir un proceso de deliberación adecuado el ofrecimiento de este tipo de instrucciones puede convertirse meramente en una «charada». Amering, Michaela/Stastny, Peter/Hopper, Kim. «Psychiatric advance directives: qualitative study of informed deliberations by mental health service users». *British Journal of Psychiatry* (2005), 186, 247-252.

[974] «En la Odisea, Ulises ordenó a sus hombres que se taparan los oídos con un pan de cera y que le ataran a él al mástil del barco cuando pasaran por delante de la playa de las Sirenas, cuyo canto seductor, pero muy nocivo para la mente, podía originar su destrucción y la de toda la tripulación, ya que las Sirenas acababan devorando a quienes se les acercaban. Les ordenó además que no le desataran aunque se lo suplicara al oír los cantos, e incluso que reforzaran las ataduras. Trasladadas a nuestro tiempo, las órdenes de Ulises se podrían considerar como instrucciones previas para cuando se encontrara incapacitado por la seducción de las Sirenas». Sánchez-Caro, Jesús y Sánchez-Caro, Javier. *El consentimiento informado en psiquiatría.* Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid, 2002, página 120.

[975] O'Reilly, Richard «Why are Community Treatment Orders Controversial?» *Can J Psychiatry,* Vol 49, Nº 9, September 2004, páginas 579 a 584.

[976] La Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia nº 40 de Barcelona, especializado en incapacidades, lamentaba: «Pese a los cuatro años de esta ley, no conozco en mi práctica, ningún caso de aplicación de estas instrucciones dentro de un centro hospitalario psiquiátrico, y de que este, es el único instrumento jurídico que podría ser eficaz para evitar sufrir determinadas prácticas o tratamientos del que podemos dotarnos hoy por hoy, caso de sufrir un trastorno psíquico que merme nuestra capacidad, ni que sea de forma transitoria». Ventura Mas, Silvia. «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las Unidades de Psiquiatría. Instrucciones

4.6. Las diferentes intervenciones sanitarias: la estructura legal en materia de capacidad de decisión

Como ya expresamos en epígrafes precedentes, la valoración de la capacidad de decisión la realiza generalmente el médico tratante. Pero esto no es así en todos los casos, existen excepciones en las que la intervención judicial se hace necesaria. Ejemplos de ello son:

a) La esterilización de incapaces (artículo 156 C.P.)
b) Internamiento en establecimiento de salud mental (artículos 763 de la nueva LEC, 219 y 255 del Código de Familia catalán y 17 y 33 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón)
c) Aquellos que puedan poner en peligro grave su vida o integridad física o psíquica (artículo 219.1.b del Código de Familia y artículo 6.3.b de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja)
d) Aquellos casos que el Juez estime oportuno por la naturaleza del tratamiento como medida de vigilancia y control (por ejemplo, los anteriores en el territorio de derecho común; artículos 233 C.C. y 181 del Código de Familia)

También existen otros en los que la intervención está prohibida incluso con la intervención de representantes, como por ejemplo:

a) Cirugía transexual (artículo 156 C.P.)
b) Eutanasia directa (artículo 143 C.P.)
c) Donación de órganos (artículo 4 de la Ley 30/1979 y 155 C.P.)
d) Extracción de tejidos no regenerables (artículo 7 apartado 1 del Real Decreto 411/1996 de 1 de marzo)
e) Reproducción asistida (artículo 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo y 161 del C.P.)
f) Aquellos que no redunden en el beneficio directo del paciente (artículo 6.1. del Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, que recoge, como excepción los señalados en los artículos 17 y 20)

También, por último, existen casos singulares, en los que, a pesar de existir representantes e incapacidad de hecho o judicial declarada, el simple rechazo de la persona que carece de capacidad de decisión, incluso no habiendo sido adoptada en un momento en que tuviera capacidad, impide la intervención. Así, extracción de tejidos regenerables (artículo 20 apartado 2) e investigación científica (artículo 17.1.V del Convenio relativo a los derechos humanos y a la Biomedicina).

Previas». En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental.* Curso celebrado en el Consejo General del Poder Judicial durante los días 26 a 28 de abril de 2006 (pendiente de publicación).

Como vemos, pues, en atención a las distintas características de los diferentes tratamientos, se establecen sistemas de protección, ello no debe de extrañarnos, las recomendaciones internacionales exigen que, para los casos de incapacidad, exista un elenco suficiente de medidas para la protección de los asuntos, tanto personales como patrimoniales, de los afectados y que el ámbito de estas medidas incluya, en los casos oportunos, aquellas que no restrinjan la capacidad legal de la persona afectada[977]. La involuntariedad de los tratamientos no conoce de lugares. Pueden ser administrados en el hospital o no. El problema ahora surge de si, dado que el tratamiento ambulatorio psiquiátrico no es diferente a los restantes tratamientos, si es necesario suministrar una protección adicional a los casos de tratamiento involuntario en la comunidad.

La respuesta es muy clara: Sí. No es necesario en aquellos casos en que la intervención sea puntual, pero por el contrario, es de estimar que es preciso una protección adicional y ello por las siguientes razones:

a) Porque las intervenciones en esta materia no son puntuales, suelen prolongarse en el tiempo, y el precepto del artículo 9.3.a. de la Ley 41/2002 no tiene ni siquiera limitación de plazo. No es que no existan tratamientos para enfermedades somáticas que se prolonguen en el tiempo (pensemos, por ejemplo, en pacientes renales sujetos a diálisis o en tratamientos oncológicos) y que algunos de ellos no tengan incluso referencias legales expresas[978]. Dos problemas distintos surgen: el primero es que la mayoría de los diferentes grupos de personas que pueden reunir las condiciones del artículo 200 del Código Civil no han pasado por procedimientos de incapacidad y exigir este trámite antes de realizar una intervención sanitaria de estas características podría ser, con carácter general, desproporcionado en la mayor parte de los casos; el segundo es que, en los trastornos mentales, el tratamiento va dirigido directamente a la patología que, a su vez, es causa de la pérdida de capacidad de decisión, con lo que se espera una mejoría de la misma que no tiene por qué concurrir en los casos de las enfermedades somáticas.
b) Porque la intervención en estos casos tiene un requisito adicional previsto en el Convenio de Oviedo: el riesgo para la salud del afectado que introduce una diferenciación en este tipo de tratamientos en el artículo 7 y que precisa de una evaluación.

---

[977] Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces. Principio 2. Flexibilidad en la respuesta legal.

[978] Así, por ejemplo, en el caso de la radioterapia oncológica, el artículo 9.1 del Real Decreto 1566/1998, de 17 de julio, por el que se establecen los criterios de calidad en radioterapia (BOE 206/1998, de 288 de agosto 1998; Ref. Boletín: 98/20644) establece: «Antes del tratamiento de radioterapia el médico especialista en oncología radioterápica informará al paciente sobre el tratamiento y los posibles riesgos asociados al mismo, y le presentará un protocolo de consentimiento informado que tendrá que ser firmado por el propio paciente o por su representante legal en caso de incapacidad».

c) Porque el propio Convenio de Oviedo establece expresamente la necesidad de condiciones de protección, previstas por ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso. En el momento actual no hay Convenio ni normativa expresa sobre esta materia, salvo la aplicación de los criterios generales en materia de protección de incapaces como el artículo 216 del Código Civil, que carecen, a mi juicio, de los mínimos destinados a este tipo de medidas. Aquí es donde entra la Rec(2004)10 que constituye la prolongación de una amplia tradición del Consejo de Europa en la atención a las cuestiones de salud mental, a las que el propio informe explicativo del Convenio remite y que presenta una estructura legal de protección para estas cuestiones, como ya hemos visto.

Bien, la conclusión es clara: existe una estructura legal (la propia del consentimiento por representación) que establece distintas posibilidades de intervención y en la que el paciente psiquiátrico no entra en situación de desigualdad con las restantes patologías no psiquiátricas pero que no atiende a sus características específicas, según resulta de la propia normativa vigente.

EXCURSO: EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES DE FAMILIARES Y USUARIOS

Hasta el momento, hemos hecho referencia al movimiento asociativo de los denominados sobrevivientes. Este movimiento constituye una tendencia de orientación antipsiquiátrica dentro del movimiento asociativo de los usuarios. Naturalmente existen otras muchas asociaciones de usuarios que no tienen dicha orientación. En general, el movimiento exclusivo de usuarios, en nuestro país, es poco numeroso tanto en número de asociaciones como de asociados. Es, sin duda alguna, un objetivo importante su impulso y promoción.

El movimiento asociativo de familiares y usuarios, sin embargo, sí tiene una importante implantación tanto en nuestro país como en los diversos países de nuestro entorno. Su orientación no es antipsiquiátrica. La primera asociación de familiares de enfermos mentales de España surgió en 1968, en Madrid. Los asociados no eran sólo familiares de enfermos mentales, había muchos de personas con deficiencias de distintos tipos. No se hacía una diferenciación clara de unos y otros. Aún no se había iniciado la reforma psiquiátrica. Esta asociación fue evolucionando y cambiando, finalmente, se creó la asociación y cooperativa VIDA, en 1976, que fue realmente la primera iniciativa rehabilitadora creada por familiares para personas que padecían enfermedades mentales[979].

[979] Dougoud Spöerri, Lidia. «Asociaciones de familiares de enfermos mentales». En García, José/Espino, Antonio/Lara, Ladislao. *La psiquiatría en la España de fin de siglo*. Editorial Díaz de Santos. Madrid, 1998, páginas 279 a 284.

Tras distintos intercambios de experiencias con algunas familias catalanas, se creó la Asociación y Centro Rehabilitador AREP, en Barcelona. Casi simultáneamente surgieron asociaciones en Vitoria, Valencia y Murcia, poco después, otras en Zaragoza, Logroño, La Coruña y Tenerife.

En 1983, tres asociaciones, Valencia, Álava y La Rioja constituyeron FEAFES, la Federación Estatal de Asociaciones de Familiares de Enfermos Psíquicos, con sede en Valencia. Poco a poco se unieron nuevas asociaciones que se fueron creando por todas las autonomías. La sede de FEAFES se trasladó a Madrid en 1986 y, en 1991, se convirtió en la Confederación FEAFES con el nombre actual: Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental.

El movimiento asociativo no es un fenómeno exclusivo de nuestras fronteras. El primer Congreso Europeo para familiares de personas con enfermedad mental tuvo lugar en Haan (Bélgica) entre los días 7 y 9 de junio de 1990. Se realizó con el consenso mutuo de cinco asociaciones de familiares de diferentes países europeos que trabajaron en un manifiesto que estructurara los derechos fundamentales de los enfermos mentales y de sus familias. Dicho Manifiesto fue adoptado y firmado por catorce asociaciones de diez países el 24 de mayo de 1991. La Federación Europea se convirtió en una realidad el 19 de diciembre de 1992, en Bruselas, fecha en la que se firmaron los estatutos de la Federación Europea de Asociaciones de Enfermos Mentales (EUFAMI). El 1 de febrero de 1994 fue reconocida por la legislación belga como una asociación internacional [980].

No sólo en Europa existen asociaciones. En Estados Unidos se creó, en 1979, la *Nacional Alliance for the Mentally ill* (NAMI) que en la actualidad cuenta con más de 200.000 miembros en los 50 Estados. En el plano internacional destacar la Asociación Mundial de la Esquizofrenia (WSF).

La Declaración de Haan contiene un apartado 2 que recoge los derechos familiares exigen. Tales son:

- Los familiares tienen derecho a la información y a respuestas a sus preguntas. Deben participar en el tratamiento de su enfermo [981].
- Un servicio permanente de «Defensor « (*Ombudsman)*, independiente de Hospitales, Servicios de Salud Mental u otras organizaciones de apoyo, debe actuar como mediador en caso de quejas presentadas por familiares [982].
- Las organizaciones de familiares de enfermos psíquicos deben estar representadas en los órganos oficiales de consulta y asistencia en todos los niveles de los Servicios de Salud Mental [983].

---

[980] Froninckx, Gusta. Presidenta de EUFAMI, 1995. Editorial de *Encuentro*, Boletín de la FEAFES, nº 2, año 1995

[981] Declaración de Haan, Artículo 13

[982] Declaración de Haan, Artículo 14

[983] Declaración de Haan, Artículo 15

- Para proteger a la familia, siempre se debe tener en cuenta su capacidad de soportar la carga de la enfermedad y la trascendencia de ésta[984].

Son también de reseñar los principios generales aplicables a los cuidadores de personas que presentan dependencia, contenidos en la Recomendación nº R(98) 9, de 18 de septiembre de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros. La Recomendación señala que la asistencia a las personas dependientes es una responsabilidad de la sociedad. Debe reconocerse así por las administraciones públicas que tienen también el deber de tomar las medidas necesarias para mejorar la calidad de vida de los cuidadores, en particular:

- Reconociendo la importancia y el valor social del papel de los cuidadores como clave en el sistema de cuidado y asistencia para las personas dependientes.
- Ayudándoles a conseguir satisfacción personal en su trabajo con las personas dependientes y total aceptación de sus mutuos cometidos.
- Favorecer la participación de los cuidadores en la coordinación con el equipo multidisciplinar para el establecimiento de una red específica para cada persona dependiente.
- Evitar la discriminación por razón de sexo (la responsabilidad del cuidado en la mayor parte de las ocasiones recae, de hecho, en las mujeres) y prestar atención particular a los cuidadores jóvenes.
- Permitir a los cuidadores beneficiarse de medidas de respiro.
- Recomendación nº R(91) 2, de 14 de febrero de 1991, recoge la necesidad de regular beneficios de la Seguridad Social para los cuidadores.

La recomendación recoge un elenco de medidas aplicables. Estas incluyen:

- Preparación. Los cuidadores sin status profesional deben recibir formación teórica y práctica para asegurar que la dignidad de las personas dependientes sea respetada siempre y que se adopten las medidas apropiadas para proteger su salud y preservar su autonomía y bienestar físico y mental.
- Acceso a la información. Los cuidadores deben ser ampliamente informados sobre el estado de la legislación sobre derechos y asistencia.
- Ayudas y servicios de respiro. Debe alentarse a los cuidadores a formar parte de redes de ayuda mutua. Estas estrategias deben incluir la capacidad para resolver las situaciones difíciles. El derecho de los cuidadores a momentos de respiro está ligado al cuidado de las personas dependientes. Las administraciones deben proveer un abanico amplio de posibilidades de respiro temporal que permitan un cuidado alternativo acorde a las necesidades.

[984] Declaración de Haan, Artículo 16

- Empleo. La Recomendación recuerda la anterior nº R(96) 5 de reconciliación del trabajo y la vida familiar para el caso de la necesidad de cuidado y asistencia de una persona dependiente. Es necesario citar aquí la Ley estatal 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Transparencia y participación en las decisiones sanitarias. El artículo 28 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, señala la obligación de las partes de someter a debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas. A veces, olvidamos que las aplicaciones bioéticas afectan no sólo a la medicina de última tecnología, sino también al acceso de los pacientes a tratamientos disponibles y a la dignidad y derechos humanos de los mismos. Prueba de ello es que el Convenio dedica un artículo (el 7) a las personas que padecen trastornos mentales. La necesidad de una participación ciudadana en los procesos de adopción de decisiones en materia sanitaria y en el desarrollo e implantación de sistemas de mejora de la calidad de la atención sanitaria son recogidos por las Recomendaciones nº R (2000) 5, de 24 de febrero[985], y R(97) 17, de 30 de septiembre[986]. Subrayar que la primera Recomendación expresa que *el derecho de los ciudadanos y pacientes a participar en los procesos de decisión que afecten a los cuidados sanitarios, si desean hacerlo, debe ser observado como parte fundamental e integral de una sociedad democrática.*

Participación, asesoramiento y auxilio cuando proceda la aplicación de medidas judiciales derivadas de la situación de incapacidad legal. La Recomendación nº R(99) 4, de 23 de febrero, sobre los principios concernientes a la protección de los adultos incapaces, dispone que, al establecer o implantar tales medidas de protección, debe consultarse, en la medida de lo posible y practicable, a aquellos que tengan cercano interés en el bienestar del afectado. El principio 17 de la Recomendación subraya la necesidad de la adopción de actuaciones encaminadas a dotar de un número adecuado de personas idóneas para la representación y asistencia de adultos incapaces y que será especialmente considerado, en par-

[985] Council of Europe. Committee of Ministers Recommendation No. R (2000) 5 of the Committee of Ministers to member states on the development of structures for citizen and patient participation in the decision-making process affecting health care (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies)

[986] Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation no. r (97) 17 of the Committee of Ministers to member states on the development and implementation of quality improvement systems (QIS) in health care (Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1997 at the 602nd meeting of the Ministers' Deputies)

ticular, el establecimiento o soporte de asociaciones u otros organismos con la función de proveer y formar a tales personas.

Las nueva corriente legislativa ha introducido paulatinamente estos principios en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 2 de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* expresa que la ley se inspira, entre otros principios, en el de «diálogo civil», en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad. Del mismo modo, el artículo 15, expresa la obligación de las Administraciones Públicas de asegurar que esta participación sea efectiva y real, de promover y facilitar el desarrollo de estas asociaciones y ofrecer apoyo financiero y técnico para el desarrollo de sus actividades. El apartado 3 de la norma regula el Consejo Nacional de la Discapacidad como órgano consultivo en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado [987].

Por otro lado, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia incorpora una serie de principios en su artículo 3 que incluye el de *participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley.* La ley incorpora el Consejo Nacional de la Discapacidad al grupo de órganos consultivos de participación institucional del Sistema en su artículo 41. También recoge una serie de disposiciones exclusivamente referidas a los familiares que prestan apoyo informal tales como ayudas económicas, programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso (artículo 18), seguridad social

[987] Artículo 15. Participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias. 1. Las personas con discapacidad y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las Administraciones públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias. 2. Las Administraciones públicas promoverán y facilitarán el desarrollo de las asociaciones y demás entidades en que se agrupan las personas con discapacidad y sus familias. Asimismo, ofrecerán apoyo financiero y técnico para el desarrollo de sus actividades y podrán establecer convenios para el desarrollo de programas de interés social. 3. El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano. / En particular, corresponderá al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, a cuyo efecto se constituirá en su seno una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

(disposición adicional cuarta). La propia Exposición de Motivos reconoce que *no hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal»*.

El Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (A/RES/61/106 de 13 de diciembre de 2006) expresa el convencimiento de la Asamblea General de que

> La familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones.

Tras el examen del marco general, señalar que en el contexto concreto del tratamiento en el ámbito comunitario, se plantean cuestiones éticas importantes en defensa de la posible implicación de los familiares en contra de los deseos del paciente. Szmukler señala tres fundamentales: 1) la consideración de la familia como «unidad de tratamiento», puesto que contribuye significativamente al cuidado del paciente y éste sufre efectos generalmente intensos como consecuencia de la enfermedad; 2) el principio de justicia o de equidad: las necesidades de la familia merecen atención particular si los recursos requeridos para atenderlas proceden fundamentalmente del equipo terapéutico y no de fuentes ajenas a él; 3) por último y más importante, deben volver a construir sus relaciones con el paciente no sólo como familiares sino también como «cuidadores» por lo que deberían poder disfrutar de los derechos intrínsecamente ligados a todos los cuidadores, sean o no miembros de la familia (por ejemplo, acceso a informes sobre la enfermedad y recomendaciones para tratar los problemas del paciente en la medida en que inciden sobre la vida del cuidador).

El autor señala que «las grandes esperanzas depositadas en los cuidadores no profesionales no se han compensado aún con la clarificación de nuestros deberes hacia ellos» [988]. Lo cierto es que, como señala el autor, los cuidadores no profesionales, en general los miembros de la familia, son fundamentales para el éxito de un programa de asistencia comunitaria. Los cuidadores tienen problemas para hacer frente a los comportamientos más difíciles, carecen de grandes conocimientos sobre la enfermedad de su pariente y pueden no saber a quién recurrir en busca de apoyo. El paciente puede prohibir al médico cualquier tipo de contacto con los familiares y en esas circunstancias no está claro hasta qué punto el equipo de salud mental comunitaria tiene el deber de prestar asistencia a la familia. Este problema ha sido ignorado en la bibliografía durante mucho tiempo

[988] Szmukler, George. «Ética en la psiquiatría comunitaria» en Bloch, Chodoff y Green *La ética en psiquiatría*; Editorial Triacastela. Madrid, 2001, páginas 341 a 358.

y el posible desarrollo de los argumentos de defensa anteriormente reseñados constituye hoy día una incógnita[989].

En el ámbito del tratamiento involuntario, el papel de las familias es, sin duda alguna, importante, tanto como posibles guardadores legales como personas que están llamadas por la ley para ejercer el consentimiento por representación o sustitución. Desde el punto de vista penal, también es de reseñar la enorme expansión que ha supuesto la penalización de la denominada violencia intrafamiliar que hace que las lesiones leves o los malos tratos de obra sin causar lesión (artículo 153 C.P.) sean constitutivos de delito, lo que supone la posible aplicación de medidas de seguridad y, entre ellas, el tratamiento involuntario.

[989] *Op. cit.,* páginas 351 y 356

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

1. CAPACIDAD DE DECISIÓN. ¿CÓMO SE DETERMINA?

Como ya se indicó en epígrafes precedentes, el artículo 7 del Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina contiene una excepción al principio general del artículo 5, excepción fundada en el hecho de que, aunque los pacientes mentales son teóricamente capaces de consentir una intervención sanitaria en términos generales, son incapaces de comprender la necesidad para el tratamiento estrictamente psiquiátrico. La excepción es diferente a la del artículo 6, que recoge que la persona mayor de edad no tiene capacidad para prestar el consentimiento debido a una *disfunción mental, enfermedad o un motivo similar.*

Lo cierto es que muchas de las personas diagnósticadas de trastornos mentales se sienten coaccionados a aceptar la medicación por una enfermedad que ellos piensan que no tienen, resistiéndose de forma comprensible a cooperar con los tratamientos pautados. Tanto los facultativos como las familias ven frustrados a menudo sus intentos de suministrar asistencia y tratamiento médico por este motivo. ¿Cuál es el motivo de la indiferencia o falta de atención que presentan estos pacientes hacia su enfermedad?

BERRIOS y MARKOVÁ[990] estiman que el concepto de lo que en terminología anglosajona se denomina *insight* (derivado del término alemán *Einsicht*), la pérdida de la conciencia o conocimiento de la enfermedad o la incapacidad para obtenerla, no se conocía hasta 1850. La razón es que la enfermedad mental, hasta entonces, era definida por la presencia del delirio. Sólo con desarrollos posteriores tales como las nociones de enfermedad parcial, emocional y volitiva durante la segunda mitad del siglo XIX permitieron el cuestionamiento de la valoración de la actitud del paciente hacia su trastorno. Las tradiciones alemana y francesa manejaron este problema de forma diferente. No hay una palabra específica en francés para referirse a este término, existiendo diferentes giros que hacen referencia a la amplia noción de conciencia.

La etiología del fenómeno ha intentado analizarse desde dos perspectivas:

- Perspectiva psicodinámica: El paciente desarrolla una estrategia de negativa hacia la experiencia psicótica como forma de defensa hacia las trágicas circunstancias en que se desarrolla la enfermedad.
- Perspectiva neurológica: Recientemente se ha sugerido que algunas formas de pobre *insight* se derivan de déficits neurológicos (AMADOR et al., 1991, 1993). Se parte de un concepto acuñado por BABINSKI en 1914, *anosognosia*, que remite a la falta de conocimiento, conciencia o reconocimiento de la enfermedad que resulta de ciertos problemas de daño neurológico.

---

[990] BERRIOS, German E./MARKOVÁ, Ivana S. «Insight in the psychoses: a conceptual history» En la obra conjunta de AMADOR, Xavier F. y DAVID, Anthony S. *Insight and Psychosis,* Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 31 a 50

AMADOR y KRONENGOLD[991] señalan que las teorías neuroanatómicas de la anosognosia se dividen en aquellas que estiman que la lesión se localiza en una parte concreta del cerebro (principalmente el hemisferio derecho, el área parietal y el lóbulo frontal) y otras que estiman que el daño cerebral es difuso.

Los autores reseñan que la última revisión del DSM (DSM IV-TR) expresa que la evidencia sugiere que el pobre insight es una manifestación de la propia enfermedad y que es comparable a la denominada anosognosia, que estos síntomas predisponen al paciente a no cumplir con el tratamiento y que puede ser un factor que predice un mayor número de ingresos hospitalarios, déficits de funcionamiento psicosocial y un peor curso de la enfermedad[992]. Los autores expresan que treinta años de investigación empírica claramente sitúan la severa falta de conciencia de enfermedad en la esquizofrenia como un rasgo común de la enfermedad y por esta razón «podemos indicar con seguridad que la persistente y severa falta de conciencia de enfermedad en la esquizofrenia es un síntoma de la esquizofrenia» y, más allá, que «los pacientes con tales déficits severos en insight deberían ser diagnosticados de anosognosia por esquizofrenia»[993]

BARR[994] señala que *anosognosia* es un término utilizado para describir un síndrome (entendido como combinación de signos o síntomas que permiten realizar inferencias acerca de mecanismos patológicos del comportamiento) en el que el paciente manifiesta falta de conciencia de la presencia de síntomas, incluso cuando se le apercibe de ello. El autor realiza una clasificación de los diferentes síndromes que se caracterizan por falta de conciencia respecto al hecho de concretas facultades motoras o sensorias perturbadas. La anosognosia clásica que relataba BABINSKI es la falta de conocimiento de la enfermedad en los pacientes con hemiplegia izquierda debido a una lesión focalizada en el hemisferio cerebral derecho. BABINSKI observó que la pérdida de conciencia se manifestaba sin la pérdida de las restantes facultades intelectuales. Incluso era apreciable que podía observarse para unos síntomas y no otros. Existen numerosas descripciones de trastornos afectantes a los sistemas auditivos y visuales, como la ceguera (el paciente niega el hecho observable de que no puede ver) y sordera corticales (ANTON, 1898). También existen ejemplos de desordenes en la conciencia del cuerpo tales como comportamientos extraños del miembro afectado (por ejemplo, la conciencia de que el miembro tiene su propia personalidad o de que tiene movilidad propia) o

---

[991] AMADOR, Xavier F./KRONENGOLD, Henry. «The description and Meaning of Insight in Psychosis», En la obra conjunta de AMADOR, Xavier F. y DAVID, Anthony S. *Insight and Psychosis,* Oxford University Press, New York, 1998 (1ª edición), páginas 15 a 32. En la 2ª edición (bajo el título «Understanding and assessing insight», páginas 3 a 30) se pone de relieve que, desde la publicación de la primera edición de la obra, se han publicado más de 200 trabajos sobre insight y esquizofrenia en la literatura científica.

[992] *Op. cit.* (2ª edición), página 25

[993] *Op. cit.* (2ª edición), página 26

[994] BARR, William B.K. «Neurobehavioral Disorders of awareness and their Relevance to Schizophrenia». *Op. cit.* (1ª edición) páginas 107 a 141. La edición de 2004, bajo el título «The neuropsychology of insight in psychiatric and neurological disorders», páginas 119 a 156, mantiene estos postulados, refundiendo el artículo anterior con otro de KEEFE, Richard S.E. de la primera edición y con revisión realizada por LAROI, Frank.

alteraciones del esquema corporal (la más conocida es el «miembro fantasma» en la que se percibe la presencia de un miembro amputado).

BARR estima que existen numerosas ventajas en la utilización de los modelos neurológicos para comprender los síntomas asociados a la esquizofrenia. La gran ventaja es la comparación de los comportamientos resultantes de unas bases conocidas con comportamientos similares cuyos fundamentos neurológicos sólo pueden ser, por el momento, inferidos.

AMADOR señala que han ido desarrollandose entrevistas estandarizadas como método para evaluar el *insight* como el *Insight and Treatment Attitudes Questionnarie* (*ITAQ;* MC EVOY et al., 1981) o la *Scale to assess Unawareness of Mental Disorder* (*SUMD;* AMADOR y STRAUSS, 1990). En esta última se realiza una diferenciación entre la falta de conciencia de enfermedad y la incorrecta atribución que realiza el individuo a una consecuencia específica, signo o déficit de la enfermedad debido a una falsa creencia. El SUMD distingue la conciencia actual y pasada de 1) padecer una enfermedad mental; 2) los efectos de la medicación; 3) las consecuencias de la enfermedad mental y 4) los signos y síntomas específicos [995].

Es precisamente en la esquizofrenia donde más resalta este fenómeno que además es heterogéneo en la medida en que el paciente puede presentar diferentes niveles generales, manifestando incluso déficits en la conciencia de algunos síntomas y no de otros. Por otro lado, como en la *anosognosia* tal como fue descrita por BABINSKI, los pacientes no tienen las restantes capacidades intelectuales afectadas y son capaces de distinguir comportamientos bizarros en terceras personas.

Por otro lado, es importante reseñar que la terapia puede mejorar la conciencia de enfermedad. Como señala MC EVOY los tratamientos para la esquizofrenia presentan ya una gran efectividad terapéutica con menores efectos secundarios. Si la intervención es temprana en los primeros episodios psicóticos, la probabilidad de una buena recuperación se incrementa notablemente (LIEBERMAN et al., 1992), mientras que si el paciente permanece sin tratar por períodos prolongados de tiempo en los que la enfermedad está activa o interrumpe de forma repetida su medicación y recae, cuesta más tiempo la respuesta al tratamiento y su efecto es de menor intensidad que en la intervención temprana (WYATT, 1991). El problema de la falta de conciencia de enfermedad es, precisamente, que da lugar a que no se sigan las pautas terapéuticas. MC EVOY, APPERSON et al. (1989) comprobaron que la falta de conciencia de enfermedad está asociada con la rehospitalización, aspecto que ya fue observado por estudios anteriores de HEINRICHS, COHEN y CARPENTER (1985). La conclusión es que, como señala WEIDEN (1991), que

[995] AMADOR, Xavier F./KRONENGOLD, Henry. «The description and Meaning… DAVID propone también el *Schedule for the Assessment of Insight* (SAI; DAVID, 1990) que fracciona el concepto en tres dimensiones : 1) La conciencia de que el paciente sufre una enfermedad o alteración mental; 2) La habilidad para reconocer sucesos mentales como alucinaciones y delirios como sucesos anormales; 3) La aceptación de la necesidad del tratamiento.

parece que los sistemas públicos de salud para el tratamiento ambulatorio de la esquizofrenia deberán asumir que muchos pacientes devienen incumplidores de su seguimiento al tratamiento neuroléptico. MC EVOY señala que sólo un pequeño porcentaje de pacientes presenta una resistencia activa, pero que existen evidencias de que tales patrones de pobre *insight* y falta de seguimiento del tratamiento son estables en el tiempo. Si los pacientes repetidamente incumplidores presentan graves trastornos de conducta cuando la enfermedad está activa los cuidadores intentarán forzar el tratamiento de forma involuntaria. En opinión de MC EVOY es necesario darse cuenta de que en muchos casos el tratamiento simplemente no puede aplicarse. A menudo el médico tiene que *influir* a los pacientes para aceptar el mismo. La investigación debe ir dirigida a determinar cómo se puede ser efectivo y al mismo tiempo de la forma menos intrusiva con objeto de ejercer esta influencia, de aumentar el seguimiento del tratamiento y prevenir las recaídas [996].

Es evidente que si el pobre *insight* interfiere en el tratamiento médico también puede realizarlo en la rehabilitación psicosocial, como señalan LYSAKER y BELL [997], lo que implica la necesidad de evaluar la mejor manera de realizar este tipo de programas en aquellos pacientes que presentan déficits serios.

No compartiendo en su totalidad las argumentaciones anteriores sobre el problema de la conciencia de enfermedad en la medida en que un análisis debe realizarse individualmente respecto a cada sujeto afectado y no de forma global, existiendo situaciones de rechazo perfectamente comprensibles (efectos secundarios de la medicación, malas experiencias con el personal sanitario…) y también la influencia de factores socioculturales y de otro tipo [998], es necesario admitir la

---

[996] Mc Evoy, Joseph. «The relationship between Insight and Psychosis and compliance with medications» En la obra conjunta de Amador, Xavier F. y David, Anthony S. *Insight and Psychosis,* Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 311 a 333. La cita de Weiden (Weiden, P. J./ Dixon, L./Frances, A./Apppelbaum, P./Haas, G./Rapkin, B.) se refiere al trabajo «Neuroleptic non-compliance in schizophrenia» en C.A. Tamminga y S.C. Schulz (ed.) *Advances in Neuropsychiatry and Psychopharmacology,* pp. 285-96, Raven Press, New York, 1991

[997] Lysaker, Paul H./Bell, Morris D. «Awareness of illness in schizophrenia: advances from psychosocial rehabilitation research», En la obra conjunta de Amador, Xavier F. y David, Anthony S. *Insight and Psychosis,* Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 335 a 349.

[998] Entre los trabajos realizados en Europa sobre «insight», citamos el de Lang, Andrea/ Berghofer, Gerlinde/Kager, Anita et al. «Los predictores de «insight» con respecto a la enfermedad mental entre los pacientes psicóticos y no psicóticos» En *The European journal of psychiatry (edición en español),* oct. 2003, vol.17, no.4, p.199-209. Los individuos del estudio que nos ocupa eran pacientes externos de cuatro centros comunitarios de salud mental de Viena, y también pacientes hospitalizados en dos Unidades, una de ellas en un hospital general, y la otra en un hospital psiquiátrico. La inclusión de paciente comenzó en el mes de enero de 1995 y terminó en abril de 1996. La población final del estudio quedó compuesta por un total de 425 pacientes. Al comienzo de la investigación 165 (39%) se hallaban hospitalizados, 202 (48%) eran pacientes de primer contacto con ellos y 223 (52%) eran pacientes de larga evolución. Los resultados obtenidos mostraron la no existencia de asociación entre el insight y la pertenencia a un sexo determinado. Los pacientes más jóvenes en el periodo de estudio y cuando utilizaron los cuidados psiquiátricos por vez primera, mostraron de modo significativo mayor *insight* que los mayores de edad. El estado civil y/o el poseer un confidente íntimo fue discriminativo para los dos grupos. El estado civil casado/cohabitante estaba fuertemente correlacionado con un «*moderado insight*». Los pacientes viudos mostraron de modo significativo más a menudo «muy pobre *insight*». Los pacientes con «muy pobre *insight*» generalmente no poseían confidentes íntimos. Los pacientes con esquizofrenia o con trastornos de tipo orgánico demostraron básicamente «pobre *insight*». Las personas

importancia de esta corriente psiquiátrica en la medida en que buena parte de los cambios legislativos que se están produciendo en Estados Unidos aceptan, de una forma u otra, sus fundamentos.

La medida de la importancia de los avances de la investigación en este campo radica en que los criterios para la determinación del tratamiento involuntario pueden ir directamente relacionados con este concepto. Como hemos visto en epígrafes precedentes, cada vez más se tiende a no considerar la incapacidad como un todo sino a analizarla en contextos específicos (matrimonio, empleo, testamentos, responsabilidad penal, consentimiento a las intervenciones médicas, etc.). Como también señalamos, el problema fundamental en lo concerniente a derechos humanos siempre ha sido la graduación de tales capacidades. Es necesario, pues, obtener instrumentos de medición fiables que han venido desarrollándose a lo largo del tiempo fundamentalmente desde el ámbito clínico [999]. El lenguaje empleado en los textos legales, sin embargo, sigue siendo poco concreto. Ello es lógico si pensamos que se trata de conceptos cuya definición todavía dista mucho de ser rigurosa para permitir una formulación exacta.

KRESS reseña cuatro factores que justifican la intervención estatal: 1) la discapacidad tiene que ser objetivamente discernible; 2) debe tener bases materiales; 3) la prueba de los anteriores factores debe ser independiente de los resultados negativos materiales pero no de los procesos de razonamiento empleados para llegar a tales resultados negativos; 4) la discapacidad debe ser eticamente significativa y justificar la intervención estatal propuesta, demostrando que existe un serio déficit en la autonomía del sujeto. Que las consecuencias de la decisión sean objetivamente negativas no debe ser un factor determinante. Lo verdaderamente crucial es que la decisión sea autónoma. Aquí radica la clave del problema y por ello el autor señala que «una pieza central de información, necesaria para motivar el proceso de toma de decisiones en materia de intervenciones sanitarias, se ha perdido». Lo anterior supone «una pérdida en habilidades de autonomía». El autor estima que este criterio es más acertado que el tradicional de «competencia» (entendido como habilidad de «sopesar» pros y contras) a la hora de desarrollar

---

que padecían de dependencias al alcohol o a drogas mostraron de modo significativo más a menudo «*insight* moderado». La apariencia de un «buen *insight*» fue más alta entre los pacientes con trastornos de tipo afectivo, ansioso o de adaptación. Los pacientes cuya gravedad de su enfermedad fue evaluada como incierta o no importante, mostraron significativamente más a menudo «*insight* moderado» o «bueno». «Muy pobre *insight*» se asociaba con alto nivel de salud física y mental auto-evaluada por el propio paciente. El funcionamiento global, el nivel de salud física y mental evaluada por el clínico y el optimismo (pesimismo) de los pacientes y los clínicos en relación con el alta del paciente no parecieron tener influencia. El tiempo y duración del contacto habido (primer contacto o largos contactos en relación con los servicios seleccionados), el cumplimiento terapéutico, la duración del tratamiento y las admisiones previas no mostraron influencia en cuanto a los cuatro niveles del *insight* de los pacientes. No obstante ello, los pacientes con «pobre *insight*» de forma significativa realizaron más a menudo al menos un ingreso a lo largo de la duración de esta investigación. Los pacientes con «*insight* moderado» o «bueno» valoraron su tratamiento de forma más alta al compararlos con aquellos otros pacientes que ofrecían «muy pobre *insight*» o «pobre *insight*». El propio estudio reconoce sus limitaciones.

[999] No podemos entrar en el examen de tales instrumentos de medición. Remitimos al trabajo de GRISSO, Thomas. *Evaluating Competencias. Forensic Assessments and Instruments.* Plenum Press, New York and London, 1988 (2ª edición)

las normas sobre salud mental[1000]. Desde mi perspectiva, los términos «competencia»[1001] e «insight»[1002] no son conceptos legales sino clínicos y también distan mucho hoy día de alcanzar una definición exacta. Ahora bien, no podemos dejar de tener en cuenta el hecho de que tales conceptos juegan un papel relevante a la hora de determinarse en un sentido u otro y de que el papel de los pericias médicas ha aumentado considerablemente a lo largo de la historia como hemos analizado en epígrafes precedentes, existiendo incluso tribunales de salud mental que incluyen médicos entre sus componentes.

Dentro de los parámetros a seguir a la hora de evaluar la capacidad de decisión en materia de intervenciones sociosanitarias en salud mental tendrá indudable importancia tanto la «competencia» como el pobre «insight». Si partimos de la idea de que hay un efectivo trastorno de la función, la cuestión no difiere en los casos del artículo 6 de los del artículo 7 del Convenio. Si el pobre «insight» es un síntoma de la enfermedad, la causa del contrato (el tratamiento de la enfermedad), también en este caso, no puede ser conocida por el afectado debido a *disfunción mental, enfermedad o motivo similar* lo que impide prestar consentimiento válido (artículo 1.262 C.C.), dando lugar a la introducción de los mecanismos de sustitución del consentimiento. Es indiferente que el trastorno mental impida sopesar o suponga una pérdida de información relevante para adoptar la decisión final. Lo verdaderamente importante es determinar si la decisión puede considerarse autónoma, lo que supone un juicio más amplio que el meramente clínico, y si

---

[1000] Kress, Ken J. «Why lack of insight should have a central place in mental health law». En la obra conjunta de Amador, Xavier F. y David, Anthony S. *Insight and Psychosis,* Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 257 a 279.

[1001] Grisso y Appelbaum proponen la siguiente definición del término competencia: «Constituye un estado de un individuo que se define por los déficits funcionales (debidos a enfermedad mental, retraso mental u otras condiciones psíquicas) juzgados de tal relevancia que la persona normalmente no podrá cumplir las exigencias de un concreto proceso de decisión, valorado a la luz de sus consecuencias potenciales» (Grisso, Thomas y Appelbaum, Paul S. *Assessing Competente to Consent to Treatment. A Guide for Pysicians and Other Health Professionals.* Oxford University Press, New York, 1998 página 27). *Autonomía y competencia* tienen significados diferentes *(autonomía* significa autogobierno y *competencia* habilidad para realizar una tarea) pero los criterios necesarios para considerar a una persona autónoma son muy similares a los necesarios para que la persona sea competente. Necesitamos establecer unos niveles por debajo de los cuales las personas puedan ser consideradas incompetentes. El problema radica en establecer la línea divisoria, lo que depende de las habilidades que se estén teniendo en cuenta. La competencia es una cuestión de nivel (o, más exactamente, umbral) no es un concepto continuo como la autonomía. Es decir, se es o no se es incompetente, aunque se puedan realizar mejor o peor las tareas que determinan la existencia o no de incompetencia (Beauchamp y Childress. *Op. cit.*, página 128). Existen diferentes estándares de incompetencia. Berg et al. manifiestan que los tribunales no han desarrollado una interpretación rigurosa de criterios sino que se mueven dentro de generalidades. Dentro del ámbito médico diferencian los *estándares generales* (aquellos que se centran en una característica como que la persona sufre una intoxicación o demencia y que, aunque hay personas que son globalmente incompetentes, tienen el problema de que no reflejan la habilidad para participar en el proceso de toma de decisiones y que suele aplicarse de forma mecánica) y *específicos,* que se centran en habilidades concretas como son: 1) la comunicación de una elección; 2) la comprensión de la información; 3) la apreciación de la naturaleza y consecuencias de las distintas opciones terapéuticas; 4) la carencia de un proceso lógico en el proceso de toma de decisiones. (Berg, Jessica/Appelbaum, Paul S./Lidz, Charles W./Parker, Lisa S. *Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice.* Second Edition. Oxford University Press. New York, 2001, páginas 98 y ss.)

[1002] Un resumen de las distintas concepciones del término en castellano en Villagrán, José M./Luque, Rogelio. *Psicopatología descriptiva: nuevas tendencias.* Editorial Trotta, Madrid, 2000, páginas 389 a 419

la causa de que la decisión no lo sea y en qué medida radica en la incidencia del trastorno mental. En suma, hay que determinar si la enfermedad impide a la persona «autogobernarse» en este contexto específico y hasta qué punto. En ese proceso hay que ponderar autonomía y protección y para ello deben valorarse las habilidades del paciente para afrontar las demandas de la concreta decisión y el estado probable de riesgos y beneficios de tal elección. En los casos en que la balanza esté en punto de equilibrio debe prevalecer la autonomía debido a la presunción de capacidad[1003].

2. RECOMENDACIONES INTERNACIONALES Y PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE EL TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO

2.1. La Recomendación Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa

El capítulo III de las líneas directrices de la Recomendación concierne a las medidas involuntarias en contextos civiles y administrativos. Las medidas involuntarias en el ámbito penal se recogen en el artículo 34. La recomendación tiene gran importancia en la medida en que, como expresa en su preámbulo, el propósito es conseguir una gran unidad entre sus miembros, en particular a través de leyes de armonización sobre asuntos de interés común y teniendo en cuenta recomendaciones anteriores y los convenios para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950 y de derechos humanos y biomedicina de 1997 (Convenio de Oviedo). Por ello recomienda que los gobiernos de los Estados miembros adapten sus legislación y práctica a las directrices contenidas en la recomendación.

Debe tenerse en cuenta que cuando se habla de tratamiento involuntario, se hace referencia al que tiene lugar dentro o fuera de un centro de internamiento. Tanto de su precedente el *White Paper*[1004] como del memorándum[1005] se desprende ello expresamente[1006]. Los criterios y procedimientos que deben cumplirse

---

[1003] Grisso, Thomas y Appelbaum, Paul S. *Assessing Competente to Consent to Treatment...,* página 139

[1004] El apartado 3 del *White Paper* expresa en este sentido: «Una distinción ha de hacerse entre las razones legales para el internamiento y para el tratamiento involuntario. En otras palabras, esto significa que el internamiento como tal no significa que el paciente pueda en cualquier caso ser tratado contra su voluntad, *ni que el tratamiento involuntario deba inevitablemente requerir internamiento*». (El subrayado es mío.)

[1005] El memorándum expresa (párrafo 120): «Los criterios y procedimientos que deben cumplirse para que una persona sea sometida a una medida involuntaria son los mismos tanto si la persona está en la comunidad como en el hospital (haya entrado al hospital como paciente voluntario) al tiempo que la decisión es adoptada». Por otro lado, el párrafo 149 expresa: «La administración de tratamiento involuntario a una persona que resiste activamente no es recomendable fuera de un establecimiento médico».

[1006] Una visión general de la recomendación y sus antecedentes puede encontrarse en Kingdom, David/Jones, Roland/Lönqvist, Jouko. «Protecting the human rights of people with mental disorder: new recommendations emerging from the Council of Europe». En *British Journal of Psychiatry* (2004), 185, 277-279. El primero y el tercero de los autores formaron parte del grupo de trabajo del Consejo de Europa designado para la elaboración

para que una persona quede sujeta a una medida involuntaria son los mismos tanto en el caso de que la persona se encuentre internada como en el supuesto de que se halle en la comunidad. Las medidas involuntarias son aquellas que se realizan contra la voluntad actual de la persona afectada. No deben equipararse automáticamente con las medidas forzadas (una cosa es expresar el rechazo y otra no cumplir los términos de la medida). La proporción de pacientes sujetos a tratamiento involuntario que resisten activamente el tratamiento es pequeña [1007]. El principio de la alternativa menos restrictiva implica que deben extremarse las acciones tendentes a minimizar la coerción.

Aunque el internamiento y el tratamiento involuntario se encuentran regulados en el mismo artículo debido a la similitud de ambos procesos, la intención es que estas medidas sean consideradas de forma separada [1008]. Añadir, por último, que la recomendación tiene un apartado para aquellas personas que carecen de capacidad de decisión y no objetan el internamiento [1009]. Da la sensación de que la Recomendación no ha tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del denominado caso Bournewood [1010].

El artículo 18 establece los criterios para el tratamiento involuntario. Señala que una persona puede ser sometida a tratamiento involuntario sólo si reúne todas las condiciones siguientes:

a) La persona tiene un trastorno mental
b) La situación de la persona representa un considerable riesgo de daño para su salud o para otras personas
c) No hay disponibles medios menos intrusos para suministrar cuidados apropiados
d) La opinión de la persona afectada ha sido tomada en consideración

El artículo 19 establece los principios. El tratamiento involuntario debe:

a) Estar destinado a signos y síntomas clínicos específicos;
b) Ser proporcionado al estado de salud de la persona;
c) Formar parte de un plan de tratamiento escrito;
d) Estar documentado
e) Cuando sea conveniente, encaminarse a conseguir que el desarrollo del tratamiento sea aceptado por la persona tan pronto como sea posible

---

de las recomendaciones. En el trabajo expresan «the recommendations also apply to people who are treated involuntarily as out-patients».

[1007] Memorándum, párrafo 121

[1008] Memorándum, párrafo 150

[1009] Artículo 26 (párrafos 187 a 190 del memorándum)

[1010] ECHR (Fourth Section) *Case of H.L. v. The United Kingdom* (Application nº 45508/99). Strasbourg, 5 october 2004 (HUDOC). Interesante también es la lectura de la decisión de la Cámara de los Lores británica del caso en cuestión: House of Lords *In Re L (By His Next Friend Ge) (Respondent)* de 25 Junio de 1998 [1998] UKHL 24 (BAILII)

Además de lo anterior, el plan de tratamiento debe:

a) Cuando sea posible, ser elaborado consultando a la persona afectada y su abogado o representante, si lo hay;
b) Ser revisado en intervalos apropiados y, si es necesario, modificado, cuando sea posible consultando a la persona afectada y su abogado o representante, si lo hay.

Los Estados miembros deben asegurar que el tratamiento involuntario sólo tendrá lugar en un entorno apropiado.

El artículo 20 recoge el procedimiento para la toma de decisiones tanto para el internamiento como para el tratamiento involuntario. La decisión de someter a una persona a tratamiento involuntario debe tomarse por un tribunal u organismo competente. El tribunal u organismo debe:

a) Considerar la opinión del afectado
b) Actuar conforme a los procedimientos previstos por la ley fundados en el principio de que la persona afectada debe ser vista y escuchada

Sin embargo, la ley puede prever que cuando una persona sea sometida a tratamiento involuntario la decisión de someter tal persona a tratamiento sea tomada por un médico que posea los requisitos de competencia y experiencia, tras examen de la persona afectada y tomando en consideración su opinión

La decisión de someter a una persona a tratamiento involuntario debe documentarse e indicar el período máximo más allá del cual, conforme a la ley, debe revisarse. Esto sin perjuicio del derecho de la persona a revisiones y apelaciones conforme al artículo 25.

Antes de decidir sobre el tratamiento involuntario es necesario:

a) El examen de un médico que tenga los requisitos de competencia y experiencia y conforme a estándares profesionales válidos y fiables
b) El médico o el tribunal u organismo deben consultar estrechamente con la persona afectada, a menos que la persona rechace, sea imposible de hacer o inapropiado por otras razones
c) El representante de la persona debe ser informado y consultado

El artículo 21 recoge los procedimientos en los casos de internamiento y/o tratamiento involuntario en caso de urgencia. El artículo 22 recoge los derechos de información del paciente y de su representante.

El artículo 24 remite a las causas de finalización de la medida. El tratamiento involuntario debe cesar si cualquiera de los criterios para su aplicación ya no concurre. El médico a cargo será responsable de evaluar que cualquiera de los criterios ya no se cumple a menos que el tribunal haya reservado tal evaluación

del riesgo de serio daño a terceros para sí o para un organismo específico. Salvo que la finalización de la medida esté sometida a decisión judicial, el médico, la autoridad responsable y el organismo competente deberán poder actuar conforme a los anteriores criterios para terminar la medida.

El artículo 25 regula las revisiones y apelaciones que afectan a la legalidad de la medida. Los Estados deben asegurar que la persona sometida a tratamiento involuntario pueda ejercer eficazmente el derecho a:

a) Apelar contra la decisión
b) La revisión a intervalos razonables de la legalidad o continuidad de la medida por el tribunal
c) Ser oído en persona o a través de su abogado o representante en tales revisiones o apelaciones

Si la persona o el abogado o representante, si los hay, no solicitan tal revisión, la autoridad responsable debe informar al tribunal y asegurar que la legalidad y continuidad de la medida es revisada a intervalos regulares y razonables.

Los artículos 36 a 38 regulan el aseguramiento de la calidad, la evaluación y la estadística.

Del memorándum, destacamos que se hace hincapié, conforme al principio de la alternativa que dicha recomendación recoge en su artículo 8, que deben realizarse todos los esfuerzos para hacer posible la aceptación voluntaria del tratamiento o del internamiento que sean apropiados antes de la adopción de medidas involuntarias [1011]. Establece cautelas sobre el uso abusivo de medicación expresando que el plan de tratamiento debe incluir un amplio abanico de medidas terapéuticas y de rehabilitación (no sólo farmacológicas), de conformidad con el artículo 12 de la Recomendación [1012]. Por último, reseña que el ámbito del capítulo no impide el uso de medidas involuntarias en los casos en que una persona reiteradamente cambia su opinión acerca de si acepta o no la medida y como resultado un programa terapéutico regular no puede mantenerse, si los criterios y los procedimientos para la adopción de la medida han sido satisfechos [1013].

2.2. Posición de la Organización Mundial de la Salud

En el año 2005, se publicó un importante documento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, entre otros aspectos, hace referencia al tratamiento involuntario en la comunidad [1014]. Voy a detenerme exclusivamente a reseñar lo

[1011] Memorándum, párrafo 122
[1012] Memorándum, párrafo 145, 146 y 91
[1013] Memorándum, párrafo 126
[1014] World Health Organization. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation.* Geneva, 2005, páginas 57 y 58

que el citado documento de la OMS considera cuestiones clave[1015] sobre lo que denomina *Community-based involuntary care (community treatment orders) and community supervision orders:*

- Puede representar una alternativa menos restrictiva a la hospitalización involuntaria. Las exigencias procesales deben ser similares.
- La supervisión en la comunidad y la legislación de tratamiento deben ser introducidas sólo en el contexto de servicios de salud mental accesibles y de calidad que subrayen el cuidado y tratamiento voluntarios como opción preferida.
- Debe ser revisado regularmente y revocado cuando los criterios de imposición ya no se cumplan
- Las personas sometidas a tratamiento involuntario deben tener el derecho de apelar tal decisión.
- Debe ser considerado como una opción alternativa a la hospitalización involuntaria antes que como una alternativa al tratamiento voluntario en la comunidad

2.3. Presupuestos y principios de aplicación

Tanto el principio de respeto a la autonomía como su especificación en reglas morales son, como señalan BEAUCHAMP y CHILDRESS, *prima facie,* no absolutas. A pesar de que la obligación de respetar la autonomía es amplia, no incluye a las personas no autónomas[1016]. *Es un hecho comprobado que cuando la autonomía se lleva al extremo e intenta convertirse en un principio absoluto y sin excepciones, conduce a aberraciones no menores que las del paternalismo beneficentista*[1017].

¿Queremos decir con ello que las personas con enfermedad mental son personas no autónomas? Naturalmente que no. El examen del proceso histórico desarrollado a lo largo de la primera parte de este trabajo revela claramente cómo se ha evolucionado desde la creencia de una situación de incapacidad global por el simple hecho de la constatación de la enfermedad y de nula participación en

---

[1015] *Op. cit.*, páginas 57 y 58

[1016] *Op. cit.*, página120. Los autores siguen la terminología de W.D. Ross que distingue entre normas *prima facie* y normas *reales*. Una obligación es *prima facie* cuando debe cumplirse salvo si entra en conflicto con una obligación de igual o mayor magnitud. La obligación *real* del agente ante una situación concreta viene determinada por la ponderación entre las distintas obligaciones *prima facie* que han entrado en conflicto. Para que la infracción de una norma *prima facie* esté justificada es preciso: 1) que las razones que justifiquen la norma vencedora sean mejores que las que justifican la infringida; 2) que existen posibilidades reales de alcanzar el objetivo moral que justifica la infracción; 3) que no existen acciones alternativas moralmente preferibles; 4) que la infracción seleccionada es la más leve, proporcional al objetivo principal del acto; 5) que el agente intenta minimizar los efectos negativos de la infracción. Los autores, sin embargo, manifiestan que incluso con estas precauciones existirán dudas sobre qué norma debe prevalecer en caso de conflicto e incluso resulta inevitable la utilización de juicios intuitivos y consideraciones subjetivas (*Op. cit.*, páginas 29 a 33)

[1017] Gracia, Diego. *Fundamentos*... página 187

los procesos de adopción de decisiones en materia sociosanitaria a la fijación de criterios de excepcionalidad de tal declaración, graduación de la capacidad en los casos en que esta es declarada y determinación de áreas que quedan fuera de su ámbito en atención a intereses relevantes.

Ahora bien, esta línea de principio no significa que algunas personas con enfermedad mental sí que presenten situaciones de incapacidad, bien de forma persistente que precisen la declaración o bien en áreas específicas. Lo que estamos valorando aquí es un ámbito concreto de capacidad de decisión, el umbral y si las medidas de protección propuestas están justificadas y son adecuadas porque omitir la realización de una conducta cuando se debe y se puede también es incurrir en responsabilidad moral.

El objetivo de este epígrafe es consignar el marco jurídico mínimo que presentan estas medidas en el contexto de las sociedades democráticas. La medida está destinada a proteger pero entraña al mismo tiempo limitación de derechos. Como ya indicamos en epígrafes precedentes, el nacimiento de un ser humano determina su condición de sujeto de derecho, es decir, si se es persona, se tiene personalidad jurídica[1018]. Consustancial a ello es la titularidad y ejercicio de derechos. La restricción de la capacidad de tal ejercicio es excepcional y debe estar fundada. La determinación de los casos en que esto se produce es objeto de interpretación estricta. En este caso, además, estamos hablando de la restricción de un derecho fundamental. ¿Cuáles son, pues, los principios que permiten la adopción de una medida como la propuesta? Podemos hablar de dos básicos que contienen, a su vez, una larga serie de principios derivados: los principios de *legalidad* y de *prohibición del exceso* (o proporcionalidad en sentido amplio).

Es preciso que exista previsión de tal intervención en una norma con rango de ley, es decir, que se respete el *principio de legalidad*. Estamos hablando de una injerencia en derechos básicos que en una sociedad democrática sólo puede ser autorizada por una norma emanada de las Cámaras de representantes[1019]. Cuestión distinta es que la ley deba ser una específica sobre salud mental. Existen diferentes formas de legislar según los países, algunos contienen las normas dentro de la legislación general y otras han desarrollado leyes exclusivamente destinadas a regular los problemas de atención a la salud mental. Cada una de estas posiciones tiene ventajas e inconvenientes. Los inconvenientes de las normas singulares es que, al menos potencialmente, pueden reforzar el estigma y el prejuicio hacia las personas con enfermedad mental. Las ventajas es que, si la

[1018] El artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresan: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica».

[1019] Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 29.2 expresa: «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

legislación está dispersa, es difícil cubrir todos los aspectos relevantes en esta materia, algunos de los cuales son complejos y requieren una atención detallada. La Organización Mundial de la Salud estima que existen escasas evidencias que demuestren que un enfoque es mejor que el otro. Una dirección combinada que recoja en la legislación general los aspectos de salud mental y, asimismo, disponga de normas específicas sobre aspectos concretos es probablemente la mejor manera de atender a la complejidad de las necesidades del colectivo. Sin embargo, esta decisión depende de las circunstancias de cada país[1020].

El principio de legalidad no se agota en una perspectiva *formal* sino que abarca un contenido *material* que puede descomponerse, a mi juicio, en tres elementos:

> Primero.- *Principio de justificación teleológica*[1021]. La intervención debe obedecer a un *fin que la justifique* y que responda a la protección de intereses legítimos de rango constitucional y socialmente relevantes. El artículo 7 del Convenio de Oviedo recoge expresamente este fin: *la protección de la salud de las personas que sufren trastornos mentales*. El interés que se está protegiendo es la *salud*[1022], entendida en sentido

---

[1020] World Health Organization. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation.* Geneva, 2005, página 7. Conectado con lo anterior, y en el plano del derecho patrio, es de señalar que la doctrina más autorizada (Bercovitz – «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud» en *ADC* nº 4, 1984, pagina 972-, Cobreros Mendazona -*Los tratamientos sanitarios...*, páginas 407 y ss.- y, últimamente Barrios Flores –«El tratamiento involuntario: perspectiva jurídica». News. [Soc. Esp. Psiquiatr. Legal] 2005; 12. Disponible en Internet www.psiquiatrialegal.org/TratamientoAmbulatorioInvoluntario.pdf-) se ha pronunciado por la conveniencia de una legislación específica con el carácter de ley orgánica. También algunos psiquiatras han realizado manifestaciones en este sentido (así, Bousoño, Bobes y Garcia Prieto –«Regulación de la hospitalización forzosa», en la obra conjunta *Medio siglo de psiquiatría en España.* Madrid, 1992. Página 261-). Desde mi perspectiva, no tengo argumentos contrarios a la posición adoptada por nuestro Tribunal Constitucional. Desde la STC Pleno, S 13-2-1981, nº 5/1981 (rec. 189/1980, BOE 47/1981, de 24 febrero 1981. Pte: Tomás y Valiente, Francisco, EDJ 1981/5), el Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica y ello tanto en lo referente al término «desarrollar» como a «la materia» objeto de reserva. Se trata de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas. Más concretamente, se ha afirmado que requiere Ley Orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar. Este problema se planteó con el antiguo artículo 211 del Código Civil referente a la regulación del internamiento, afirmando el tribunal su constitucionalidad (STC Pleno, S 5-7-1999, nº 129/1999, rec. 19/1994, BOE 181/1999, de 30 julio 1999. Pte: Garrido Falla, Fernando, EDJ 1999/13066)

[1021] La denominación de este principio la hemos tomado del trabajo de Gónzalez-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* COLEX, Madrid, 1990, páginas 99 y ss.

[1022] Numerosos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho del ser humano a la salud. En el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios». El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene el artículo más exhaustivo del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del

amplio, es decir, como lo hace la Organización Mundial de la Salud en su Constitución: «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades».[1023] El propio documento citado señala que «el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano». Por otro lado, afecta a la protección de un colectivo que se considera especialmente necesitado de protección. Hablamos

artículo 12 del Pacto, los Estados Partes reconocen «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», mientras que en el párrafo 2 del artículo 12 se indican, a título de ejemplo, diversas «medidas que deberán adoptar los Estados Partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho». Además, el derecho a la salud se reconoce, en particular, en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

[1023] La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados *(Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé,* 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en Internet en la página web de la Organización Mundial de la Salud. http://www.who.int/governance/es/ El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al «más alto nivel posible de salud física y mental» no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano. (Organización de las Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general Nº 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/2000/4 11 de agosto de 2000, disponible en Internet: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument). La primera Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud dio como resultado la Declaración de Alma Ata (antigua Unión Soviética) de 12 de septiembre de 1978, donde se estableció la meta de «salud para todos en el año 2000» y se delineó un plan de acción mundial centrado en la atención primaria de salud como elemento clave para alcanzar la meta planteada. La Declaración, en su apartado I, reafirma con decisión, que «la salud, estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otos sectores sociales y económicos, además del de la salud». (Organización Mundial de la Salud. *Informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, 6-12 septiembre de 1978.* Serie «Salud para todos» nº 1. Ginebra, 1978. Disponible en Internet (http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf)

de la protección de personas que pertenecen a un grupo vulnerable debido a que, por razón de un trastorno mental, pueden tener limitada su autonomía. Ahora bien, la medida responde a la *protección de un interés individual*[1024] y ello determina que la protección dispensada debe redundar en el *beneficio directo*[1025] de la persona afectada lo que implica tender a una mejora de su calidad de vida y lograr un beneficio clínico real y no sólo un efecto sobre la situación administrativa, penal, familiar u otra situación en que pueda verse inmerso el paciente. Ambas ideas son patrimonio común de todas las legislaciones y, en nuestro país, se encuentran recogidas en los artículos 43 y 49 de la Constitución.

Segundo.- *Principio de tipicidad*. El supuesto de hecho, es decir las situaciones concretas para las que procede la intervención, debe venir definido en norma que tenga rango de ley. El Convenio de Oviedo hace expresa referencia al mismo al estimar dos situaciones: a) riesgo para la salud grave y b) trastorno mental grave. La actuación debe responder a una *situación de riesgo* y no de cualquier riesgo sino de un riesgo *grave* para la salud de la persona. La situación de riesgo ha de ser *objetiva*, es decir, claramente constatable y apreciable conforme a unos criterios de validez general. Sin embargo, es importante a la hora de valorar lo que se considera riesgo realizar una corrección *subjetiva* fundada en el sistema de valores de la persona afectada. La asunción de riesgos tiene un componente personal y lo que se define por calidad de vida también. El respeto de los deseos y opiniones del afectado determina que estos deberán ser averiguados en la medida de lo posible y deberán ser objeto de consideración. En epígrafes precedentes se examinaron los problemas que planteaba la definición de lo que constituía «trastorno mental». El artículo del Convenio de Oviedo acota la definición al exigir que este sea grave, implicando que sea precisa la constatación de la disminución de las facultades mentales de la persona afectada. Hablamos, pues, de personas que tienen limitada su autonomía o, si se prefiere, su capacidad de autogobierno. Lo anterior implica la medición y acreditación de que la capacidad de la persona no alcanza el umbral a partir del que se estima que la decisión no es autónoma. Ello debe responder a criterios objetivos (claramente constatables), materiales (determinables conforme a los criterios de la ciencia médica) y no centrados en los potenciales

[1024] El artículo 2 del para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE 251/1999, de 20 octubre 1999 Ref Boletín: 99/20638) expresa, en este sentido: «el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia»

[1025] El artículo 6.1 del Convenio precitado establece: «A reserva de lo dispuesto en los arts. 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo».

resultados perjudiciales de la decisión sino en la racionalidad del proceso lógico de adopción de la misma.

Tercero.- *Previsión de condiciones de protección*. A ellas se refiere expresamente el artículo 7 del Convenio al establecer que la intervención se realizará «a reserva de las condiciones de protección *previstas por la ley*, que comprenda procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso». Supervisión (entendida en su acepción literal de «ejercicio de inspección superior en trabajos realizados por otros») y control (entendido en su acepción literal de «comprobación, inspección, fiscalización, intervención»), son términos que pueden considerarse sinónimos. Existen diferentes sistemas de control como pueden ser, sin ánimo exhaustivo, las normas deontológicas y disciplinarias en el ámbito del personal sanitario, la obligación de documentar las actuaciones en los historiales clínicos, la creación de comisiones tales como los comités de ética, la importancia del seguimiento estadístico, la elaboración de criterios de calidad, la existencia de servicios de inspección o de organismos como el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo. Existe un amplio margen para el establecimiento de este tipo de controles. Si bien la *garantia de acceso a un tribunal independiente e imparcial* o a un *recurso efectivo*[1026] es, probablemente, la más importante, no es la única. Es, sin duda, en el ámbito de la previsión del recurso donde se aprecia una mayor diversidad de soluciones en el ámbito del derecho comparado ya que, aunque en todos los sistemas existe el acceso a un tribunal independiente, no necesariamente este último está integrado en el sistema judicial (sin perjuicio de que las resoluciones de este tipo de tribunales puedan tener acceso finalmente al sistema jurisdiccional). El procedimiento está sometido al principio de legalidad y las decisiones a adoptar deben ser razonadas. La motivación de las resoluciones es un elemento importante a tener en cuenta pues no sólo debe configurarse como un deber genérico sino como una garantía de plasmación de los elementos que han determinado el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucional protegido y perseguido del cual se deduce la necesidad de la intervención.

El segundo principio reseñado, *principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad en sentido amplio*, implica que, en ningún caso, la práctica de la medida puede llevar a una aplicación que entrañe una desviación contraria al fin de protección[1027]. Puede subdividirse este principio en otros tres:

[1026] Artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

[1027] Sería un ejemplo de exceso el reseñado en el principio 10.1 de los Principios de Naciones Unidas de 1991, es decir, si una medicación propuesta, que sólo debe dirigirse a fines terapéuticos o de diagnóstico, se administrara como castigo o para conveniencia de terceros. Sobre el principio de proporcionalidad remitimos a la obra de Nicolás González-Cuéllar anteriormente citada.

Primero.- *Principio de idoneidad*. La medida debe ser adecuada, es decir, que conforme al estado de la ciencia médica y los medios disponibles, razonablemente se pueda estimar que va a obtenerse un resultado positivo. Para ello debe atenderse a exigencias de tipo *cualitativo* que atienda a las circunstancias concretas de cada individuo (personales, de su entorno familiar o de relación y del medio donde se desarrolla), de los servicios disponibles y del factor tiempo (en principio, la atención debe ser inmediata si se constata un riesgo dado que no puede demorarse la respuesta y continua, es decir, que debe durar hasta que cese la causa que la motiva). Por otro lado también existen unas exigencias de tipo *cuantitativo* que atienden a su duración e intensidad en el tiempo y determinan sistemas de revisabilidad periódica de las medidas que permiten su modificación o cesación[1028].

Segundo.- *Principio de necesidad o de la alternativa menos restrictiva*[1029]. Este principio implica que, entre las alternativas disponibles, no exista otra que sea menos restrictiva e igual o más adecuada para los propósitos perseguidos. En este caso hablamos de una comparación entre las diversas medidas disponibles para determinar la elección de la menos lesiva que sea apta para lograr los fines propuestos.

Tercero.- *Principio de proporcionalidad en sentido estricto*. Hablamos del sacrificio de un derecho fundamental en aras a una exigencia de protección de un interés constitucional relevante. Para determinar si es necesario tal sacrificio es necesario realizar un *juicio de ponderación* o, si se prefiere, de puesta en la balanza de los intereses en conflicto que debe dar lugar a que claramente se observe que el omitir la actuación supondría que la situación sería atentatoria a la dignidad de la persona, columna vertebral de los derechos fundamentales[1030]. Ahora bien, aún siendo patente la necesidad del sacrificio, en la aplicación

---

[1028] Uno de los principios aceptados por la Organización Mundial de la Salud es el del establecimiento de un mecanismo automático de revisión periódica de la medida en los casos de decisiones que impongan un tratamiento en materia de salud mental de larga duración. La revisión tiene que tener lugar de forma automática, a intervalos razonables (por ejemplo, cada seis meses) y deben ser dirigidas por un organismo adecuado (por ejemplo, judicial). *WHO. Mental Health Care: Ten Basic Principles*. Ginebra, 1996, Principio nº 8

[1029] Recogido en los principios de Naciones Unidas de 1991 (artículo 9.1 que expresa: «todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros») y en los 10 principios básicos de la OMS de 1996 (principio 4) que establece los siguientes factores de consideración en la implantación del principio: naturaleza del trastorno mental, los tratamientos disponibles, el nivel personal de autonomía, la cooperación y aceptación del afectado y el riesgo potencial para el afectado y para terceros. La Rec(2004)10 lo incluye expresamente en su artículo 8.- Principio de la alternativa menos restrictiva.- Las personas con trastornos mentales tienen derecho a ser asistidas en el entorno menos restrictivo disponible y con el tratamiento menos restrictivo o intruso disponible, tomando en consideración sus necesidades de salud y la necesidad de proteger la seguridad de terceros. (la traducción es mía)

[1030] Así, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa reconoce que «todos los miembros de la familia humana poseen unos derechos iguales e inalienables y que «estos derechos se derivan de la dinidad inherente a la persona humana»:

de la medida elegida, las *injerencias* en los derechos fundamentales afectados deben ser las *mínimas* posibles, es decir, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable y, en todo caso, respetar su contenido esencial, si tal derecho aún puede ejercerse. Por ello es siempre preciso, durante todo el curso de la medida, potenciar al máximo la motivación y voluntariedad del afectado, utilizando los mecanismos coercitivos sólo cuando resulte necesario.

3. FORMAS DE IMPOSICIÓN DE TRATAMIENTO INVOLUNTARIO AMBULATORIO BAJO CONTROL DE TRIBUNALES

3.1. Medidas vinculadas al internamiento

3.1.1. Libertad a prueba

En Europa se conocen fórmulas de suspensión de internamiento bajo condiciones desde antiguo. Así, en nuestro país, se realizó una consulta por la Diputación Provincial de Zaragoza para concesión de *licencias temporales a los alienados recluidos en el manicomio*, previo informe favorable del Director facultativo del Asilo y a petición de parte interesada y bajo su responsabilidad debido a que el sistema se practicaba en otros manicomios nacionales y extranjeros y que la regulación contenida en el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 no establecía previsiones sobre la misma, dando lugar a la publicación de la R.O. de 2 de agosto de 1902 [1031] que admitió el parecer del Consejo de Estado de que dichas licencias temporales podían concederse con determinados requisitos, distinguiendo entre aquellos internos que hubieran sido incapacitados y aquellos que no lo hubiesen sido [1032] [1033].

[1031] Gaceta de Madrid de 11 de agosto de 1902, núm 223, página 632.

[1032] Más restrictiva se mostró, posteriormente, la Real Orden de 1 de junio de 1908 (Gaceta de Madrid de 2 de junio, núm. 154, página 1053) que expresó que «en ninguna clase de Manicomios se accederá a la concesión de licencias temporales á los presuntos dementes que se hallen en observación, salvo en casos muy excepcionales, cuando á juicio de los Facultativos que practiquen la observación y bajo su más estrecha responsabilidad, sea indispensable para el tratamiento médico del enfermo que se autorice la salida; debiendo entonces dar cuenta de ella anticipadamente á las Autoridades civil y judicial que hubieran entendido ó que pudieran entender en el expediente de incapacidad»

[1033] Críticamente, Casamada expresaba que existían dos extremos que debían suprimirse, en primer lugar, la autorización del Gobernador civil exigida para la licencia temporal de salida desde el momento en que la reclusión era potestativa cuando la familia se prestaba a la asistencia del alienado dado que sólo era obligatoria para los casos de procesamiento o condena al contraer la enfermedad que se hallaban sujetos a las prescripciones del Real Decreto de 1 de septiembre de 1897 y, por otro lado, que para instar el reingreso se exigiera la declaración judicial de la incapacidad civil por demencia, cosa completamente distinta de la autorización del Juzgado que era precisa para la reclusión de un alienado ya sometido una vez a observación en un manicomio. (*Op. cit.*, páginas 44 y 45.)

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

En el Decreto de 3 de julio de 1931 [1034] se recogió un precepto que autorizaba el control sanitario fuera del hospital. Nos referimos al artículo 30 [1035], que distinguía entre permisos o licencias temporales (hasta tres meses) y salidas provisionales excepcionales (hasta dos años), que se sometían a tres condiciones: 1) readmisión sin necesidad de formalidad alguna; 2) obligación de los familiares de remitir una relación mensual del estado del enfermo al Médico Director del Establecimiento; 3) posibilidad del personal médico de visitar al paciente sin que los familiares puedan negarse a ello [1036].

Parece que este sistema no tuvo mucho éxito. El artículo 31 del Decreto expresaba que, si la familia no se presentaba a recoger al paciente en el término de cuatro días siguientes a la notificación de la licencia temporal (o del alta, en su caso), seria entregado a la Autoridad gubernativa para conducción al domicilio familiar. Una circular de 23 de diciembre de 1931 [1037] advertía de que se habían recibido numerosas consultas debido a que las familias no acudían a recoger a los enfermos dados de alta o con licencia temporal. El Consejo Superior Psiquiátrico estimó que era más adecuado que el Gobierno Civil, al recibir la comunicación del Director Médico, trasladase a la familia la noticia de forma oficial, participándole que si no se presentaba en el plazo de una semana, el paciente acompañado de un enfermero sería enviado al lugar de residencia y tendrían que abonar los gastos del traslado y que, en el caso de que el enfermo perteneciera a la beneficencia, los gastos correrían a cargo del respectivo Ayuntamiento, que sería notificado al mismo tiempo que la familia.

Críticamente, BERCOVITZ, expresaba el desconocimiento de los redactores del Decreto sobre las obligaciones familiares ya que exigían, sin concreción del círculo familiar al que se referían, el deber de hacerse cargo del enfermo cuando el Código Civil sólo impone el deber de alimentos porque el Decreto parte de una falsa suposición de equivalencia entre internamiento e incapacidad en aras a una mayor eficiencia médica. Por otro lado, insistía en las carencias en los sistemas de asistencia social que imposibilitaban la reinserción social del enfermo [1038].

[1034] Gaceta de Madrid de 7 de julio de 1931. Aranzadi, marginal 640

[1035] El precepto establecía: «Cuando el Médico Director de un Establecimiento psiquiátrico oficial o privado lo considere oportuno, podrá conceder como ensayo permisos o licencias temporales, que no podrán exceder de tres meses. En casos excepcionales también podrá conceder salidas provisionales de una duración máxima de dos años, al final de cuyo plazo se canjearán por el alta extendida en documento especial por el Director. Las condiciones de estos permisos o salidas provisionales son: a) Los enfermos que salen del establecimiento en estas condiciones podrán ser readmitidos sin formalidades de ninguna clase. b) Sus familiares están obligados a remitir al Médico Director del establecimiento una relación mensual del estado del enfermo. C) No podrán negarse los familiares del paciente a que éste pueda ser visitado por el personal médico del establecimiento o sus representantes si el Director del mismo lo estimase oportuno para el buen conocimiento de la psicosis del paciente».

[1036] Chacón señala que estaban excluidos de este régimen los enfermos en observación y los ingresados por orden judicial (*Op. cit.*, página 117)

[1037] Gaceta de 6 de enero de 1932, Ar. marginal 18

[1038] Bercovitz, Rodrigo. *La marginación…* páginas 166 y 167

En el momento actual, derogado el Decreto por la Ley de reforma del Código Civil en 1983, no se conoce una forma similar en nuestro Derecho.

También la derogada ley italiana de 14 de febrero de 1904 (artículo 3, párrafo 5) recogía disposiciones semejantes[1039]. Importante es reseñar que el Tribunal de Garantías Constitucionales italiano estimó que el artículo de la ley de 1904 era constitucional en Sentencia de fecha 20 de junio de 1968[1040]. Aunque estas fórmulas han desaparecido de Italia y España, son muy frecuentes en el Derecho comparado.

En Francia el vigente artículo L.3211-11 del *Code de la santé publique* recoge una forma de suspensión condicionada del internamiento denominada *sortie d'essai*[1041].

Implican un seguimiento médico y su duración no puede exceder de tres meses, aunque son renovables. El procedimiento varía según el modo de hospi-

---

[1039] El texto expresaba: «Il direttore del manicomio può ordinare il licenziamento in via di prova dell'alienato che abbia raggiunto un notevole grado di miglioramento e ne darà inmediatamente comunicazione al procuratore del Re e all'autorità di pubblica sicurezza».

[1040] Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza 74/1968 de 20 de junio de 1968 Pubblicazione in «Gazz. Uff.le» n. 170 del 6 luglio 1968. Señala la sentencia: «Considerato in diritto: [...] 7. - Non e' fondata la questione concernente il potere del direttore dell'ospedale psichiatrico di licenziare in via di prova il ricoverato che abbia raggiunto un notevole grado di miglioramento (art. 3, quinto comma, legge succitata). La norma e' preordinata al fine di permettere all'infermo di riacquistare la sua liberta', sia pure in prova, subito dopo che si e' constatato il miglioramento, e non si intende perche' la misura debba essere disposta dal giudice, dato che presuppone la verifica, sotto la responsabilita' del direttore dell'ospedale, della persistenza del miglioramento constatato, nel contesto di un ritorno dell'infermo alla sua vita ordinaria. Un procedimento giudiziario, nell'ipotesi, non puo' che ritardare il riacquisto di quella liberta' che non deve essere per nessuna ragione differito, ove si manifesti opportuno e utile [...] PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE [...] dichiara non fondate le questioni di legittimita' costituzionale proposte dal Tribunale di Ferrara con le ordinanze del 30 luglio e 18 agosto 1966 in ordine: [...] c) all'art. 3, quinto comma, della medesima legge e alle altre disposizioni di essa cui non si riferisce la dichiarazione di illegittimita' costituzionale che precede, in riferimento all'art. 13, primo, secondo e terzo comma, della Costituzione».

[1041] «Article L3211-11.- Afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, les personnes qui ont fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office peuvent bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sorties d'essai, éventuellement au sein d'équipements et services ne comportant pas d'hospitalisation à temps complet mentionnés à l'article L. 6121-2./ La sortie d'essai comporte une surveillance médicale. Sa durée ne peut dépasser trois mois; elle est renouvelable. Le suivi de la sortie d'essai est assuré par le secteur psychiatrique compétent./ La sortie d'essai, son renouvellement éventuel ou sa cessation sont décidés : 1° Dans le cas d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, par un psychiatre de l'établissement d'accueil ; le bulletin de sortie d'essai est mentionné par le directeur de l'établissement et transmis sans délai au représentant de l'Etat dans le département ; le tiers ayant fait la demande d'hospitalisation est informé; 2° Dans le cas d'une hospitalisation d'office, par le représentant de l'Etat dans le département, sur proposition écrite et motivée d'un psychiatre de l'établissement d'accueil» (LEGIFRANCE) *La Loi nº 2002-303 du 4 mars 2002 art. 19 I 1º (Journal Officiel du 5 mars 2002)* ha introducido el artículo L3211-11-1 que permite salidas terapeúticas (denominadas de corta duración) de hasta 12 horas para las personas hospitalizadas sin consentimiento acompañadas de personal del hospital. El proyecto de ley indicaba que este artículo legaliza las salidas acompañadas de corta duración, que constituyen una práctica utilizada corrientemente y que convenía subrayar que las disposiciones sobre *sorties d'essai* no podían ser utilizadas como fundamento legal para estas salidas de corta duración porque las *sorties d'essai* constituyen adaptación de las condiciones de tratamiento en aras de una reinserción y que preceden en general al fin de la hospitalización sin consentimiento *(Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 septembre 2001).* Este último tipo de salidas no pueden considerarse formas de tratamiento ambulatorio involuntario al estar completamente circunscritas al período de internamiento.

talización involuntaria adoptado. Si lo fue *a demanda de un tercero*, la adopción, renovación y cese corresponden al psiquiatra del establecimiento de acogida y el boletín será visado por el director del establecimiento y comunicado sin demora al representante del Estado en el Departamento, informándose al tercero que haya formulado la demanda de hospitalización. Si lo fue *de oficio*, la adopción, cese y renovación se realizan por el representante del Estado en el Departamento, bajo propuesta escrita y motivada de un psiquiatra del establecimiento de acogida.

Sin embargo, aunque la renovación y la cesación tienen que realizarse conforme a las normas propias de la adopción, BOUMAZA expresa que, en la práctica, si existe urgencia en la reintegración del paciente en hospitalización de oficio, el facultativo puede realizarla sin necesidad de decisión del representante del Estado en el Departamento[1042]. La previsión legal de estas salidas no llegó sino hasta la ley de 27 de junio de 1990[1043]. Con anterioridad se trataba de una práctica extra legal relativamente frecuente contenida por primera vez en un reglamento interior de 1938 (artículo 193) desarrollándose posteriormente en la Circular de la Dirección General de Sanidad de 1957[1044]. BOUMAZA[1045] señala que estas salidas, cuyos resultados beneficiosos no son objeto de duda hoy día, dieron lugar a un duro contencioso sobre los elementos de responsabilidad en el caso de perjuicios causados a terceros o al interesado.

La decisión médica se apoya en una multiplicidad de parámetros que intentan garantizar la existencia de un soporte exterior mínimo, la posibilidad de acogida por la familia, el respeto del seguimiento médico fuera del hospital, el estado clínico de la persona afectada… En opinión de BOUMAZA, las salidas son una modalidad de tratamiento subutilizadas debido a los problemas que genera la determinación de la responsabilidad por daños causados durante el curso de la salida, lo que explica las resistencias de los profesionales que prefieren las soluciones más convencionales (hospitalización voluntaria, hospitalización de día o de noche…). BOUMAZA también expresa que la rehabilitación de esta modalidad terapéutica debe pasar por el abandono de la práctica de la prolongación por renovación sistemática[1046].

Para Inglaterra y Gales, la *Mental Health Act* de 1983 (artículo 17) también recoge la posibilidad, dentro del mismo internamiento, de permisos de salida (*leave*

[1042] Boumaza, Assia. *Op. cit.* Vol. I, página 167

[1043] Ley 90-527 de 27 de junio (*Journal Officiel* de 30 de junio de 1990). Originalmente se introdujo en el artículo L.350 del *Code de la santé publique*. La reforma realizada por la *Ordonnance 2000-548* de 15 de junio (*Journal Officiel nº 143,* de 22 de junio de 2000) mantiene la anterior redacción en el vigente artículo L.3211-11 con la diferencia de que *le Préfet* es actualmente sustituido por *le representant de l'Etat dans le département* y que los equipos y servicios son los mencionados en el artículo L.6121-2.

[1044] *Circulaire DGS/HS, nº 476-7 du 4 juin 1957 portant sur l'organisation des sorties d'essai dans les hôpitaux psychiatriques*

[1045] Boumaza, Assia. *Op. cit.* Vol. I, páginas 164 y 165

[1046] Boumaza, Assia. *Op. cit.* Vol. I, páginas 167 y 168. En el mismo sentido, reseñando la duración exagerada de las sorties d'essai, PIEL, Eric/Roelandt, Jean-Luc. *De la Psychiatrie vers la Santé Mentale*. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité. Ministère délégue à la santé. Rapport de Mission-Juillet 2001, página 24

of absence)[1047] como parte de un programa gradual para reintroducir al paciente en la comunidad, bajo la perspectiva de ser un paciente internado preparado para el retorno y no un paciente externo[1048]. El paciente sometido a permiso, no obstante, no puede ser tratado contra su voluntad en el medio externo sino sólo cuando ha sido hospitalizado[1049].Lo cierto es que esta forma es la que, de hecho, se utiliza como forma de tratamiento involuntario en la comunidad[1050].

Los permisos de salida pueden utilizarse para momentos específicos o para un período de prueba. La salida puede someterse a condiciones como, por ejemplo, vivir con una persona determinada o en un lugar determinado, ser paciente en otro hospital, recibir visitas de un trabajador social y asistir a tratamiento médico. Una condición específica que se menciona en la ley es que el *Responsible Medical Officer* puede señalar que el paciente permanezca en la custodia de un funcionario determinado del personal del hospital u otra persona autorizada por escrito por la dirección del hospital. La *Care Standards Act 2000* faculta a las *care home* (Section 2.6) registradas para aceptar a este tipo de pacientes sin necesidad de acreditarse como hospital pese a ser susceptibles de detención[1051].

El período máximo que puede alcanzarse es el de un año[1052]. El Ministerio de Sanidad británico expresa que el *extended leave* debe aplicarse de acuerdo con los principios del *care programme approach.* Particularmente debe siempre de-

---

[1047] «*Leave of absence from hospital.* 17 (1) The responsible medical officer may grant to any patient who is for the time being liable to be detained in a hospital under this Part of this Act leave to be absent from the hospital subject to such conditions (if any) as that officer considers necessary in the interests of the patient or for the protection of other persons. (2) Leave of absence may be granted to a patient under this section either indefinitely or on specified occasions or for any specified period; and where leave is so granted for a specified period, that period may be extended by further leave granted in the absence of the patient. (3) Where it appears to the responsible medical officer that it is necessary so to do in the interests of the patient or for the protection of other persons, he may, upon granting leave of absence under this section, direct that the patient remain in custody during his absence; and where leave of absence is so granted the patient may be kept in the custody of any officer on the staff of the hospital, or of any other person authorised in writing by the managers of the hospital or, if the patient is required in accordance with conditions imposed on the grant of leave of absence to reside in another hospital, of any officer on the staff of that other hospital. (4) In any case where a patient is absent from a hospital in pursuance of leave of absence granted under this section, and it appears to the responsible medical officer that it is necessary so to do in the interests of the patient's health or safety or for the protection of other persons, that officer may, subject to subsection 5 below, by notice in writing given to the patient or to the persons for the time being in charge of the patient, revoke the leave or absence and recall the patient to the hospital. (5) A patient to whom leave of absence is granted under this section shall not be recalled under subsection 4 above after he has ceased to be liable to be detained under this Part of this Act» (Jones, Richard. *Mental Health Act Manual.* 8th edition. Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2003, páginas 109 y 110)

[1048] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003, páginas 412 y ss.

[1049] *R v The Managers, Warley Hospital [BHB Community Healthcare NHS Trust] Taylor [Dr. Jason] ex parte Barker.* High Court of Justice (Queen's Bench Division) Nº CO/769/98 CO/772/98, 11 de mayo de 1998. Pte. Justice Richards (BAILII)

[1050] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Op. cit.*, página 566

[1051] Jones, Richard. *Op. cit.*, página 114

[1052] Barlett y Sandland ponen de relieve que tras el caso *R v Hallstrom, ex p. W; R v Gardner, ex p. L [1986] 2 All ER 306 (DC)* se puso fin a la práctica de renovación sistemática que permitía el tratamiento involuntario en la comunidad sin límites temporales (*Op. cit.*, página 413).

signarse un trabajador social y negociarse un plan de tratamiento con el paciente consensuado con el equipo de profesionales y servicios afectados[1053]. El paciente bajo permiso se beneficia de las previsiones de cuidados posteriores (*after care*) regulados en el artículo 117 de la Ley.

Aunque parezca que es posible la administración de tratamiento sin consentimiento en la comunidad, el *Code of Practice* (para. 20.7) señala que sólo permite la revocación del permiso y el regreso del paciente al hospital. Los poderes de revocación por parte del RMO están contenidos en el apartado 4 del artículo 17 y le confieren una gran discrecionalidad (que sea necesario para el interés de la salud del paciente o para la seguridad o protección de terceros). El *Code of Practice* señala que deben considerar seriamente las razones para la revocación, incluyendo el efecto de la misma sobre el paciente y que el rechazo de la medicación, por sí mismo, por ejemplo, no debe ser causa para acordarla (para.20.11)[1054].

En Portugal, la Ley 36/98, de 24 de julio de Salud Mental (*Lei de Saúde Mental*) también ha incorporado, en su artículo 33, una forma de suspensión condicionada de internamiento (*Substituiçao do internamento*)[1055]. La sustitución depende de la expresa aceptación del internado de las condiciones fijadas por el psiquiatra, sabiendo que, si incumple, se retomará el internamiento. La norma no establece plazo máximo de duración ni de revisión. Ahora bien, en la medida en que la sustitución no determina el archivo del proceso de internamiento, su régimen de revisión por el tribunal (obligatoriamente, cada dos meses, y, en cualquier tiempo, cuando fuese invocada existencia de causa de cesación, de conformidad con el artículo 35) y cesación (cuando no concurran sus presupuestos, conforme al artículo 34 de la ley) sigue siendo aplicable.

En opinión de LATAS y VIEIRA, este es uno de los puntos más importantes de la ley en la medida en que permite en Portugal el denominado *outpatient commitment*. Aunque muchos psiquiatras entienden deseable que la norma hubiera previsto una mayor amplitud y autonomía, la Ley 36/98 sólo lo permite cuando existe una situación de internamiento en curso. La decisión es exclusivamente médica que será adoptada por el facultativo que le asiste en el internamiento aunque será otro psiquiatra el que le atenderá en la consulta ambulatoria y el que deberá, en su caso, comunicar el incumplimiento al tribunal competente. Es práctica común la elaboración de una nota de alta o carta con información clínica dirigida al médico

---

[1053] JONES, Richard. *Op. cit.*, página 116. Véase también artículo 20.5 del Code of Practice que puede consultarse en dicha obra en la página 735.

[1054] JONES, Richard. *Op. cit.*, páginas 735 y 736

[1055] «Artigo 33.º *Substituição do internamento*.- 1 - O internamento é substituído por tratamento compulsivo em regime ambulatório sempre que seja possível manter esse tratamento em liberdade, sem prejuízo do disposto nos artigos 34.º e 35.º 2 - A substituição depende de expressa aceitação, por parte do internado, das condições fixadas pelo psiquiatra assistente para o tratamento em regime ambulatório. 3 - A substituição é comunicada ao tribunal competente. 4 - Sempre que o portador da anomalia psíquica deixe de cumprir as condições estabelecidas, o psiquiatra assistente comunica o incumprimento ao tribunal competente, retomando-se o internamento. 5 - Sempre que necessário, o estabelecimento solicita ao tribunal competente a emissão de mandados de condução a cumprir pelas forças policiais».

que asistirá en régimen ambulatorio para que tenga acceso a la información clínica, a las vicisitudes ocurridas en el hospital y a las características del tratamiento propuesto. Es habitual también que la comunicación al tribunal sea suscrita por dos psiquiatras uno de los cuales no asiste al internado. Aunque la aceptación no exige requisitos de forma en la ley, es práctica común realizarlo en forma escrita, sobre todo para fijar de forma clara las condiciones del psiquiatra asistente cuyo incumplimiento puede determinar el retorno a la situación de internamiento. La revocación y retorno a la situación de internamiento no exige nueva decisión del tribunal pero el psiquiatra tendrá que verificar que se cumplen nuevamente los requisitos exigidos por la ley para el internamiento. Si es necesaria la conducción, debe solicitarse al tribunal los mandamientos de conducción policial[1056].

En la República Federal Alemana, el artículo 70k de la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria (*Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit)* recoge, una fórmula similar denominada «suspensión del internamiento» (*Aussetzung der Unterbringung*)[1057]. Contempla que el Juzgado puede suspender la ejecución del internamiento y vincularla al cumplimiento de determinadas condiciones. La duración no debe sobrepasar los 6 meses pero puede ser prorrogada hasta un año. Si el afectado no cumple las condiciones o su estado lo exige, el Juzgado puede revocar la suspensión.

El procedimiento para la suspensión y su revocación exige la audiencia de determinados parientes[1058] e instituciones (entre las que se incluye el Director de la Institución donde el afectado reside y a la autoridad administrativa competente). El derecho regional puede contemplar que se otorgue audiencia a otras personas y autoridades.

Como ya se explicó en epígrafes precedentes, en la República Federal Alemana existen dos fuentes en lo que concierne a los internamientos involuntarios, la derivada de los preceptos referentes a la guarda legal (*Betreuung*) existentes en el Código Civil Alemán (*Zivilrechtliche Unterbringung-BGB*) y la contenida en las diferentes leyes regionales sobre internamiento de enfermos mentales (*Öffentlichrechtliche Unterbringungsgesetze der Länder*)[1059]. En la mayoría de los *Ländern* se

---

[1056] Latas, António Joao/Vieira, Fernando. *Notas e comentários à Ley de Saúde Mental.* Coimbra Editora, 2004, páginas 183 a 186

[1057] FGG. Zweiter Abschnitt (Vormundschafts-, Familien-, Betreuungs- und Unterbringungssachen). IV. Unterbringungssachen. § 70k.- (1) Das Gericht kann die Vollziehung einer Unterbringung nach § 70 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 aussetzen. Die Aussetzung kann mit Auflagen verbunden werden. Die Aussetzung soll in der Regel sechs Monate nicht überschreiten; sie kann bis zu einem Jahr verlängert werden. (2) Das Gericht kann die Aussetzung widerrufen, wenn der Betroffene eine Auflage nicht erfüllt oder sein Zustand dies erfordert. (3) Für die Verfahren über die Aussetzung und ihren Widerruf gilt § 70d entsprechend

[1058] El/la consorte del afectado, cuando no estén separados de hecho; la pareja de hecho, salvo que ya no convivan juntos; a los padres o hijos que convivan o hayan convivido con el afectado al inicio del proceso; al guardador legal —*Betreuer*—; a una persona de confianza designada por el afectado (recogidos en el artículo 70d FGG)

[1059] Seguidamente, se hace una reseña de todas las disposiciones de los Länder alemanes. En todo este epígrafe, las referencias a las normas han sido realizadas por consulta directa. En el caso de la República Federal Alemana no me ha sido posible el examen directo de las 16 normas. He recurrido en algunos casos al trabajo de Bohnert, Cornelia, *Unterbringungsrecht,* Verlag C.H. Beck, München, 2000, páginas 14 a 35. Por

regulan las condiciones y el procedimiento en las leyes sobre ayudas y medidas terapéuticas para los pacientes mentales (*PsychKG*) pero todavía existen en vigor leyes que regulan exclusivamente el internamiento en cuatro regiones (*Baden-Württemberg*, *Bayern*, *Hessen*, *Saarland*)[1060].

El artículo 70k es norma general dado que la FGG tiene aplicación en todo el Estado. Normas particulares sobre el artículo 70k FGG se encuentran en las siguientes leyes regionales: Bremen (artículo 40), Hamburgo (artículo 26), Niedersachsen (artículo 28), Nordhein-Westfalen (artículo 29), Rheinland-Pfalz (artículo 31.5), Sajonia (artículo 34.3), Turingia (artículo 29.6), Bayern (24 II S. 3) y Mecklenburg-Vorpommern. Esta última es la que contiene un mayor desarrollo normativo[1061].

---

este motivo, junto a la disposición, se coloca en siete ocasiones el nombre de la autora para indicar la fuente de obtención de la información, dado que puede darse el caso de alguna modificación legislativa posterior.

1) *Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten und zur Änderung anderer Gesetze des Landes Bremen* (22-12-2000; Brem.GBl. Nr. 64/2000, S. 471)
2) *Hamburgisches Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten* (27-9-1995; HmbGVBl. S. 23 5)
3) *Niedersächsisches Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen für psychisch Kranke* (16-6-1997; Nds. GVBl. S. 272)
4) *Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten des Landes Nordhein-Westfalen* (17-12-1999; GV. NRW. S. 662)
5) *Landesgesetz für psychisch kranke Personen des Landes Rheinland-Pfalz* (17-11-1995, GVBl. S. 473, modificada por la ley de 6-02-2001, GVBl. S. 29)
6) *Sächsisches Gesetz über Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten* (16-6-1994 SächsGVBl. S. 1097; 4. Juli, modificado por Ley de 19 de marzo de 2004 -SächsGVBl. S. 118-)
7) *Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen für psychisch Kranke des Landes Mecklenburg-Vorpommern* (13-4-2000, modificada el 21-3-2001, GVOBL. M-V S.182 y GVOBL. M-V. S. 59, respectivamente)
8) *Thüringer Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch Kranker* (2-2-1994, GVBl. S. 81)
9) *Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung des Landes Bayern* (5-4-1992, GVBL. 61, 851) (Bohnert)
10) *Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmassnahmen des Landes Sachsen-Anhalt* (30-1-1992, GVBl. S. 736) (Bohnert)
11) *Gesetz für psychisch Kranke des Landes Schleswig-Holstein* (14-1-2000 GVBl. S. 106) (Bohnert)
12) *Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker des Landes Baden-Württemberg* (2-12-1991, modificada el 3-7-1995, GBl. S. 794 y GBl. S. 510, respectivamente) (Bohnert)
13) *Gesetz für psychisch Kranke des Landes Berlin* (8-3-1985, modificada el 17-3-1994, GVBl. S. 586 y GVBl. S. 86) (Bohnert)
14) *Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke des Landes Brandenburg* (8-2-1996 GVBl. S. 106) (Bohnert)
15) *Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen des Landes Hessen* (19-5-1951, modificada el 5-2-1992, GVBl. II 352-1 y GVBl. I 66, respectivamente) (Bohnert)
16) *Gesetz Nr. 1301 über die Unterbringung psychisch Kranker des Saarlandes* (11-11-1992, ABl. Saar S. 1271) (Bohnert)

[1060] Brill, Karl-Ernst, *Psychisch Kranke im Recht. Ein Wegweiser,* Psychiatrie Verlag, Bonn, 1999, página 122.

[1061] *Artículo 33. Suspensión del internamiento.* 1) La suspensión de la ejecución de una medida de internamiento conforme al artículo 70 k de la Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria (FGG) tiene que ir unida a la obligación de seguir la atención del servicio psiquiátrico *(Sozialpsychiatrischen Dienst)* para el seguimiento posterior así como el tratamiento y prescripciones médicas. 2) El médico director de la Institución, con la conformidad de los servicios sociales psiquiátricos, tiene que manifestar si es necesaria una ayuda y un tratamiento médico continuados.

Artículo 34. Preparación de la salida. La Institución tiene que avisar al servicio social psiquiátrico, al Alcalde o al concejal y al representante legal de la próxima salida y la institución informará al servicio social en con-

Otros países europeos contienen también disposiciones semejantes, por ejemplo, Irlanda [1062]; Bélgica, que dispone en su legislación de una medida denominada post-cura de una duración máxima de un año [1063]; Luxemburgo, que conoce una fórmula de salidas de ensayo fijando las condiciones de residencia y de vigilancia médica [1064];

---

formidad con el afectado de las medidas iniciadas, exhortando al servicio social para su asistencia ambulatoria y preocupación por las ayudas continuadas.

Artículo 35. Ayudas continuadas. 1) La ayuda continuada tiene el deber de facilitar a las personas que salen de un internamiento o de una atención psiquiátrica permanente, mediante una atención psicosocial individualizada y asesoramiento, la vida fuera de las instituciones y la reintegración en la sociedad y ello incluye también el trabajo conjunto con otros suministradores de ayudas sociales *(Trägern sozialer Hilfen)* y la Administración para facilitar al enfermo que consiga una vivienda y un puesto de trabajo. 2) Si la suspensión de la ejecución de un internamiento conforme al artículo 70 k FGG está relacionada con un tratamiento médico o un asesoramiento psicosocial también existe el deber de cumplir con la ayuda continuada e informar a los pacientes de las consecuencias que implicaría la suspensión del tratamiento médico necesario.

Artículo 36. Cooperación en la suspensión del internamiento. 1) Si la suspensión de la ejecución de un internamiento conforme al artículo 70 k FGG se ha realizado dependiendo del seguimiento de un tratamiento médico, el afectado o su representante legal tiene que informar de inmediato del nombre y de la dirección del médico que le trata a la Institución. 2) El Jefe médico de la Institución de inmediato mandará al médico del paciente y al servicio social un informe médico sobre las condiciones de la salida. (La traducción es mía.)

[1062] *Mental Health Act* (Ireland), *Number 25 of 2001* [8th July, 2001]. Section 26.- *Absence with leave*- (1) The consultant psychiatrist responsible for the care and treatment of a patient may grant permission in writing to the patient to be absent from the approved centre concerned for such period as he or she may specify in the permission being a period less than the unexpired period provided for in the relevant admission order, the relevant renewal order or the relevant order under section 25, as the case may be, and the permission may be made subject to such conditions as he or she considers appropriate and so specifies. (2) Where a patient is absent from an approved centre pursuant to subsection 1, the consultant psychiatrist may, if he or she is of opinion that it is in the interests of the patient to do so, withdraw the permission granted under subsection 1 and direct the patient in writing to return to the approved centre. (3) In this section "patient" includes a child in respect of whom an order under section 25 is in force. (IRLII). Las órdenes de renovación pueden ser de 3, 6 ó 12 meses (artículo 15). El artículo 25 remite a las disposiciones sobre el internamiento de menores.

[1063] *Loi relative à la protection de la personne des malades mentaux* (26 Juin 1990), publicada en el Diario oficial el 27 de julio de 1990, página 14806. Chapitre II.- Du traitement en milieu hospitalier. Section 2.- Du maintien. Sous-Section 2.- De la postcure. Art.16.- Pendant le maintien, le médecin-chef de service peut décider à tout moment, avec l'accord du malade et dans un rapport motivé, une postcure en dehors de l'établissement, en précisant les conditions de résidence, de traitement médical ou d'aide sociale. Pendant cette postcure, qui a une durée maximale d'un an, la mesure de maintien subsiste.

Le médecin informe de sa décision le malade et le directeur de l'établissement, qui la communique au juge de paix.

Ce dernier la fait notifier aux personnes auxquelles a été notifiée la décision de maintien et en informe les personnes ou autorités à qui cette décision a été communiquée.

Art. 17. Pendant la postcure, le médecin-chef de service peut à tout moment: 1° mettre fin à la postcure s'il estime que l'état du malade le permet; 2° décider la réadmission du malade dans le service si son état mental l'exige ou si les conditions de la postcure ne sont pas respectées. Dans ce cas, les dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article précédent sont applicables.

[1064] *Loi du 26 mai 1988 relative au placement des personnes atteintes de troubles mentaux dans des établissements ou services psychiatriques fermés (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, Recueil de Legislation, 16 juin 1988, A-n° 28, page 560).*- Chapitre 2.- Placement et séjour du patient. Art. 13.- De sa prope initiative ou á la demande du patient ou de toute personne intéressée, le médecin traitant peut, á titre d'essai, accorder au patient l'autorisation de quitter l'établissement. Il fixe la durée de la période d'essai qui ne peut cependant être superieure á trois mois, ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de résidence et de surveillance médicale. / Si les conditions imposées ne sont pas respectées ou si l'état du patient se modifie au point qu'il deviene nécessaire de mettre fin á la periode d'essai, le médecin traitant en informe le procureur d'État de la résidence du patient, qui prend toutes les mesures utiles pour le faire rentrer dans l'etablissement. / A la fin de la période d'essai le médecin décide si le patient peut quitter l'etablissement. / Le médecin peut également accorder des sorties de courte durée, uniques, journalières ou hebdomadaires, suivant l'etat du patient.

o algunos cantones de Suiza[1065], por ejemplo, Jura[1066] o Berna[1067]. Encontramos también sistemas de este tipo en América del Norte. Así, por ejemplo, en Alaska (EE.UU.)[1068] es posible si el proveedor de tratamiento externo le acepta para ello por un periodo de tiempo que no exceda de la duración del plazo inicialmente

---

Chapitre 3.- Sortie de l'établissement. Art. 16.- Si le patient quitte l'établissement en vertu de l'article 14 ci-dessus, le médecin peut assortir la sortie de conditions de résidence et/ou de surveillance médicale. / En cas d'inobservation de ces conditions la personne qui avait requis le placement peut faire réadmettre le malade á l'établissement sur simple demande, sans produire de nouveau certificat médical, mais en versant les pièces qui documentent que le patient s'est soustrait aux conditions de sortie. Il ne peut être fair usage de cette faculté que pendant un période de trois mois qui prend tours á la date de la sortie du patient. (LEGILUX)

[1065] Suiza es un Estado Federal. La regulación general del internamiento se recoge en el Código Civil bajo el epígrafe «De la privación de libertad a los fines de asistencia» (introducido por Ley de 6 de octubre de 1978 que entró en vigor el 1 de enero de 1981), en los artículos 397 a) y ss., regulación que contiene también algunos aspectos de proceso general, remitiendo al derecho cantonal. Cada uno de los cantones tiene su propia legislación especial en esta materia.

[1066] *Loi sur les mesures d'assistance et la privation de liberté du 24 octobre 1985.* Chapitre IV.- Mainlevée du placement et mesures postérieures. Art. 52 Des mesures postérieures portant sur un traitement ambulatoire ou sur d'autres règles de conduite peuvent être soit conseillées (art. 53) soit ordonnées (art. 54) par l'autorité, afin d'éviter un nouveau placement. Art. 53 1. Lorsqu'une personne est libérée, l'autorité compétente pour prononcer sa libération peut lui conseiller de se soumettre à un traitement ambulatoire ou d'observer d'autres règles de conduite. 2. Le cas échéant, l'autorité compétente pour prononcer la libération fait ordonner les mesures tutélaires qui s'imposent. Art. 54 1. Les autorités de tutelle compétentes pour prononcer la libération peuvent, si nécessaire, obliger la personne en cause à se soumettre à de telles mesures sous peine de réintégration en établissement; la réintégration ne peut être ordonnée qu'aux conditions de l'article 397a du Code civil suisse. 2. Lorsque l'établissement prononce la libération et que des mesures postérieures s'imposent, il en informe les autorités de tutelle; la compétence de prononcer des mesures contraignantes appartient dans ce cas au Département de la Justice s'il s'agit d'un majeur ou d'un interdit, et à l'autorité tutélaire s'il s'agit d'un mineur. (RSJU 213.32)

[1067] *Loi 22 novembre 1989 sur la privation de liberté à des fins d'assistance et sur d'autres mesures de l'assistance personnelle.* III. Privation de liberté à des fins d'assistance. 3. Encadrement ultérieur. Art. 20.- 1. L'autorité compétente pour prononcer la mainlevée du placement enjoint en cas de besoin à la personne libérée de l'établissement de se soumettre à un contrôle ou à un traitement ambulatoire. *[Teneur du 7. 2. 2000]* 2. Elle ordonne au besoin une mesure sans privation de liberté ou une autre mesure de tutelle, ou elle propose que ces mesures soient ordonnées par la préfecture compétente. (BELEX 213.316)

[1068] *Alaska Statutes (2004),* Title 47 *(Welfare, Social Services and Institutions),* Capítulo 30 *(Mental Health),* artícle 9 *(Involuntary Admission For Treatment),* Section 47.30.795. (a) A respondent who was originally committed to involuntary inpatient care under AS 47.30.700 - 47.30.915 may be released before the expiration of the commitment period if a provider of outpatient care accepts the respondent for specified outpatient treatment for a period of time not to exceed the duration of the commitment, and if the professional person in charge, or that person's professional designee, finds that (1) it is not necessary to treat the respondent as an inpatient to prevent the respondent from harming self or others; and (2) there is reason to believe that the respondent's mental condition would improve as a result of the outpatient treatment. (b) A copy of the conditions for early release shall be given to the respondent and the respondent's attorney and guardian, if any, the provider of outpatient care, and the court. (c) If during the commitment period the provider of outpatient care determines that the respondent can no longer be treated on an outpatient basis because the respondent is likely to cause harm to self or others or is gravely disabled, the provider shall give the respondent oral and written notice that the respondent must return to the treatment facility within 24 hours, with copies to the respondent's attorney and guardian, if any, the court, and the inpatient treatment facility. If the respondent fails to arrive at the treatment facility within 24 hours after receiving the notice, the professional person in charge may contact the appropriate peace officers who shall take the respondent into custody and transport the respondent to the facility. If it is determined by the professional person in charge to be necessary, a member of the treatment facility staff shall accompany the peace officers when they take the respondent into custody. (d) If the provider of outpatient care determines that the respondent will require continued outpatient care after the expiration of the commitment period, the provider may initiate further commitment proceedings as if the provider were the professional person in charge, and the provisions of AS 47.30.660 - 47.30.915 apply, except that provisions relating to inpatient treatment shall be read as applicable to outpatient treatment. (ALASKA LEGISLATURE)

fijado para el internamiento[1069]. Si el proveedor de tratamiento estima que el demandado precisa de períodos adicionales, puede solicitarlo judicialmente antes de la expiración del plazo. El procedimiento exige que la entrega de una copia de las condiciones para la liberación previa al demandado y al abogado del demandado y a su tutor, si existe, al proveedor del tratamiento y al Juzgado. Bajo distintas denominaciones (*conditional release*, *convalescent status*, *conditional discharge*), este tipo de medidas es muy frecuente en los Estados Unidos[1070].

En Canadá, siete de las doce leyes de salud mental contienen disposiciones de este tipo. Sus principales diferencias radican en las condiciones previas (sólo una de las regulaciones no lo permite en el primer ingreso, Manitoba), renovaciones (Ontario y la isla del Príncipe Edward no las permiten sin readmisión previa) y si la medida debe ser consentida por el paciente o por la persona que ejerce el consentimiento por sustitución o representación si no es capaz (Manitoba, Príncipe Edward y Yukon exigen consentimiento, mientras en las otras cuatro legislaciones el hospital autoriza el permiso)[1071]. Las legislaciones de Columbia Británica[1072], Manitoba[1073], Nueva

---

[1069] La legislación de Alaska contempla un período inicial de 30 días, un segundo período de 90 días y un tercer período (con posibles renovaciones por el mismo plazo) de 180 días (*Alaska Statutes* [2004] § 47.30.740[a], § 47.30.770 [a] y § 47.30.770[c]).

[1070] Winick, Bruce J. *Civil commitment. A Therapeutic Jurisprudence Model.* Carolina Academic Press. Durham, 2005, páginas 281 a 284. El autor reproduce las normas de 21 Estados. Geller señala que, en el siglo XX, la Psiquiatría tenía autoridad para compeler al tratamiento psiquiátrico ambulatorio. Por ejemplo, en 1938, un total de 2.269 de 26.086 pacientes en el sistema estatal de hospitales de Massachusetts (8'6 %) estaban bajo «visit status». Estos pacientes vivían fuera del hospital, recibían alguna forma de supervisión y podían ser reingresados a la institución a la discreción del supervisor del hospital (Geller, Jeffrey L. «You Must Read This» Psychiatric Services March 2001 Vol. 52 No. 3, pág. 265).

[1071] Gray, John E./O'Reilly, Richard L. «Canadian compulsory community treatment laws: Recent reforms». *International Journal of Law and Psychiatry* 28; 13-22 (2005)

[1072] *British Columbia Mental Health Act (RSBC 1996, chapter 288).* Part 3.- Admission and Detention of Patients 37. Leave. Subject to section 40 and the regulations, if the director considers that leave would benefit a patient detained in the designated facility, the director may release the patient on leave from the designated facility providing appropriate support exists in the community to meet the conditions of the leave. 39 Authority to detain continues despite leave or transfer. (1) The release of a patient on leave or the patient's transfer to an approved home under section 37 or 38 does not, of itself, impair the authority for the patient's detention under this Act and that authority may be continued, according to the same procedures and to the same extent, as if the patient were detained in a designated facility. (2) Subject to the regulations, a patient who is on leave or has been transferred to an approved home under section 37 or 38 may, if the conditions of the patient's leave or transfer are not being met, be recalled (a) to the designated facility from which the patient was released or transferred, or (b) to another designated facility, if the transfer to that facility is authorized and agreed to under section 35. (3) Subject to the regulations, the director of a designated facility who recalls a patient under subsection (2), or to which a patient is recalled under subsection (2) as a result of a transfer under section 35, may issue a warrant in the prescribed form for the patient's apprehension and transportation to the designated facility to which the patient is recalled. (4) A patient who is recalled under subsection (2) while on leave that has lasted 6 or more consecutive months is deemed, for the purposes of sections 23 to 25, to have been admitted under section 22 (1) on the date of return to a designated facility as a result of the recall. (CANLII)

[1073] *Manitoba Mental Health Act (Assented to June 29, 1998, C.C.S.M. c. M110).* (CanLII). Bajo el nombre de «leave certificate» se regula una institución similar a la expuesta con una duración inicial de seis meses, prorrogables por otros períodos de igual duración. Exige unos requisitos de estancia previa en centros de internamiento durante los dos años precedentes para poder ser objeto de aplicación (46.2) y, aunque existe condicionamiento (que incluye atender las citas con el psiquiatra o profesional de salud designado en el certificado y cumplir con el tratamiento psiquiátrico descrito en el certificado, 46.3), el paciente es reputado

Escocia[1074], Príncipe Edward[1075] y Ontario[1076], presentan características similares a las ya expuestas. De duración temporal muy limitada, presentan también regulación New Brunswick[1077] y Yukon Territory[1078]. Dentro del contexto anglosajón, también podemos citar legislación de este tipo en Nueva Zelanda[1079] y en algunas regiones

---

durante este período como «voluntario» (46.10). La regulación es extensa, por lo que he preferido realizar este sucinto resumen.

[1074] *Involuntary Psychiatric Treatment Act, S.N.S. 2005, c. 42.* (CanLII). El artículo 43 *(certificate of leave)* permite al psiquiatra extender un certificado de hasta seis meses posibilitando al paciente vivir fuera del hospital bajo condiciones especificadas en dicho certificado y atender las citas con el psiquiatra o con otros profesionales sanitarios en los tiempos y lugares planificados y cumplir con el tratamiento psiquiátrico que el propio certificado describe. El certificado debe ser aprobado por la persona que ejerce el consentimiento por representación. Si el paciente no cumple las condiciones, presenta peligro para sí o para terceros o no ha informado como requería el certificado, el artículo 44 autoriza al psiquiatra a emitir un certificado de cancelación que permite el ingreso para evaluación psiquiátrica. Cabe recurrir al órgano administrativo de revisión *(Review Board).*

[1075] *Prince Edward Island. Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1988, c. M-6.1* (CanLII). 25. (1) Subject to any detention that is legally authorized otherwise than facility under this Act, the attending psychiatrist of an involuntary patient, in order to provide psychiatric treatment that is less restrictive and less intrusive to the patient than being detained in a psychiatric facility, may issue and file with the administrator a certificate of leave allowing the patient to live outside the psychiatric facility subject to the specific written condition that the patient shall report at specified times and places for treatment and subject to such conditions as may be specified in the certificate. (2) A certificate of leave is not effective without the patient's consent. (3) The attending psychiatrist, by a certificate of cancellation of leave, may without notice cancel the certificate of leave if the attending psychiatrist is of the opinion that a/ the patient's condition may present a danger to the patient or others; or b/ the patient has failed to report as required by the certificate of leave. (4) A certificate of cancellation of leave is sufficient authority for thirty days after it is signed for a peace officer to take the patient named in it into custody and to take the patient forthwith to the psychiatric facility where the psychiatrist who completed the certificate of cancellation of leave attends. 1994, c.39, s.25.

[1076] *Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7.* (CanLII). *«27 Leave of absence.* (1) The attending physician may, subject to subsection 3, place a patient on a leave of absence from the psychiatric facility for a designated period of not more than three months if the intention is that the patient shall return to the facility. (2) The officer in charge may,upon the advice of the attending physician, place a patient on a leave of absence from the psychiatric facility for a designated period of not more than three months. (3) The attending physician and the patient shall comply with such terms and conditions for the leave of absence as the officer in charge may prescribe. (4) This section does not authorize the placing of a patient on a leave of absence where he or she is subject to detention otherwise than under this Act». (redacción conforme a la reforma operada en el año 2000)

[1077] *Mental Health Act, R.S.N.B. 1973, c. M-10.* (CanLII) Artículo 20, por no más de 10 días. (Leave of absence)

[1078] *Mental Health Act, R.S.Y. 2002, c. 150.* (CanLII) Artículos 26 y 27, por no más de 21 días (Temporary release)

[1079] *Mental Health (compulsory Assessment and Treatment) Act 1992,* enmendada en 1999 (la modificación entró en vigor el 1 de abril de 2000). 31. Leave for inpatients (1) This section shall apply to every patient, other than a special patient, who is in a hospital in accordance with an inpatient order. (2) The responsible clinician may from time to time grant to any patient to whom this section applies leave of absence from the hospital for such period not exceeding 3 months, and on such terms and conditions, as that clinician thinks fit. (3) The responsible clinician may from time to time extend any such period of leave for a further period not exceeding 3 months at any one time; but no patient shall be on leave under this section for a continuous period of more than 6 months. (4) The responsible clinician may, at any time during the period of leave granted under this section to any patient, cancel the leave by notice in writing to the person who has undertaken to take care of the patient during the period of leave, or, if there is no such person, by notice in writing to the patient. (5) Where leave is cancelled, the patient may be taken to the hospital, or to any other hospital, by any duly authorised officer acting under the authority of the Director of Area Mental Health Services, or by any person to whom the charge of the patient has been entrusted during the period of leave. (Interim Website Of New Zealand Legislation)

de Australia como Sur de Australia[1080], Oeste de Australia[1081], Nueva Gales del Sur[1082], Tasmania[1083] y Victoria[1084].

3.1.2. Alternativa menos restrictiva a la hospitalización

El modelo de libertad a prueba es el más antiguo. Este segundo modelo tiene muchas notas comunes con el anterior y, al mismo tiempo, indudables diferencias. En común tienen el hecho de que las personas que son sometidas a ambas medidas deben cumplir los criterios que la ley exige para el internamiento. La diferencia radica en que el primer modelo parte de las concepciones del internamiento surgidas en el período asilar en la medida en que supone un ingreso más o menos prolongado y la existencia de permisos bien puntuales o bien para adaptación progresiva al medio al que el paciente se espera que regrese. En este segundo modelo se parte de la premisa de que debe intentarse el tratamiento en el medio que afecte menos a la libertad del individuo y sea menos intruso. Ello implica bien que puede acordarse el tratamiento en la comunidad en el mismo instante en que la persona cumpla los criterios (lo que supone evitar desde el comienzo la situación de ingreso) o bien que en un breve espacio temporal se ha modificado la medida del internamiento al tratamiento en la comunidad.

[1080] *Mental Health Act 1993.* Section 17.- Leave of absence. (1) The director of an approved treatment centre may authorise a patient who is being detained in the centre to leave the centre for such purposes and for such period as the director thinks fit. (2) Leave of absence may be granted subject to such conditions as the director thinks fit. (3) The director of an approved treatment centre has an absolute discretion to cancel any leave of absence granted under this section. (AustLII)

[1081] *Western Australia Mental Health Act* 1996. Artículos 59 a 63, bajo la denominación «leave of absence». Se aplica por un máximo de 28 días. Si es necesaria la continuidad en calidad de paciente involuntario, se puede aplicar una *community treatment order.* (AustLII)

[1082] *South New Wales Mental Health Act 1990.* Artículos 71 a 73. Emplea también la denominación «leave of absent». (AustLII)

[1083] *Tasmania Mental Health Act, 1996.* Section 37. Leave of absence (1) An approved medical practitioner responsible for the treatment of an involuntary patient in an approved hospital may give the patient leave of absence from the hospital. (2) The leave of absence may be given on conditions the approved medical practitioner considers necessary in the interests of the patient or for the protection of others. (3) Without limiting the conditions that may be imposed, a condition may provide that the patient is to be in the care and custody of a person nominated in the condition for the period of that leave of absence. (4) The terms and conditions on which an approved medical practitioner gives leave of absence under this section must be recorded in a written statement and a copy of the statement must be given to the patient. (5) The period for which leave of absence is given may be extended from time to time at the discretion of an approved medical practitioner. (6) An approved medical practitioner may, by written notice to a patient who has been given leave of absence under this section, cancel the leave of absence. (AustLII)

[1084] *Victoria Mental Health Act 1986.* Section 40. Leave of absence. 1) The authorized psychiatrist may allow an involuntary patient to be absent from the approved mental health service in which the involuntary patient is detained —a) for such period; and b) subject to any conditions— that the authorized psychiatrist considers appropriate. (2) The authorized psychiatrist may from time to time extend the period of absence allowed under sub-section 1. 3) The authorized psychiatrist may revoke the leave of absence allowed to an involuntary patient and require the involuntary patient to return to the approved mental health service. (AustLII)

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

En epígrafe precedente[1085] ya se manifestó que este principio estaba recogido en diferentes documentos internacionales de carácter no vinculante y que formaba parte de la estructura general de los principios que conforman las medidas de tratamiento involuntario en las sociedades democráticas. Muchas normativas, de hecho, recogen este principio con esa denominación[1086], pero también en algunos países se han desarrollado por medio de una interpretación amplia de normas que prevén los conocidos permisos de salida. Este es el caso, por ejemplo, de Portugal en el que la decisión de internamiento, en los casos de internamiento de urgencia, puede ser posterior a la medida de sustitución del internamiento prevista en su artículo 33, lo que supone que el procedimiento no se archiva y que es necesaria una decisión judicial que finalmente lo acuerde (manteniendo el régimen de sustitución)[1087]. Del mismo modo, en Francia es frecuente la sustitución al inicio del internamiento mediante una *sortie d'essai*[1088] y los tribunales franceses admiten el principio de *qui peut le plus peut le moins*[1089].

[1085] VII.2.3

[1086] Winick cita un total de 30 Estados en Estados Unidos que, con esta denominación (less/least restrictive alternative) recogen expresamente este principio (*Op. cit.*, páginas 71 y tabla contenida en las páginas 94 a 97).

[1087] Latas, António Joao/Vieira, Fernando. *Op. cit.*, páginas 64, 65, 136, 137 y 185. Hay que considerar que el artículo 8.3 de la ley recoge el principio general de que «sempre que possível o internamento é substituído por tratamento em regime ambulatório». La interpretación citada ha sido recogida por los tribunales portugueses. Los autores citan, en este sentido, el Acórdao da Relaçao de Évora de 15 de Maio de 2001, en *Colectânea de Jurisprudência,* Ano XXVI (2001), Tomo III, p. 283 (*Op. cit.*, páginas 137 y 185)

[1088] Un informe parlamentario presentado en 2004 *(Rapport Briot,* apartado II.1, página 10) expresaba que la evolución de la hospitalización sin consentimiento en Francia había experimentado una progresión continua particularmente en la denominada *hospitalización a demanda de un tercero,* elevándose de 31.057 casos en 1992 a 62.894 en 2001. Una de las diferentes razones que se apuntaban es que el dato estadístico reflejaba realmente las medidas de hospitalización y no las personas hospitalizadas y que cierto número de pacientes dependientes del régimen jurídico de hospitalización a demanda de un tercero no son hospitalizados de hecho porque son objeto de *sorties d'essai* que tienen lugar, en la mayor parte de los casos, en su domicilio. *(Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution, n° 1459, de m. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, par Mme Maryvonne Briot députée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004)*

[1089] En un supuesto de demanda de cese del internamiento que fue objeto de *l'Arrêt de la Cour d'appel de Tolouse de 17 de octubre de 1988* se trató la situación de M. Gilbert M…, que fue ingresado en 1982 como consecuencia de diferentes altercados que había tenido con un vecino y un antiguo patrono en los que no había dudado de presentarse con un fusil para apoyar sus reivindicaciones. En este caso, dos peritos psiquiatras sugirieron que podía realizarse la salida con la obligación del afectado de someterse a consulta regular, ordenando el *tribunal de grande instance* finalmente el término del internamiento y que el enfermo debía someterse al programa conforme a las condiciones descritas por los expertos. Se estimó que era evidente que, conforme al principio *qui peut le plus peut le moins* era asumible tal situación y que era una solución intermedia conforme a las tendencias de la psiquiatría moderna que tienden a evitar los internamientos y la organización de períodos de transición. Massip manifiesta que el Derecho francés conoce este tipo de fórmulas intermedias en otros ámbitos como la *libération conditionnelle* o *la mise à l'epreuve* en las que pueden inspirarse. Sin embargo, es consciente de las dificultades del intento. Las instituciones anteriores tienen una organización y existen sanciones previstas en el ordenamiento en el caso de rechazo a someterse a las mismas, mientras que en esta no existe nada de ello. El autor se pregunta: *¿Cómo asegurarse de que el interesado acude regularmente a las citas del médico psiquiatra? Y, si no va, ¿Cuál será la sanción? El Juez parece en todo caso despojado. Y sólo la autoridad administrativa podrá —a condición de que los trastornos mentales perturben el orden público o la seguridad de las personas— proceder a la «hospitalitalisation d'office» siguiendo el mismo procedimiento que para el internamiento original.* Massip, Jacques, «Notas a la Sentencia de 21 de

Pero existe también otra posibilidad de creación de estas figuras. Así, PETRILA, en Estados Unidos, da cuenta de que en algunos Estados los Tribunales crean «de hecho» figuras equivalentes, ordenando a una persona a su sometimiento a externo a pesar de la ausencia de legislación expresa que lo contemple[1090]. En España, donde no existe un precepto que contemple el modelo de libertad a prueba desde la derogación del artículo 30 del Decreto de 1931 por la ley de reforma del Código Civil de 1983, es constatable la existencia de experiencias de tratamiento involuntario en la comunidad centradas en la regulación de los criterios del internamiento y en la aplicación del principio «quien puede lo más, puede lo menos». La postura citada se funda en la hipótesis de que si el artículo 763 de la LEC permite autorizar un internamiento, es decir, la privación total de libertad del enfermo, debe entenderse que es posible autorizar una medida que restrinja en menor medida los derechos del paciente[1091].

---

enero de 1992 de la *Cour de Cassation» Recueil Dalloz Sirey,* 1992*, Cahier-Jurisprudence* 41, páginas 498 y 499. El tribunal no llegó a examinar *l'Arrêt de la Cour d'appel de Tolouse de 17 de octubre de 1988* por un defecto de forma. No obstante, el presidente del Tribunal, en la nota doctrinal referida, consideraba que no había ningún inconveniente en admitir la solución dada por el tribunal de instancia aunque manifestaba las dudas anteriormente reseñadas.

[1090] PETRILA, John. *Involuntary Outpatient Commitment Forum. A summary of issues and research.* State of Florida Department of Children & Families Mental Health Program. University of South Florida. Louis de la Parte Florida Mental Health Institute. Department of Mental Health Law & Policy, 1999. Página 5.

[1091] El Fiscal D. Jesús JIMÉNEZ SORIA, manifestaba en 1997 «tal medida no aparece regulada en el Código Civil, pero puede ser la más adecuada y necesaria para tratar determinadas enfermedades o alteraciones de personas que no prestan su consentimiento a recibir el tratamiento médico prescrito para su dolencia, pero que tampoco requieren un internamiento. Ante la ausencia de consentimiento de tales personas, se estima adecuado que intervenga el Juez, como garante de los derechos de las personas, para que controle la necesidad de ese tratamiento y autorice su imposición, a modo semejante a como autoriza el internamiento involuntario, por lo que podría aplicarse, de forma análoga, las previsiones del artículo 211 del Código Civil. Se argumenta a favor de esa intervención judicial que, puesto que la medida de internamiento, no en vano, está dirigida a someter a tratamiento a una persona dentro de un centro, y es así una medida más grave (privación de libertad) que la del tratamiento obligatorio (que no supone internamiento), con más razón puede el Juez autorizar dicho tratamiento al que se niega la persona que no está en condiciones de prestar válidamente su consentimiento. Ello no determina, por el contrario, que esa persona se encuentre en una situación tal que requiera que sea sometida a un proceso de incapacidad». JIMÉNEZ SORIA, Jesús. «El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares. Referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz» en *El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos.* Curso organizado por la F.G.E. en Madrid los días 24 a 26 de noviembre de 1997, publicado en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII.* Madrid, 1998. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, página 89.

En *la* «Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo», en *Estudios de Derecho Judicial,* número 26, Madrid 2000, páginas 49 y 45, la Fiscal de la Sección de Incapacidades del TSJ de Madrid, Dª Nuria LÓPEZ MORA manifestaba: «El alta médica pone fin al expediente del ingreso involuntario, si bien la práctica judicial impulsada por las necesidades psiquiátricas y sociales del enfermo, ha abierto camino a la adopción en el mismo expediente de las medidas cautelares más necesarias para su protección, siendo especialmente relevante la relativa al tratamiento ambulatorio posterior al alta médica, controlado por el especialista que seguirá informando periódicamente al Juzgado sobre su seguimiento. Esta medida consigue la verdadera eficacia de la terapia evitando el grave problema de la llamada comúnmente «puerta giratoria». La legalidad de la medida cautelar, que puede abarcar tanto los aspectos personales como los patrimoniales más urgentes del enfermo, se sustenta en lo dispuesto en los artículos 203 y 209 del Código Civil —aún referidos al procedimiento de incapacidad— y en la clásica teoría de «quien puede lo más, es decir, la privación total de la libertad del enfermo, puede lo menos»… La Fiscal matizará que

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

En trabajos anteriores he expuesto mis reticencias sobre dicha posición[1092]. Junto con la inexistencia de precepto legal expreso ya comentada, mis dudas parten del hecho de que nuestro Tribunal Constitucional[1093] ha aclarado que el razonamiento «*ad maiore ad minus*» tiene que aportar suficiente previsión normativa en la exigencia constitucional de certeza del Derecho y que el hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos.

El modelo de suspensión condicionada que recogía el Decreto de 1931 era aplicable en un momento en que la indicación de hospitalización psiquiátrica se fundaba en diagnósticos que adolecían de cierta laxitud y que determinaban una duración prolongada del internamiento, siendo perfectamente razonable la adopción de medidas

---

los autos autorizando los tratamientos ambulatorios posteriores a los ingresos involuntarios suelen acordarse de forma muy reservada en ocasiones en las que está muy bien justificada esa necesidad, y es el psiquiatra que nos informa sobre la procedencia del alta, el que nos indica la necesariedad de la adopción de este tipo de medidas, la frecuencia en la que estima necesaria la revisión periódica y, en los términos propuestos por el especialista, que es, en definitiva, el que valora al paciente, es como se suele desde el juzgado autorizar este tratamiento» (página 103).

Dª Blanca Escalonilla Morales, Magistrada a cargo de uno de los tres Juzgados de Primera Instancia especializados en incapacidad existentes en Madrid, exponía en 2001: «A pesar de la ausencia de una regulación específica de esta medida protectora, la legalidad de la misma resulta de las normas y doctrina jurisprudencial debiendo tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el art. 3 Cc. De que *las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que deban ser aplicadas*. La práctica judicial en Madrid, impulsada por las necesidades psiquiátricas y sociales del enfermo y muy especialmente por los familiares a través de sus asociaciones, han determinado la adopción de esta medida excepcional generalmente tras el alta médica (en los expedientes de internamientos ordinarios no urgentes también puede suceder que la documentación médica aportada así lo aconseje, ya que existen numerosos enfermos que no precisan un ingreso involuntario, sino un tratamiento ambulatorio con continuidad), que pone fin al expediente de ingreso involuntario, siempre que el citado médico aconseje expresamente su adopción. Vamos a plantear cómo se lleva a cabo la citada medida en Madrid: 1) La coordinación estable entre el Hospital y el Centro de salud Mental del distrito correspondiente permiten que, derivado el enfermo a este Centro para tratamiento ambulatorio, conozca a través de la documentación pertinente remitida (normalmente el interno ya ha sido tratado en dicho centro), las características de su enfermedad, así como su situación personal y familiar y, en consecuencia, el seguimiento de su proceso y la continuidad de sus cuidados. 2) Puede realizarse en el mismo hospital donde ha sido internado, a través de consulta externa del psiquiatra que le ha atendido. 3) En todo caso debe informarse al Juzgado cada mes de la situación del paciente y de la eficacia de tal medida, participando en su caso las decisiones terapéuticas a adoptar (nuevo ingreso, en hospitalización de media estancia o bien de larga estancia, cuando el proceso de su enfermedad así lo requiera)». Escalonilla Morales, Blanca. «Los internamientos involuntarios: Extensión y ámbito legal», en *Seminario sobre internamiento de enfermos psiquiátricos en la nueva LEC y problemática actual,* celebrado en Valencia los días 9 y 10 de mayo de 2001, en el marco del Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Generalitat Valenciana para la formación continuada de Jueces y Magistrados con destino en la Comunidad Autónoma Valenciana.

Otros Juzgados especializados también han seguido este criterio como el de San Sebastián y el de Valencia

[1092] Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. «Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002,* páginas 698 a 707 (en concreto, páginas 746 y 747); Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. *El tratamiento ambulatorio: cuestiones legales y prácticas.* Colección CERMI. Cuaderno nº 24, Madrid, 2006, páginas 40 y 41 (disponible en Internet www.cermi.es); Del Rosal Blasco, Bernardo/Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. «Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud» en *XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. Toledo-Albacete. 19 al 22 de octubre de 2003.* Edita FISLEM y Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha. Albacete, 2004, páginas 147 a 214 (en concreto, páginas 193 y 194)

[1093] TC 2ª, S 16-07-2001, núm. 169/2001, Fecha BOE 14-08-2001. Pte: González Campos, Julio Diego (EDE 2001/26471)

en la comunidad sustitutivas. La intervención, en aplicación del criterio de la alternativa menos restrictiva, es altamente discutible a mi juicio, puesto que hoy día existe un cuestionamiento general sobre el carácter de intrusión de estas prácticas dado que se desarrollan en el contexto de vida habitual del paciente presentando muchos conflictos en materias relacionadas con la privacidad y, sobre todo, lo que no puede es realizarse mediante bases, tanto temporales como materiales, indefinidas.

Por otro lado, también plantea problemas la carencia de regulación concreta de determinados aspectos como son las consecuencias del incumplimiento o la forma práctica de llevar a cabo la medida entre los distintos intervinientes (justicia, sanidad, servicios sociales, etc), aunque es verdad que este último punto ha sido también apreciable en materia de internamiento psiquiátrico urgente dando lugar a que, ante la inexistencia de legislación, se hayan sucedido protocolos de internamiento en diferentes ciudades españolas.

Por último, reseñar que la aplicación de dicha medida puede suponer, de hecho, una ampliación de poderes de compulsión en la comunidad. En el momento actual, la indicación del internamiento de personas con trastorno mental en fases agudas se realiza por el tiempo mínimo indispensable y en atención a criterios de necesidad, lo que implica que la duración media sea muy corta, normalmente 2 ó 3 semanas. Los presupuestos han variado sensiblemente. El problema de la denominada «puerta giratoria» es un problema nuevo que no ha sido tratado específicamente.

Esta última posición es la que he mantenido y, de hecho, durante el tiempo que ejercí como Fiscal encargado del servicio de incapacidades no utilicé esta fórmula para la aplicación de tratamientos involuntarios en la comunidad. Sin embargo, debo precisar dos cuestiones a mis anteriores trabajos.

La primera es que la posición analizada, que tiene un importante respaldo entre el colectivo de jueces y fiscales, no es en modo alguno arbitraria o absurda. La medida puede cumplir los principios de necesidad y proporcionalidad en los casos concretos y, de hecho, se adoptan también, junto con las garantías procesales del artículo 763 LEC, mayores cautelas como es la reducción del plazo general de revisión (aspecto que el propio artículo autoriza) o un seguimiento más riguroso. Mis dudas se centran en el principio de legalidad aunque, como hemos visto, en otros países también se ha aplicado a este campo el principio «quién puede lo más, puede lo menos».

La segunda es que, siendo cierto que generalmente los internamientos por motivos de trastorno mental tienen la duración anteriormente expresada, ello no significa que estos sean los únicos y que no exista regulación que contemple internamientos de estancia media en el ámbito sanitario o de larga duración por motivos de índole sociosanitaria (con importante número de usuarios y de personas en lista de espera)[1094].

[1094] Por ejemplo, en la Comunidad Valenciana existe regulación de las unidades de media estancia en el Decreto 81/1998, de 4 de junio del Gobierno Valenciano (artículos 14, 15 y 16, DOGV 3269/1998, de 22

3.2. Medidas vinculadas a la declaración de incapacidad

Como ya examinamos en epígrafes anteriores, la existencia hasta fechas bien recientes de un sistema de incapacitación de hecho procedente del sistema de internamientos de larga duración favoreció la escasa aplicación de las instituciones tutelares.

La ley francesa de 30 de julio de 1838 estableció un régimen para los enfermos mentales internados en un establecimiento que no hubieran sido objeto de incapacitación ni dación del Consejo del artículo 499 del *Code Civil*. El sistema de protección de esta ley consistía en medidas relativas a la administración de bienes del enfermo interno por un administrador provisional. Dado que normalmente no se pedía la incapacitación, este sistema se transformaba en definitivo y, además, faltaba un control efectivo de estos administradores. La ley holandesa de 27 de abril de 1884 sobre la supervisión por el Estado de las personas afectadas por enfermedad mental (*tot regeling van het Staatstoezich op krankzinnigen)* y la italiana de 1904 contenían preceptos semejantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso Winterwerp, S. 24-10-1979) analizó el mencionado artículo 32 de la Ley holandesa y estableció que existió infracción del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos puesto que la privación de libertad que supone un internamiento, no permite en sí misma la deprivación del derecho de audiencia ante un tribunal imparcial para la determinación de su capacidad civil, no constando en la ley de internamientos citada ni en la práctica que en el caso de Winterwerp existiera la oportunidad de ser oído sobre este particular, bien en persona o bien a través de representante. Este tipo de normas ha ido desapareciendo del contexto internacional, sin perjuicio de la existencia de medidas cautelares o sistemas de protección específicos como la *sauvegarde de justice* en Francia.

Las tradicionales relaciones tutelares procedentes del Derecho romano fueron sustituidas, como hemos visto, por la relación fundada en el ejercicio de un paternalismo médico que fue progresivamente afirmándose desde finales del siglo XVIII y, fundamentalmente, en el siglo XIX (en España, concretamente, a partir de la

---

junio 1998) o los denominados centros específicos para enfermos mentales crónicos regulados en la Orden de 3 de febrero de 1997 de la entonces Consellería de Trabajo y Asuntos Sociales (DOGV nº 2937/1997, de 24 de febrero; modificada por Orden de 9 de mayo de 2006 de la Conselleria de Bienestar Social, DOGV nº 5255/2006, de 10 de mayo); en la Comunidad Autónoma de Cataluña, los denominados «servicios de hospitalización de larga estancia psiquiátrica» previstos en el artículo 2.6 del Decreto 213/1999, de 27 de julio, por el que se crea la red de centros, servicios y establecimientos de salud mental de utilización pública de Cataluña (DOGC 2944/1999, de 3 agosto 1999); las unidades hospitalarias de rehabilitación psiquiátrica y las unidades residenciales previstas en los artículos 15 y 16.3 del Decreto 389/1994, de 15 de diciembre, por el que se regula la salud mental de Galicia (DOG 1/1995, de 2 enero 1995); las unidades de hospitalización de media y larga estancia previstas en el artículo quinto, letra f del Decreto 46/1998 de 15 de mayo sobre organización y funcionamiento de la asistencia psiquiátrica y salud mental de Cantabria (BOCA 105/1998, de 27 mayo 1998) o las unidades residenciales-rehabilitadoras de larga estancia y de media estancia a las que hace referencia la Orden de de 4 de mayo de 2005, del Departamento de Salud y Consumo, por la que se incorporan al Anexo I de la Orden de 29 de octubre de 2004, que regula la acción concertada en materia de prestación de sanitarios, la relación de servicios de salud mental, atención a las drogodependencias y atención bucodental infantil, susceptibles de ser concertados con proveedores ajenos al Sistema de Salud de Aragón (BOA 60/2005, de 20 mayo 2005).

segunda mitad del siglo XIX). Fue en este momento cuando surgió la identificación entre el paciente mental y el «loco detenido». La desaparición actual de este tipo de relación, hace retornar, nuevamente, la mirada en las instituciones tutelares. El problema ahora es generar formas legales de tutela, en aquellos casos en que sea necesario, que sean flexibles, extensivas e independientes de la detención en una institución, problema no exclusivamente centrado en nuestra geografía, sino común en el plano internacional[1095].

En lo concerniente a la declaración de incapacidad legal, podemos observar dos características comunes en el ámbito europeo:

1. La progresiva aparición de órganos especializados (*Giudice tutelare, Juge de tutelles, Vormundschaftsgericht, Court of Protection*)
2. El cumplimiento general de principios aceptados internacionalmente. Las normas básicas sobre los procedimientos de incapacidad hacen girar el mismo sobre los siguientes[1096]:

   a) Tribunal independiente e imparcial
   b) Audiencia del afectado
   c) Evaluación de la capacidad social por expertos calificados
   d) Salvaguardas jurídicas que protejan al afectado contra toda forma de abuso
   e) Revisión periódica de las limitaciones o supresiones de derechos
   f) Derecho de apelación ante las instancias superiores

[1095] Unsworth, Clive. «Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order». *Journal of Law and Society,* Volumen 18, número 2, verano de 1991

[1096] Podemos citar, en este sentido, el artículo 6 apartado 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces, ya mencionada en anteriores epígrafes, el artículo 7 de la Declaración de los derechos del deficiente mental (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, Resolución 2856 XXVI), 4 de la Declaración de los Derechos de los minusválidos (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975, Resolución 3447 XXX. Los apartados 6 y 7 del Principio 1 de los Principios sobre la protección de las personas que padecen enfermedad mental y de la mejora de la asistencia en salud mental (aprobados por Resolución 46/119 de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General de Naciones Unidas), en este sentido, establecen: «1.6. Cualquier decisión por la cual, por razón de su enfermedad mental, una persona pierda su capacidad legal, y cualquier decisión por la que, a consecuencia de tal incapacidad, un representante sea designado, deberá ser realizada sólo después de una vista equitativa realizada por un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona cuya capacidad esté en cuestión tendrá derecho a ser representada por un abogado. Si la persona cuya capacidad está en cuestión no puede obtener tal representación, se le facilitará, sin coste para aquellas personas que carezcan de suficientes medios económicos. El abogado no podrá representar en el mismo procedimiento al establecimiento de salud mental o a su personal y no podrá tampoco representar a la familia de la persona cuya capacidad esté en cuestión a menos que el tribunal estime que no existe conflicto de intereses. Las decisiones concernientes a la capacidad y la necesidad de un representante legal deben ser revisadas en intervalos razonables establecidos por la legislación nacional. La persona cuya capacidad esté en cuestión, su representante legal y cualquier otra persona con interés tendrán el derecho de apelar al tribunal superior contra tal decisión. 1.7. Cuando un tribunal u otro tribunal competente considere que la persona con enfermedad mental es incapaz de manejar sus asuntos, deberán ser adoptadas las medidas necesarias y apropiadas en función de la situación de la persona para asegurar la protección de sus intereses».

Por otro lado, también existen sensibles diferencias:

a) Órganos: Judiciales/Administrativos
b) Procedimientos: Contenciosos especiales/Jurisdicción voluntaria
c) Intervención del Ministerio Público
d) Norma imperativa/Mecanismos alternativos
e) Graduación
f) Exclusión de los aspectos personales

En los países continentales estas funciones están asignadas al Poder Judicial. En Inglaterra y Gales, sin embargo, está atribuida a un órgano administrativo: *Court of Protection.* La *Mental Health Act de 1983* mantiene la existencia de la *Court of Protection,* cuya regulación se contiene en la Parte VII de la Ley (artículos 93 a 113). Pese a su nombre, no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo. Sus miembros, no obstante, son designados entre jueces y sus decisiones son recurribles ante la *Court of Appeal*. Los procedimientos están regulados por las *Court of Protection Rules* de 2001.

Mientras que en el Derecho italiano[1097] y el francés[1098] las cuestiones relativas a la declaración de incapacidad están reguladas en procedimientos especiales análogos al nuestro, en el Derecho Alemán estos asuntos se regulan en el procedimiento de jurisdicción voluntaria[1099]. Es de reseñar que en los países anglosajones la jurisdicción voluntaria o graciosa no está propiamente individualizada como categoría autónoma.

En el Derecho italiano y en el francés, la intervención del Ministerio Fiscal es obligada en este tipo de asuntos (artículo 70, apartado 3 del *CPC* y 417 *CC* italiano y artículos 422, 1244 y 1262 *NCPC* y 493 *CC* francés). En el Derecho británico el Fiscal no interviene tampoco, aunque es de resaltar que existe un funcionario especializado (*Official Solicitor*) que realiza algunas funciones muy paralelas a las que aquí desempeña el Fiscal en este campo (representación del incapaz en procesos, *guardian ad litem* o solicitudes de nombramiento de tutor de conformidad con las *rules 2001,* nº 11).

En los ordenamientos de tipo latino se estima que la apertura de la tutela es una cuestión de orden público (493 *CCF* y 1244 *NCPC*, para Francia y 418 CCI, para Italia). En el ordenamiento alemán, el artículo 1896 del BGB señala que la *Betreuung* no será necesaria siempre que los asuntos de la persona mayor puedan atenderse, con la misma eficacia, por un apoderado o por otras formas de ayuda en las que no se nombre a ningún representante legal, la ley prima en

---

[1097] Libro IV del *Codice di Procedura Civile: Dei Procedimenti Speciali,* Título II *Dei Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone,* Capítulo II *Dell'interdizione e dell'inabilitazione:* articulos 712 y ss.

[1098] Nouveau Code de Procedure Civile, Libro III *Dispositions particulières à certaines matières,* Título I *Les personnes,* Capítulo XI *Les règimes de protection des majeurs:* artículos 1232 y ss

[1099] *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit,* Título II: *Vormundschaft-, Familien-, Betreuungs- und Unterbringungssachen,* Capítulo III *Betreuungssachen:* artículos 65 y ss.

este sentido la autonomía privada. En el Derecho de Inglaterra y Gales, existen los denominados *Enduring Powers of Attorney* regulados en el *Act* de 1985 y en las *Rules* de 2001, poderes que presentan una serie de formalidades y están sujetos a registro (sólo se refieren a aspectos exclusivamente patrimoniales).

En los ordenamientos latinos existe la dualidad tutela-curatela (*tutelle-curatelle*, en Francia; *interdiçao-inabilitaçao,* en Portugal[1100]; *interdizione-inabilitazione*, en Italia). En Alemania existe un solo régimen, la *Betreuung*, con una flexibilidad tal que permite una graduación muy exacta en función de las competencias que sean precisas, principio de necesidad recogido en la ley (artículo 1896 *BGB*). En el Derecho de Inglaterra y Gales no existe tal flexibilidad: La Corte determina si el sujeto conserva el control completo de su propiedad o lo pierde, no hay término medio.

En el Derecho francés, la materia concerniente a los tratamientos médicos es independiente del régimen de protección aplicable a los intereses civiles (artículo 490-1 CCF) e, incluso, materias tan tradicionales como el internamiento no es atribuida al *Juge de Tutelles* en el *Code de la Santé Publique* sino a órganos judiciales comunes, al contrario que en Italia o Alemania en los que la competencia reside en sus respectivos órganos judiciales especializados. En el Derecho de Inglaterra y Gales esta dualidad es mucho más acusada, la Corte de Protección se dedica casi exclusivamente a la actividad patrimonial y los aspectos personales (en concreto, la designación del lugar de residencia, el requerimiento para tratamiento médico, ocupación, educación o rehabilitación o el acceso al domicilio del paciente) se realiza mediante la institución de la *guardianship* que se solicita directamente a las autoridades locales de servicios sociales, acreditando el desorden mental. Por otro lado, la materia específica de revisión de los internamientos es atribuída a otro órgano administrativo especializado: los *Mental Health Review Tribunals*. Otros sistemas, como el holandés, han creado formas de guarda específicas (*Mentorschap*) para la atención de los intereses personales o no patrimoniales (en vigor desde el 1 de enero de 1995).

La evolución de estas formas jurídicas es constante. Así, el 7 de abril de 2005[1101] ha tenido lugar la promulgación, para Inglaterra y Gales, de la *Mental Capacity Act 2005* que revoca la Parte VII de la *Mental Health Act* de 1983 e incrementa las facultades en lo concerniente a los aspectos personales y a los tratamientos médicos en general aunque su artículo 28 excluye expresamente los propios de la salud mental[1102]. En opinión de BARLETT, la ley viene a resolver el

---

[1100] Artículos 138 y ss. del *Código Civil* y 944 y ss. del *Código de Processo Civil*

[1101] Parte de la ley entrará en vigor en abril de 2007 y la otra parte en octubre

[1102] Los artículos 5 y 6 de la nueva disposición son interesantes en la medida en que establecen las condiciones para que el guardador (D) pueda realizar actos relativos al cuidado o tratamiento del adulto incapaz (P). Se exige en el artículo 5 que D haya adoptado los pasos razonables para establecer que P ha perdido la capacidad en relación con el asunto en cuestión y que razonablemente crea que ha perdido tal capacidad para el asunto y que el acto concreto se realiza en el mejor interés de P. El artículo 6 establece las limitaciones al artículo 5. En el mismo se establece que para que D pueda realizar un acto de control (restrain) sobre P es necesario que se cumplan dos condiciones, la primera es que razonablemente crea que es necesario para

problema que planteó la entrada en vigor de la *Mental Health Act* de 1983 que redujo las facultades de los guardadores que, con la ley de 1959, se asimilaban a las de la patria potestad de los menores y, tras el cambio legislativo, a los anteriormente mencionados, creando un vacío legal en el resto de las decisiones correspondientes a los aspectos personales que fueron cubriéndose con el uso del *common law.* [1103]

Aunque luego estudiaremos el caso británico, lo cierto es que las formas de incapacidad han sido utilizadas para supervisión del tratamiento por los cuidadores. Por ejemplo, en Estados Unidos, previamente a la entrada en vigor de la Ley Laura, en el Estado de California era una fórmula utilizada para este cometido [1104]. A mi juicio los dos principales problemas que plantean son la ausencia de disposiciones concretas sobre tales particulares que genera un importante margen de imprecisión y, en segundo lugar, la colisión con las normas sanitarias en aquellos países en que existen normas específicas sobre salud mental.

En lo que a España concierne, aunque nuestro ordenamiento no realiza una definición de lo que es incapacidad, sí que concreta cuales son sus causas (artículo 200 C.C.), que precisa declaración judicial (artículo 199 C.C.), que es una magnitud graduable (artículo 760 nº 1 LEC) y modificable también por Sentencia (artículo 761). Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un «estado mental» propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos:

a) Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico);
b) Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y

---

prevenir daños a P y la segunda es que el acto sea una respuesta proporcionada a la probabilidad de que P sufra daño y a la gravedad del mismo. El artículo define lo que se entiende por control para los propósitos del artículo: a) cuando D usa o amenaza con el uso de fuerza para asegurar la resalización de un acto que P rechaza y b) cuando restringe la libertad de movimientos de P, incluso aunque éste no lo rechace. Este tipo de control no incluye el internamiento, que se rige por la Mental Health Act de 1983. Jones estima que el grado de fuerza o compulsión que puede ser necesario para asegurar el tratamiento médico que puede ser suministrado al paciente incapaz sólo puede juzgarse en el caso concreto y por profesionales sanitarios. JONES cita la *sentencia R (on the application of Wilkinson) v. Broadmoor Hospital [2001] EWCA Civ 1545; Case No: C/2000/2267; London, WC2A 2LL Monday 22 October 2001 (L.J. Simon Brown, L.J. Brooke y L.J. Hale)* en la que Lady Justice Hale expresó que que si el paciente incapaz «activamente se opone al curso de la acción, los beneficios que comporta para él deberán ser cuidadosamente sopesados con las desventajas de proceder contra sus deseos, especialmente si la fuerza es necesaria para realizarlo» (para. 64). (Jones, Richard. *Mental Capacity Act Manual.* Thomson-Sweet & Maxwell Ltd., London, 2005, 9/32.). (La sentencia está disponible en Internet: http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2001/1545.html&query=R+(on+the+application+of+Wilkins on)+v.+Broadmoor+Hospital&method=all)

[1103] Ampliamente sobre este particular, Barlett, Peter. *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005.* Oxford University Press, New York, 2005, páginas 1 a 19.

[1104] Lamb, H. R./Weinberger, L. E. «Conservatorship for gravely disabled psychiatric patients: a four-year follow-up study», en *American Journal of Psychiatry* 1992; 149:909-913. Scottish Executive Central Unit. *Review of literature relating to Mental Health Legislation.* Edinburgh, Crown Copyright 2000, páginas 50 y 51. Este último informe hace referencia al uso del recurso a la denominada guardianship en otros países como Japón, Australia o Canadá junto con estadísticas de Escocia, Inglaterra y Gales en las páginas 44 y ss. (Disponible en Internet: http://www.scotland.gov.uk/cru/kd01/purple/review00.pdf)

c) Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por si mismo (criterio jurídico)

Las resoluciones judiciales han valorado la importancia del control del afectado sobre su tratamiento médico a la hora de evaluar la pertinencia de la declaración de incapacidad, tanto para no declararla en el caso de que la persona tenga autogobierno en este aspecto[1105], como para sí hacerlo. En este último sentido, es necesario citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1999, que constituye un pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de aplicar controles terapéuticos en la comunidad a personas que padecen enfermedad mental[1106].

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, configura la incapacidad legal como uno de los supuestos de otorgamiento del consentimiento por representación (artículo 9.3), si bien, como ya dijimos[1107], por aplicación del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo, prima la capacidad natural sobre la legal.

Ante la previsión legal, es difícil dudar que no puedan adoptarse mecanismos de tratamiento involuntario conforme al procedimiento de incapacidad. Incluso el Defensor del Pueblo ha manifestado que esta posibilidad tiene suficiente previsión legal[1108]. Esta Institución también ha efectuado una serie de recomendaciones sobre

---

[1105] «Se trata de una enfermedad persistente, incurable e irreversible, pero controlable terapéuticamente; concluyendo tales informes no impugnados, que al momento de su práctica, la presunta incapaz, no obstante de la enfermedad que padece es capaz de tomar decisiones en cualquier orden de su vida, disponiendo de los elementos necesarios y suficientes para su autogobierno, tanto en el plano personal como en el patrimonial; es por lo tanto que no concurre, en el presente caso, como requisito indispensable para la declaración de incapacidad el de ser de entidad e intensidad suficiente que el sujeto no pueda gobernarse en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico, *pues la enfermedad padecida y asumida por la presunta incapaz es controlable terapéuticamente*» (TS 1ª, S 28-07-1998, núm. 818/1998, rec. 1351/1994. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis [EDE 1998/12946]). El subrayado es mío.

[1106] TS 1ª, S 26-07-1999, núm. 683/1999, rec. 206/1995. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDE 1999/33311). La sentencia dictada por el juzgador de instancia recogía en el fallo una declaración de incapacidad en el orden personal *para las actividades que superen las suyas habituales,* y en el patrimonial para los actos de los números 2º, 3º y 4º del art. 271 y 272 del Código civil, debiendo quedar sujeto a régimen de tutela, *y ordenando que el tutor que sea nombrado se ocupe de que el incapaz sea visto por su psiquiatra cada mes y medio y cada 15 días en los cambios de estación, y se haga un análisis de los niveles de litio cada cuatro o seis meses, debiendo dar cuenta, el tutor nombrado, a este Juzgado cada seis meses de las visitas realizadas a psiquiatra y de los análisis realizados*. La sentencia razona que la expresión *actividades que superen las suyas habituales* es una frase lata, ambigua y de difícil concreción, coordinada además con una incapacitación parcial que se declara y, en el tema de los estados civiles de la persona debe huirse de aquellos defectos y de toda falta de precisión y, por ello, estima el motivo de casación por la inseguridad de la sentencia sobre el ámbito personal de la incapacitación. Sin embargo, en el motivo tercero, razona la necesidad de mantener los pronunciamientos referentes al control médico en atención a las circunstancias concurrentes.

[1107] Vid. Supra VI.1.4.5.B

[1108] Defensor del Pueblo. Resolución de 11 de noviembre de 2005 (Expediente Q0411621). «El artículo 6 del Convenio de Oviedo y el artículo 9 de la Ley 41/2002 son suficientes para abordar los problemas que se suscitan cuando una persona con enfermedad mental rechaza un tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica. Estas previsiones legales que se acaban de citar

las circunstancias que deben tenerse en cuenta, en todo caso, cuando se solicite el auxilio judicial para la administración de un tratamiento involuntario. Tales son:

1) Deberá existir siempre un informe médico que aconseje la aplicación de ese tratamiento.
2) Siempre deberá constar que se ha dado al enfermo la posibilidad de cumplir voluntariamente ese tratamiento.
3) Será necesario haber agotado previamente los recursos médico asistenciales y sociales como alternativa al tratamiento que se pretende imponer.
4) La responsabilidad en la administración de un tratamiento involuntario corresponderá únicamente al personal sanitario encargado del paciente. Sólo en casos excepcionales se podrá pedir la colaboración de otros profesionales.
5) En todos los casos deberá potenciarse en el enfermo el mayor grado de autodeterminación posible y de responsabilidad personal frente a sus decisiones, respetando en la medida de lo posible sus deseos y opiniones.
6) La intervención del juez deberá ser únicamente de carácter instrumental, como autoridad competente de velar por la protección de los derechos humanos del paciente sometido involuntariamente a un tratamiento ambulatorio, que asegure su procedencia únicamente en los casos en que la ausencia de dicho tratamiento repercuta en perjuicio grave de su salud o de la salud de quienes le rodean.

A mi juicio, una vez determinada la posibilidad legal, es necesario comprobar, en primer lugar, si nuestro ordenamiento recoge las tres facultades básicas que habíamos señalado que la *guardianship* británica establece en su artículo 8 y que constituyen también contenidos frecuentes en el contexto comparado: a) fijar el lugar de residencia; b) requerir al afectado/a para que acuda a las citas para tratamiento médico, ocupación, educación o rehabilitación; c) el reconocimiento por el personal destinado a la atención de salud mental.

La primera de ellas, la fijación de domicilio, a mi juicio no ofrece dudas. El tutor tiene obligación de suministrar alimentos (artículo 269 C.C.), lo que incluye facilitar habitación (artículo 142 del C.C.). En general el pupilo será atendido en su propio domicilio pero nada obsta a que pueda residir en un domicilio dis-

---

deben ser puestas en relación con el sistema de protección de derechos que para las personas que incurren en alguna causa de incapacitación establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el artículo 760 de dicha Ley, la decisión final que se adopte en el procedimiento de incapacitación tiene que ajustarse a la concreta situación de la persona afectada por la sentencia que se dicte. En esa sentencia se modularán los límites y el alcance de la incapacitación, se establecerá al mismo tiempo el tipo de guarda que precisa y siempre que sea necesario se indicará quién y en qué circunstancias puede suplir su consentimiento para el supuesto que sea necesario un tratamiento médico que el enfermo mental rechaza. La parte dispositiva de esta clase de sentencias tiene que dar un trato individualizado a la situación personal en que se encuentra cada persona que padece una enfermedad de las citadas».

tinto[1109]. La facultad de designación queda todavía más perfilada en el Código Penal que castiga, en su artículo 224, al que «indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores».

La segunda de las cuestiones, seguir citas para tratamiento, ocupación, educación y rehabilitación, forman parte del núcleo central de los deberes del tutor. Así, el artículo 269, apartado 3, del C.C. establece que el tutor está obligado «a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad». Pero, en el caso de la asistencia médica, el tutor tiene obligación de prestarla dentro del concepto general de alimentos del artículo 142 del C.C., no distinguiendo la ley entre tratamiento por enfermedad somática o psíquica.

En tercer lugar, respecto a la posibilidad de efectuar reconocimientos de la situación del afectado, a mi juicio, forma parte del contenido de la obligación anteriormente reseñada, es decir, es presupuesto necesario a la obligación de prestar asistencia médica.

Sentado lo anterior, un segundo problema es determinar qué régimen de guarda se ajusta más a estas funciones: tutela o curatela. El problema fundamental no radica en aquellos casos en que la enfermedad presente un estado residual permanente incapacitante sino en aquellos casos en que la situación del paciente varíe a lo largo del tiempo. La posibilidad de aceptar la incapacidad de una persona cuya enfermedad se presente a intervalos, es decir, presente fases, ha sido reconocida por la TS 1ª, S 10-2-1986[1110]. Como señala BERCOVITZ, las enfermedades mentales crónicas y de carácter cíclico pueden ser causa de incapacitación, de acuerdo con el artículo 200 del Código Civil, ya que «lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no

---

[1109] Así, artículo 149 del Código Civil. En el Código de Familia de Cataluña Ley 9/1998, de 15 de julio, BOE 198/1998, de 19 agosto 1998 Ref Boletín: 98/20137), el artículo 143 recoge en los deberes de inherentes a la potestad del padre y de la madre el de convivencia pero el apartado 2 expresa que «el padre y la madre, con motivo suficiente, pueden decidir que los hijos residan en un lugar distinto al domicilio familiar». Destacamos el artículo 61 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón que establece el contenido del deber de crianza y autoridad familiar que es también aplicable a los adultos incapacitados bajo tutela por disposición de su artículo 122. En dicho artículo 61 nº 1, letra b, se expresa que «el hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado ni ser retirado de él por otras personas».

[1110] TS 1ª, S 10-2-1986. Pte: Fernández Rodríguez, Antonio (EDE 86/1121) «Dª Evangelina, por su singular característica de evolución crónica, con base paranoide, determinada por una psicosis fásica, maniaco-depresiva, con acusada sintomatología, que cuando entra en fase cíclica, o sea crítica, le produce pérdida de juicio de la realidad y otras deficiencias, tiene la consideración jurídica de persistente a que se refiere el citado art. 200 CC a efectos de generar causa de incapacitación, desde el momento que su dicho carácter crónico y el no constar precisión de cuando la afectada por la referida enfermedad entra en las indicadas fases cíclicas o críticas, evidentemente significa, a efectos jurídicos, persistencia, ya que ésta, como ya lo revela su significación gramatical, es su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica».

posibilidad de gobierno personal se produzca». La persistencia de la enfermedad no es incompatible con el carácter cíclico de la misma, ya que lo que persistencia significa «a efectos jurídicos», «como ya lo revela su significación gramatical, es su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica». El carácter cíclico de la enfermedad, señala el autor, sí que debe tenerse en cuenta «en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado» [1111]. MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala que basta *con que pueda preverse que, cíclicamente y durante un período de tiempo suficientemente prolongado, esa persona no podrá decidir sobre sus asuntos, para que pueda (y deba) dictarse la sentencia de incapacitación.* Matiza el autor que *evidentemente, la pérdida de capacidad durante las fases críticas debe tener, también, una entidad temporal suficiente como para justificar la incapacitación.* [1112]. El Tribunal Supremo ha reiterado este parecer en otras sentencias, una de ellas es la precitada de 26 de julio de 1999 [1113] que matiza:

> Lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino sólo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable

Si atendemos a las distintas resoluciones judiciales que se han producido sobre este tema, comprobaremos que en supuestos de incapacidad parcial existen algunas que se han pronunciado a favor de la curatela [1114] y otras a favor de la

---

[1111] Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo. «La incapacitacion de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter ciclico». *Poder judicial,* numero 3, septiembre de 1986, página 108.

[1112] Martinez de Aguirre y Aldaz, Carlos. «En torno a la enfermedad mental fasica como causa de incapacitacion. Regimen y consecuencias». *Anuario de Derecho Civil* (ADC), tomo XI, fasc. II, abril-junio de 1987, página 718.

[1113] Expresa la citada sentencia: «Es aplicable la doctrina de la sentencia de esta Sala de 1º de febrero de 1986, que no consideró obstáculo para la aplicación del art. 200 C.c. el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia ésta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado».

[1114] Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, en sentencia de fecha 15-12-1999 (rec. 910/1999. Pte: Villagrasa Alcaide, Carlos; EDE 1999/56305), expresa «en definitiva, el curador ha de complementar su capacidad para todos los actos de administración y disposición patrimonial, y además, supervisar y cuidar, en la esfera personal, aquellos actos que precisen su asistencia, tales como el ya mencionado de acudir al médico y controlar el suministro de medicación» o la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, en sentencia de fecha 25 de abril de 2005 (rec. 51/2004. Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V., EDJ 2005/77514) que expresa que «partiendo de la base de que la enfermedad es persistente, crónica y permanente, pero que no cabe duda, según los peritos, que, por un lado, el tratamiento farmacológico reduce el delirio y mejoraría su conducta, y por otro, que *no tiene conciencia de enfermedad,* parece razonable que se haga un seguimiento del tratamiento que se le imponga, *encomendándose al curador la función de cuidar que se siga estrictamente dicho tratamiento,* función que cabe dentro de la curatela, institución de menor tras-

tutela[1115]. Tratándose de incapacidad parcial, la curatela parece inicialmente un mecanismo de guarda legal adecuado. Sin embargo, pese a que las recomendaciones internacionales[1116] recogen el principio de flexibilidad en la respuesta legal, es decir, permitir una respuesta legal adecuada a los diferentes grados de incapacidad y a las situaciones que puedan presentarse, se observa que la curatela se ha venido estructurando de una forma muy rígida en la práctica. Contrariamente al principio general de graduación de la incapacidad, en la práctica se utilizan, en la mayor parte de los casos, sólo dos modelos: incapacidad total y designación

---

cendencia que la tutela, pero que procede respecto de las personas a quienes la sentencia de incapacitación coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento (artículo 287 del Código Civil) teniendo por objeto la asistencia para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (artículo 289 del mismo Código), entre los que se encuentran no sólo los de carácter patrimonial sino otros que afectan a la esfera personal» (el subrayado es mío). Véase también, en este sentido, la SAP de Vizcaya, sección 3ª de 25/01/2005 (rec 477/2004. Pte. Marco Cacho, Concepción, EDJ 2005/33186), sobre un caso de síndrome de Korsakov en el que encomienda a la curadora la «vigilancia en su tratamiento» y «un apoyo que le establezca un orden y buen gobierno así como que vigile su conducta de no recaer en el consumo de alcohol, así como que tome la medicación recetada».

[1115] Así, por ejemplo, la propia Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, en sentencia de 08-05-2000 (rec. 1219/1999. Pte: Anglada Fors, Enrique; EDJ 2000/23084) expresa: «Debe ratificarse, sin necesidad de mayores consideraciones, la sentencia impugnada que declara la incapacidad parcial de (…), quedando sujeto a un tutor, que se le nombrará, una vez firme la presente resolución, en el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria- para la supervisión de su cuidado personal y en especial para su atención médica, que hoy en día, y pese a la mejoría experimentada, aún necesita». Igualmente podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de fecha 16 de octubre de 2003 (nº 517/2003, rec 16/2003, Pte. Bonet Navarro, José, EDJ 2003/155893) que expresa: «la Sala ha considerado que procede acordar la sumisión de la demandada a un tutor, quien deberá velar por el adecuado seguimiento del tratamiento médico prescrito; y de modo similar que en el caso de la sentencia de 14 de diciembre de 2001 y de 18 de septiembre de 2003 antes citadas, la tutela es la más adecuada en el presente supuesto porque el poder que ejercerá el tutor tiene encaje en el artículo 269.3 C.C., dentro de las funciones propias del tutor en el ámbito de la persona del incapacitado.» También de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valencia es la Sentencia de fecha 27/04/2005 (nº 261/2005, rec. 206/2005, Pte. Manzana Laguarda, Mª Pilar, EDJ 2005/95789) en la que expresa, a la vista del informe médico forense que vino a reiterar «que el problema detectado es la falta de conciencia de su enfermedad que le hace desistir de tomar medicación, que si por el contrario lo hiciera podría llevar una vida absolutamente normal», la Sala estima que «procede declarar la incapacidad del recurrente y la rehabilitación de la patria potestad de sus padres a los solos efectos de su sometimiento al tratamiento médico que se le prescriba, pues es precisamente la incapacidad para autodeterminarse en el terreno del cuidado de su propia salud lo que ha quedado evidenciado en autos, de modo que incapacitándolo en ese concreto aspecto deberá someterse al tratamiento médico que se le prescriba, pues es precisamente la incapacidad para autodeterminarse en el terreno del cuidado de su propia salud lo que ha quedado evidenciado en autos, de modo que incapacitándolo en ese concreto aspecto deberá someterse al tratamiento médico que se le prescriba, para lo cual necesitará del apoyo de los servicios sociales del ayuntamiento de su residencia en colaboración con los servicios públicos de asistencia sanitaria del mismo, los cuales facilitarán diariamente bajo supervisión de sus padres la toma de la medicación necesaria para hacer del recurrente una persona que pueda con normalidad vivir en la sociedad». La propia TS 1ª, S 26-07-1999 ya citada expresa: «Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues ésta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3º C.c.). Por parte, la extensión de la incapacidad en el orden patrimonial no debe extenderse más de lo necesario en atención a la enfermedad del recurrente, no abarcando por ello a actos de administración ordinaria.»

[1116] Así, como ya vimos, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces

de tutor e incapacidad parcial y designación de curador, con el contenido habitual genérico establecido en el artículo 290 C.C.

A mi juicio, inicialmente, debe respetarse el principio de preservación máxima de la capacidad y de respeto a los derechos del afectado. No es subjetivamente lo mismo estar sometido a un régimen o a otro. Respetando los principios generales de control, estimamos que no debe existir ningún obstáculo para estimar que pueda existir un régimen de curatela que prevea la facultad de representación en parcelas concretas, posibilidad recogida en el derecho comparado (así, por ejemplo, el artículo 512 del Código Civil francés)[1117].

Las normas de guarda legal, como ya vimos, por acarreo histórico y a excepción de la norma del internamiento que fue introducida en 1983, no contienen prácticamente disposiciones sobre los aspectos personales y sí una prolija y detallada regulación patrimonial que, en ocasiones, resulta muy encorsetada. Los aspectos personales, como ya dijimos, requieren una supervisión que es distinta a la representación legal propiamente dicha y se funda en el derecho de los guardadores de «velar» por el incapaz (DIEZ PICAZO). Los aspectos personales no abarcan exclusivamente una materia de interpretación contable y de valoración de una gestión económica, sino que abarcan la esencia de la persona. Es por ello que la interpretación que se defiende es más conforme al artículo 10 C.E. y se observa que, en el derecho comparado, comienzan a aparecer fórmulas distintas a las del derecho de menores de carácter flexible (como la *Betreuung* alemana) o diferenciada del régimen general de protección de los intereses civiles (como el artículo 490 del Código Civil francés que reclama la independencia del régimen de las modalidades del tratamiento médico). Es de reseñar que nuestro Tribunal Supremo ha declarado que la curatela no se extiende únicamente a las cuestiones de naturaleza patrimonial[1118].

En definitiva, aunque algunos autores señalan que la curatela tiene límites estrictos que impiden la asignación de ámbitos de representación aunque sean mínimos, por tratarse de una institución de puro complemento, nosotros no estamos de acuerdo y estimamos que en las incapacidades parciales debe definirse con

---

[1117] Article 512.- En nommant le curateur, le juge peut ordonner qu'il percevra seul les revenus de la personne en curatelle, assurera lui-même, à l'égard des tiers, le règlement des dépenses et versera l'excédent, s'il y a lieu, à un compte ouvert chez un dépositaire agréé. Le curateur nommé avec cette mission rend compte de sa gestion chaque année au greffier en chef du tribunal d'instance, sans préjudice de la faculté pour le juge de demander à tout moment au greffier en chef que le compte de gestion lui soit communiqué et que la reddition de celui-ci lui soit directement adressée. *(Loi nº 68-5 du 3 janvier 1968 art. 1 Journal Officiel du 4 janvier 1968 en vigueur le 1er novembre 1968;* modificado por *Loi nº 95-125 du 8 février 1995 art. 14 Journal Officiel du 9 février 1995 en vigueur le 9 mai 1995)* (LEGIFRANCE)

[1118] TS 1ª, S 31-12-1991, rec. 2672/1989. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 1991/12410). «El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación a los arts. 271 y 272 CC todos ellos».

claridad la graduación de esta, su extensión y límites, por imperativo del artículo 760 LEC y, practicada esta operación, debe ajustarse al sistema de guarda más adecuado. A nuestro juicio, por imperativo del artículo 10 de la Constitución, debe primarse el sistema de guarda que sea menos restrictivo y más ágil. No tiene sentido admitir el principio de graduación y someter únicamente a dos moldes estrechos de características uniformes el sistema de guarda.

Una solución posible, también, dado el carácter variable en el tiempo que presentan muchas de las incapacidades parciales es la de estimar que, cuando el contenido patrimonial se ajusta a la curatela, se puede mantener este régimen con carácter general, posibilitando, de forma excepcional, sometida a autorización judicial en cada caso, la posibilidad de establecer pequeños ámbitos de representación por tiempo determinado (que no exceda de seis meses, revisable), lo que constituiría una fórmula flexible que atendería al problema de la temporalidad. Podemos reseñar una serie de actos que serían los más necesarios dentro de este último concepto. Así, En el ámbito patrimonial, el ejercicio de la representación para aquellos actos exclusivamente destinados a asegurar, frente a terceros, el abono de sus gastos, para lo cual, con la obligación de rendir cuentas de su gestión, el curador podría ser facultado para percibir las rentas o ingresos de la incapaz, depositando el excedente, si existe, en una cuenta corriente (es el supuesto previsto en el Código Civil francés). En el ámbito personal, la supervisión del tratamiento en la comunidad con las facultades del artículo 9.3 de la Ley 41/2002 y garantizar las medidas afectantes al cuidado personal (por ejemplo, las necesarios para garantizar el suministro de los alimentos previstos en el artículo 142 C.C. en toda su amplitud, y el acceso al domicilio tanto para el curador como, con su autorización, al personal que desarrolle funciones sociosanitarias). La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón parece avanzar en este sentido al permitir su artículo 136.2 que «la sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal».

Por último, hemos de hablar de las facultades de auxilio judicial en este campo. Lo primero que tenemos que reseñar es que las facultades del Juez en este ámbito son muy amplias. En 1996 se introdujo un nuevo párrafo en el artículo 216 del Código Civil[1119] que expresaba que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 del mismo Código podían ser adoptadas, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, cuando lo requiriese el interés de éstos. El artículo 158, entre otras disposiciones, expresa que el Juez debe dictar las medidas necesarias para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las necesidades del afectado, evitar perturbaciones dañosas en los

[1119] L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, disposición final decimotercera (BOE nº 15, de 17 de enero)

casos de cambio de titular de la potestad de guarda y, en general, las que considere oportunas para apartarle de un peligro o de evitarle perjuicios. La facultad de los tutores o de los padres para recabar el auxilio de la autoridad en el ejercicio de su cargo está expresamente prevista en los artículos 268 y 154 del Código Civil. En cuanto al momento de adopción de estas medidas, ya en el ámbito de las cautelares previas al proceso, el artículo 762 nº 1 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al Juez a adoptar de oficio todas las medidas personales (también patrimoniales) que requiera la protección del incapaz y a poner la situación en conocimiento del Fiscal para que promueva la incapacidad, si fuera procedente. Una vez entablado el procedimiento, idéntica facultad recoge el artículo 762 nº 1 en cualquier estado. Una vez firme la sentencia, aunque las medidas del artículo 158 pueden adoptarse en cualquier proceso civil o penal, lo habitual será que se realicen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria y la disposición adicional tercera de la L.O. 1/1996, de 15 de enero establece que tanto el Juez como el Fiscal actúan de oficio en estos casos adoptando las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas, supliendo la pasividad de los particulares y asesorándoles sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes, no siendo precisa la intervención de abogado ni de procurador y no convirtiendo el proceso en contencioso el hecho de la oposición de cualquier interesado.

El apartado 3º está concebido en términos tan amplios que parece incluir todo. Ahora bien, no es necesario acudir al 3º de los párrafos porque el primero da una solución al aspecto más espinoso. Si el juez tiene obligación de asegurar la prestación de alimentos, alimentos son (artículo 142 C.C.) no sólo el sustento, habitación y vestido sino también «la asistencia médica».

En cuanto a los reconocimiento, matizar que resulta evidente que la protección de la persona requiere el conocimiento de su estado personal, lo cual no hay inconveniente en que se realice de forma periódica si la situación lo aconseja, es simple sentido común. Pues bien, como señala el artículo 354 nº 1 de la LEC, «para la efectividad del reconocimiento el tribunal puede acordar cualesquiera medidas que sean necesarias, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en que se encuentre la persona que se deba reconocer». El Juzgado de Primera Instancia podía con anterioridad a esta ley acordar la entrada en ejecución de sus funciones conforme a los criterios sentados por el Tribunal constitucional[1120]. Cuestión distinta es si la necesidad de efectuar el reconocimiento puede determinar un internamiento en centro adecuado para la práctica exclusiva de tal diligencia. La respuesta debe ser afirmativa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[1121] lo ha considerado legítimo siempre que se cumplan las exigencias de proporcionalidad, atendidas la complejidad de la valoración y el agotamiento de medios previos

[1120] Así, Sentencia del Tribunal Constitucional (2ª) 22/1984, de 17 de febrero (EDE 84/22) y Auto 272/85 de 24 de abril.

[1121] Caso Matter contra Eslovaquia, STEDH de 5 de julio de 1999, EDE 1999/26266

para su realización. Además de lo anterior, el reconocimiento judicial y el pericial pueden concurrir (artículo 356) y puede hacerse con el médico o equipo que le está tratando porque en los procesos sobre capacidad de las personas el tribunal puede, de oficio, designar peritos cuando la pericia sea pertinente (artículo 339 nº 5 de la LEC).

Excurso: Personas jurídicas públicas tutoras

La ya varias veces citada Recomendación de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces establece que deberán adoptarse actuaciones encaminadas a dotar de un número adecuado de personas idóneas para la representación y asistencia de adultos incapaces y que será especialmente considerado, en particular, el establecimiento o soporte de asociaciones u otros organismos con la función de proveer y formar a tales personas.

Nuestro Código Civil admite la existencia de personas jurídicas tutoras en su artículo 242 siempre que no tengan finalidad lucrativa y que dentro de sus fines se encuentre la protección de menores e incapacitados. Aunque en España existen importantes entidades tutelares de carácter privado, su desarrollo es desigual en las distintas autonomías [1122]. La expansión del modelo público de entidades tutelares es dato constatable que no es fruto de la casualidad [1123]. Ya la Recomendación sexta del Informe del Defensor del Pueblo, sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España de 1991 manifestaba que era necesario *que por la administración sanitaria o asistencial se adopten las previsiones organizativas necesarias para facilitar el nombramiento de tutor o defensor judicial de los incapacitados que carezcan de parientes, así como para el adecuado ejercicio de ambas funciones.* [1124]

La primera experiencia fue la del Instituto Almeriense de Tutelas. La Diputación de Almería, en pleno celebrado el día 25 de mayo de 1990, aprobó sus estatutos. Se trata de un organismo autónomo local de naturaleza pública, carácter administrativo y sin ánimo de lucro, dependiente de la Diputación Provincial de Almería, que cuenta con personalidad jurídica propia para el cumplimiento de sus fines, patrimonio especial y autonomía funcional.

Casi al mismo tiempo surgieron otras experiencias como la Comisión Madrileña de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, creada en virtud del Real Decreto

---

[1122] Así, por ejemplo, en Cataluña ha experimentado un notable desarrollo que está incidiendo en la calidad de tales organismos. En este sentido, Generalitat de Catalunya. *Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelar de Catalunya,* Departament de Benestar Social, 2002

[1123] Una guía sobre las diferentes entidades tutelares puede encontrarse en Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. *Tutela de personas adultas. Guía de información y recursos.* Comunidad de Madrid, 2000. También es de citar el reciente *Congreso Estatal sobre tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo,* celebrado en San Sebastián los días 9 y 10 de marzo de 2006 que dedicó buena parte de su tiempo al análisis de este tipo de instituciones.

[1124] Defensor del Pueblo. *Op. cit.*, página 679

93/1990 de 4 de octubre de la Consejería Madrileña de Integración Social, desarrollado en virtud de Orden 719/1990 de 28 de noviembre. Este organismo ha evolucionado hacia el modelo de agencia. La Agencia Madrileña para la tutela de adultos fue creada por Ley 4/1995 de 21 de marzo, sustituyendo a la anterior Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos. En este caso se trata de un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada para el cumplimiento de sus fines, sin ánimo de lucro y que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado. Entre sus fines (artículo 4) se encuentran el ejercicio de tutelas de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente, la asunción de las defensas judiciales, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situaciones de desamparo, el fomento de acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados por la Agencia, facilitando recursos sociales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario, la administración de los bienes del tutelado, la información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres familiares y otros tutores [1125].

Tras estas experiencias, las restantes autonomías han ido desarrollando instituciones propias [1126].

La importancia de este tipo de organismos es evidente. No es una singularidad de nuestro sistema jurídico. En Europa existen instituciones similares. Por citar alguna, la tutela del Estado en Francia (artículo 443 del Código Civil Francés).

Resulta interesante analizar el proceso que se ha desarrollado en Europa en lo concerniente a las tutelas públicas de personas que padecen enfermedades mentales. Así, por ejemplo, durante la vigencia de la *Mental Health Act* de 1959

[1125] Sobre la Agencia Madrileña, ver Asenjo Garzón, Fernando. «La experiencia de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos: adecuación de su actividad a las exigencias legales» en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII,* Ministerio de Justicia, 1997, páginas 293 a 308

[1126] Podemos citar, sin ánimo exhaustivo, la *Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados,* creada por Decreto 142/1992 de 30 de julio del Gobierno Valenciano y en la actualidad regulada por el Decreto 192/1998 de 30 de noviembre del Gobierno Valenciano que deroga el anterior (parcialmente modificado por Decreto 59/2000, de 25 de abril, del Gobierno Valenciano), la *Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha* (creada por la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha y desarrollada por Decreto 71/1997 de 17 de junio), la *Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura* (creada por Decreto 52/1996 de 9 de abril como órgano adscrito a la Consejería de Bienestar Social), la *Fundación Gallega para la tutela de adultos,* declarada, por Orden de 10 de enero de 1997, de interés gallego (en este caso se trata de una organización de naturaleza fundacional, de interés gallego, con personalidad jurídica propia, constituida sin ánimo de lucro por las Consellerias de Sanidad y Servicios Sociales y Familia, Mujer y Juventud, cuyo patrimonio se halla afectado de modo duradero a la realización de los fines de interés general propios de la institución), la *Fundación Tutelar Aragonesa de Adultos,* creada por Decreto 4/2001, de 16 de enero en (que sustituye a la anterior por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos creada por Decreto 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón), la *Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas* creada por Decreto Foral 269/2001, de 24 de septiembre.

en Inglaterra y Gales, las autoridades locales fueron, en general, reacias a aceptar el amplio margen de responsabilidad que la guarda suponía por sus implicaciones presupuestarias y de recursos, y el texto de la ley no siguió las recomendaciones de la *Percy Commission* de que la aceptación de las solicitudes de *guardianship* fueran obligatorias para tales autoridades. Fue un hecho el descenso del uso de la *guardianship* en los años posteriores a 1959 y particularmente insignificante su empleo para utilizar poderes en la comunidad sobre las personas con enfermedad mental[1127]. En la actualidad el incremento del uso de esta institución es manifiesto[1128], particularmente en el plano de los/las ancianos/as internos/as en residencias[1129]. En el 99 % de los casos, el *guardian* es una autoridad local[1130].

En Alemania, la *Betreuungsgegsetz* de 1992 fue reformada en 1998 fundamentalmente por el importante coste económico que supuso para el Estado tener que hacerse cargo de los sometidos a *Betreuung* que carecen de parientes próximos que puedan desempeñar tales funciones, así como de recursos propios. Ello obligó al Estado alemán a designar un profesional para tal desempeño con cargo al erario público. La reforma establece criterios más restrictivos para tal designación y un mayor control[1131].

Tanto el principio de subsidiariedad de la acción de estas Instituciones Tutelares como los problemas de implantación y costes están siendo hoy objeto de estudio en las diferentes Comunidades Autónomas. La Fiscalía General del Estado, reconoció de hecho la posibilidad de que una persona jurídica pública pueda ser nombrada tutora de una persona incapacitada siempre que se trate de una Administración entre cuyas competencias se encuentren las de tipo asistencial que se extiendan a este colectivo pero reconoció también un cierto margen con aquellas comunidades que no contasen con estructuras específicas, estimando preferible acudir a otras designaciones o incluso admitiendo la excusa de medios, posibilidad que se admite al inicio (artículo 251 párrafo segundo del Código Civil) pero no después de aceptada (artículo 254)[1132]. Por otro lado, también advierte la Fiscalía que, presentando algunas ventajas, también comportan ciertos riesgos que deben ser sopesados cuidadosamente como el peligro de burocratización de las funciones,

---

[1127] Unsworth, Clive. «Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order». *Journal of Law and Society,* Volumen 18, número 2, verano de 1991

[1128] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Op. cit.*, página 560

[1129] Para los aspectos patrimoniales, Inglaterra y Gales cuenta con un organismo que se denomina *Public Guardianship Office*. Se trata de un organismo de apoyo de la Corte de Protección que fue establecido en abril de 2001 sustituyendo al *Public Trust Office*. Sus funciones están asociadas básicamente a los aspectos patrimoniales, dadas las características del sistema de incapacidad de Inglaterra y Gales expuestas en el epígrafe precedente. Debido a la ampliación de poderes que experimentará la Corte de Protección cuando entre en vigor la *Mental Capacity Act* de 2005 (Barlett, Peter, *Blackstone's Guide*… páginas 49 y ss. y 71 y ss.) también esta Institución verá incrementadas sus funciones. Su página web es http://www.guardianship.gov.uk/

[1130] Jones, Richard. *Mental Health Act Manual, cit.,* página 65

[1131] Santos Morón, María-José. *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen.* Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, páginas 16 y 17, nota 8

[1132] Fiscalía General del Estado. *Consulta 2/1998, de 3 de abril sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.* Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1999, páginas 519 a 532

la ausencia de elementos de carácter moral y afectivos, la falta de medios que puede provocar la falta de personal especializado, etc. Es necesario, pues, ponderar en cada caso la idoneidad que es el criterio rector en estas cuestiones, primando la permanencia en el medio familiar (artículo 50.d de la Ley 13/1982) e, incluso, en los casos en que ello no sea posible o adecuado, valorar fórmulas que permitan compromisos de colaboración para que los familiares no queden totalmente al margen del cuidado del incapaz, produciéndose un fenómeno de derresponsabilización [1133].

La falta de personas físicas tutoras en muchos casos dio lugar a la proposición de la Administración de las Comunidades Autónomas como tutoras a través de sus Consejerías de Bienestar Social. En el caso de mi provincia (Alicante), por ejemplo, la Fiscalía comenzó a realizar este tipo de solicitudes al principio de la década de los 90, poco antes de la creación de la *Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados* en el año 1992. Con posterioridad a la Consulta 2/1998, muchas Fiscalías siguieron un proceso similar [1134]. Sin embargo, todavía el criterio parece ser bastante restrictivo [1135].

Las noticias que conocemos parecen apuntar a que el porcentaje de asunción de tutelas va en aumento. Sin embargo, la dotación material y personal de estas instituciones de tutelas no permite un gran margen de operatividad.

En el ámbito de las personas con enfermedad mental hay que plantear que es tiempo de dejar viejas prácticas de institucionalización de los tutelados y apostar decididamente por el trabajo en el exterior. En este sentido, son de destacar la elaboración de una serie de principios básicos que deben de presidir su actuación como 1) el *principio de subsidiariedad* (la acción pública en esta materia es siempre subsidiaria a la que puedan prestar los familiares o allegados) [1136]; 2) el *principio de atención integral* (el objetivo de la tutela no es

---

[1133] Consulta 2/1998, cit., páginas 526 y 527.

[1134] De este proceso da cuenta Santos Urbaneja, Fernando. «Fundaciones Tutelares Públicas: un modelo de futuro (La experiencia andaluza)». En *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002*. Ministerio de Justicia, 2002, páginas 911 a 958 que cita el caso de Baleares en 1998 (páginas 918 y 919) y de Córdoba en 1999 (páginas 926 y ss.)

[1135] Por ejemplo, el Auto nº 152/00 de 26 de enero de 2000 de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante (Rollo de Apelación nº 66-A/2000), expresa este carácter excepcional: «Es claro que tal decisión sólo debe de adoptarse por el juzgador cuando se constate sin lugar a duda razonable, bien la no idoneidad en los términos a los que refiere de forma positiva el artículo 235 y de forma negativa los artículos 243 y 244 apartados 2 a 5 para el ejercicio de la tutela, de todas aquellas personas que ordenadamente enumera el artículo 234 del C.C. con relación a las cuales presume el legislador la existencia de afectos y comunidad de intereses con el incapaz, o en otro caso la imposibilidad en que tales familiares puedan hallarse para el ejercicio de la tutela; *imposibilidad que no cabe duda habrá de entenderse y admitirse en términos muy restrictivos dada la condición de «absoluta» que se contiene en los términos literales del artículo 244-1ª del C.C., y además por cuanto el ejercicio de la función tutelar se halla configurada como un verdadero derecho-deber del llamado por la Ley al ejercicio de tal función.*» (el subrayado es mío)

[1136] Este es un principio común recogido en diferentes recomendaciones internacionales como el principio 5 de la Recomendación nº R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre los principios relativos a la protección legal de los adultos incapaces de 23 de febrero de 1999. Aunque los costes que genera la asunción de tutelas pueden parecer el motivo exclusivo de este principio, el motivo de

otro que el beneficio de la persona incapacitada, lo que implica velar por su bienestar en todos los ámbitos, personales y materiales)[1137]; 3) el *principio de humanización* (los organismos públicos, al igual que las personas jurídicas, no tienen apariencia humana ni generan los lazos de confianza que una institución como la tutelar exige)[1138]; 4) el *principio de colaboración* (la actual estructura del Estado implica que hay personas que pueden precisar de los servicios de entidades tutelares enclavadas en distintas Comunidades Autónomas o la posibilidad de establecer convenios con entidades tutelares no gubernamentales cuya expansión a lo largo del Estado se ha hecho patente a partir de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general y la creación de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares)[1139].

---

la intervención pública radica en la imposibilidad o inidoneidad del núcleo de familiares o allegados para su asunción, esta lectura es la que se desprende de los artículos 234, 235 y 239 de nuestro Código Civil. Ello no obstante, existen una serie de actuaciones públicas que, sin implicar el ejercicio de la tutela, no deben dejar de tomarse en cuenta, particularmente: a) El auxilio a los tutores en el ejercicio de su cargo cuando la situación lo exija, lo que puede implicar fórmulas de colaboración (artículos 268 del Código Civil y Consulta 2/1998, de 3 de abril, de la Fiscalía General del Estado). b) La formación, capacitación y asesoramiento a los tutores en el ejercicio de su cargo. El ejercicio de los cargos tutelares implica el cumplimiento de una serie de deberes cuya complejidad varía sustancialmente en los diferentes casos. Para evitar precisamente que, en algunos casos, la falta de idoneidad del tutor para el cumplimiento de estos deberes redunde en perjuicio de los afectados (principio 17 R[99]4), las entidades tutelares públicas pueden ejercer tales funciones directamente o las Administraciones promueven la existencia de asociaciones u organismos encargados de realizar tales servicios (lo que es observable particularmente en países como Austria y Francia). Estas intervenciones son denominadas por Santos Urbaneja (*Op. cit.*) como «principio de corresponsabilidad» que, frente al modelo en el que las competencias son asumidas en bloque por la familia o por la Administración, permite abrir otra vía mucho más satisfactoria y eficaz.

[1137] Para su realización práctica es necesario atender a diferentes áreas que exigen personal con preparación adecuada y disponer de una serie de servicios particularmente de naturaleza sociosanitaria. No es necesario que el organismo tutelar sea titular de los servicios indicados en segundo lugar pero sí que tenga un fácil acceso a ellos. De hecho, buena parte de los modelos de personas jurídicas públicas tutoras se inspiran en el principio de no prestación directa de los servicios, es decir, *no se trata de crear estructuras propias sino de instrumento de gestión de recursos* (Fundación Cordobesa de Tutela. *La experiencia andaluza, un modelo de futuro.* FAISEM, 2005, páginas 25 y ss.). La diversidad de tales servicios, en cualquier caso, implica un principio de coordinación que puede traducirse en reglamentaciones o en simples normas de buena práctica. Sin ánimo exhaustivo destacar los apartados que siguen: a) relaciones con las autoridades judiciales; b) relaciones con las entidades encargadas de Servicios Sociales; c) relaciones con las entidades sanitarias; d) intervenciones particulares como gestión de patrimonio de tutelados ingresados en centros tales como custodia de objetos de valor, dinero de bolsillo, manejo de cartillas de ahorro...; e) instrucciones en el caso de ser necesaria la prestación del consentimiento para las intervenciones sanitarias por representación; f) criterios sobre los procedimientos a seguir en la declaración de desamparo previsto en el artículo 239 C.C.

[1138] El ejercicio de la tutela se sustenta en un ámbito personal que exige, principalmente, afecto y atención. Para paliar este problema se vienen creando figuras como la de los «delegados tutelares» que permiten un acercamiento a la figura del tutelado. La seguridad de contar con una persona determinada con la que se establecen vínculos personales se estima fundamental para el interés de los incapacitados. Particularmente, es observable que, en el caso de personas que permanecen institucionalizadas en centros, es necesario que tales «delegados tutelares» sean personas ajenas a los centros.

[1139] La Asociación tiene ámbito estatal y se halla integrada por 21 Fundaciones Tutelares que entre todas suman unas 1000 tutelas y cuentan con el apoyo de 250 Delegados tutelares (Recover Balboa, Torcuato. «Asociaciones y Fundaciones como instrumentos de protección de las personas con discapacidad». Seminario: *El Fiscal y la protección de las personas discapacitadas*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005.

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

La nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 239 con el siguiente tenor:

> La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

El precepto supone una ampliación muy importante de la intervención de las entidades tutelares públicas en el marco de la incapacidad. Por un lado, es evidente que este precepto se aplicará en todos los casos en que ninguna de las personas del artículo 234 sea nombrado tutor, lo que configura una intervención subsidiaria de la entidad pública y, por otro, atiende a las situaciones de desamparo que define. La intervención del Organismo Público puede dar lugar a la propia asunción o, entendemos, a que localice una persona (física o jurídica) apropiada para el desempeño de la función. No hay que olvidar tampoco que esta es también función judicial, dado que estas personas pueden ya ser conocidas por el Juzgado antes de designar a la entidad tutelar pública (artículo 235 C.C.). También hay que tener en cuenta los supuestos de guarda de hecho que atiende correctamente al afectado/a, como acertadamente pone de relieve FÁBREGA RUIZ[1140].

La operatividad del precepto, no obstante, ve su eficacia condicionada por la falta de regulación[1141]. Es discutible que no tenga aplicación en los casos de incapaces de hecho. En las I Jornadas de Fiscales de Tutelas y Discapacitados celebradas en Madrid en 2004 se entendió que este ultimo párrafo del artículo 239 CC solo será aplicable en aquellos casos en que, existiendo una declaración judicial de incapacidad, no se haya podido designar o designado tutor a un familiar, persona allegada o persona jurídica idónea. Debe excluirse de este precepto, según recogen las citadas conclusiones, a los discapacitados naturales, puesto que, el artículo 199 CC exige sentencia para considerar que existe una situación de incapacidad, a diferencia del caso de menores en que la minoría de edad viene marcada por un dato objetivo no judicial. Con antelación a la sentencia de incapacidad, se estima que sólo se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aún no hayan

---

[1140] FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. Aspectos de interés introducidos por la ley de protección patrimonial del discapacitado y la ley sobre igualdad de oportunidades. Seminario: El Fiscal y la protección de las personas discapacitadas. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005

[1141] MINISTERIO DE JUSTICIA. *I Jornadas de Fiscales especializados en Discapacitados y Tutelas.* Centro de Estudios Jurídicos Madrid los días 10 y 11 de junio de 2004 (conclusión número 31)

sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la LEC o 158 del C.C., pero ya no por ministerio de la ley, de forma obligatoria, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado la conveniencia de que así se haga[1142].

A mi juicio, es claro que la existencia de una enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma es una cuestión de hecho, pero nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial (artículo 199 del Código Civil). En principio, es razonable que cualquier medida sea adoptada respecto de personas que ya tienen la referida declaración o en el curso de un procedimiento judicial que tienda a tal declaración. Sin embargo, hay casos de incapacidad de hecho evidentes para cualquiera en los que concurren situaciones de riesgo inminentes y que exigen la adopción de medidas inmediatas que no pueden esperar a la comunicación al Juez. En tales casos, la Administración no puede permanecer con los ojos vendados. Muchos son los argumentos para ello: a) en primer lugar, ningún precepto impide que la Administración ejerza funciones de guardador de hecho, sin perjuicio de la obligación de comunicar al Fiscal la existencia de la causa de incapacidad por imperativo del artículo 757 nº 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (véanse, también, en este sentido, los artículos 25, 618 nº 1 y 195 nº 1 del C.P.; b) junto con el ingreso urgente por razones sanitarias, el ingreso urgente en centro residencial por parte de los servicios sociales también es posible en los casos de riesgo inminente, por lo que sería aplicable el sistema de ratificación judicial posterior (suele suceder frecuentemente en el caso de ancianos); c) debe primar, sobre cualquier otra consideración, que la situación de desprotección es una situación de hecho y que todas las medidas tendentes a paliarla, judiciales o administrativas, se rigen por el criterio del interés superior del incapaz. Si bien es necesario atender al grado de discapacidad y a la proporcionalidad de la medida y la atención a los deseos y circunstancias personales del individuo, no lo es menos que cuando la incapacidad es manifiesta para cualquiera y existe riesgo inminente, los principios de necesidad y de evitación de formalismos innecesarios deben de primar[1143].

3.3. Medidas con sustantividad propia

Como expresa WINICK, un nuevo modelo está emergiendo en las normas sobre salud mental. Sus detractores lo denominan «modelo preventivo» y sus partidarios «tratamiento asistido en la comunidad»[1144]. Lo que caracteriza a esta nueva forma

[1142] Ministerio de Justicia. *I Jornadas de Fiscales especializados...* (conclusión número 46)

[1143] Véanse, en este sentido, el principio 5 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces.

[1144] Winick, Bruce J. *Civil commitment...,* página 239

de tratamiento ambulatorio involuntario, según el autor, es que se aplica incluso cuando la persona afectada no satisface los criterios del internamiento civil[1145].

Este factor, la ampliación del supuesto de hecho, es un elemento sencillo para diferenciar esta nueva medida del internamiento civil. Sin embargo, a mi juicio, no recoge la dimensión del problema en su totalidad. Efectivamente ha surgido una forma jurídica nueva pero su nacimiento obedece a la evolución de otras que la han precedido y a la intención de atender a problemas emergentes.

Cuando analizamos, en los epígrafes iniciales de este trabajo, el momento en que el internamiento civil cobra su propia sustantividad como medida autónoma en el devenir histórico, vimos que existían otras formas de detención[1146]. La medida cobra su propia independencia de las restantes en atención a la existencia de unos problemas determinados y tiene un lugar y fecha de nacimiento concreto pese a la existencia de precedentes. En el caso del internamiento, estimamos que esta evolución se produjo en Francia a principios del siglo XIX, expandiéndose al resto de Europa y del mundo. En el caso de la medida de tratamiento ambulatorio involuntario, el fenómeno se produce en Estados Unidos a finales del siglo XX y está, en la actualidad, en proceso de expansión. A mi juicio, siendo la ampliación del supuesto de hecho un elemento diferencial respecto del internamiento, no es el único a tener en cuenta. La nueva medida acoge en su seno elementos propios de los sistemas de incapacidad personales, es decir, las facultades que hemos ido reseñando en el epígrafe anterior (determinación de lugar de residencia, requerimientos de asistencia a lugares determinados para tratamiento y rehabilitación psicosocial, facultades del personal sociosanitario de reconocer en lugares distintos al hospital) y de los elementos que ilustran la evolución legislativa del derecho al consentimiento informado (determinación de la capacidad de decisión, designación de personas que ejercen el consentimiento por representación o sustitución, incidencia de las instrucciones previas…). Un último elemento —y no menos importante— es la elaboración de un nuevo marco de consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento.

Esta forma de realizar la distinción es clara cuando la manera en que se presenta regulada la medida acoge todos los elementos anteriormente citados. Sin embargo, cuando sólo define algunos, lo cual veremos que sucede frecuentemente, no permite tanta nitidez con respecto a las formas anteriores, en particular con la que hemos denominado alternativa menos restrictiva a la hospitalización.

Con objeto de facilitar la exposición, hemos dividido este epígrafe en dos para distinguir el desarrollo del proceso en los países del sistema del *common law* y el proceso en Europa.

[1145] Winick, Bruce J. *Civil commitment…,* página 249

[1146] Vid. supra. V.1.2.1

3.3.1. El proceso en los países del common law

ESTADOS UNIDOS

El tratamiento ambulatorio involuntario en sus diversas denominaciones (*outpatient commitment, assisted outpatient treatment, involuntary outpatient placement, involuntary outpatient treatment*, etc), en sentido amplio y no sólo en el de medida autónoma que es ahora objeto de análisis, tal como fue concebido en Estados Unidos, estaba diseñado para evitar el problema de la puerta giratoria y para ayudar a los pacientes a acceder de forma adecuada a los servicios comunitarios. Su desarrollo implicaba la orden de un juez para cumplir con un plan que comprendía tratamiento y servicios sociales en el entorno comunitario con objeto de prevenir el deterioro a que previsiblemente conduciría su falta de aplicación. Se trataba de permitir el acceso al tratamiento psiquiátrico necesario y apropiado en el entorno menos restrictivo posible. Las normas sobre tratamiento ambulatorio obligado se desarrollaron ampliamente en el país en los años 70 y 80. La mayor parte de los Estados poseen normas sobre este tipo de intervenciones, como señalan TELSON et al.[1147], existen numerosas diferencias: 1) existen Estados que carecen de normas sobre este tipo de intervenciones judiciales[1148]; 2) algunos Estados lo permiten sólo tras un período de hospitalización mientras que en otros se inicia directamente desde el ámbito extrahospitalario; 3) en algunos Estados los criterios no difieren de los patrones aplicables para el ingreso involuntario mientras que otros sí que presentan criterios distintos para el tratamiento externo; 4) el modelo de paciente susceptible de intervención se centra en un historial previo de fracaso en el seguimiento del tratamiento o, simplemente, en determinadas condiciones de la enfermedad; 5) finalmente la manera de afrontar la falta de cumplimiento varía, en algunos casos se permite la rehospitalización directa, en otros se precisa nueva audiencia del Juzgado e incluso algunos Estados no prevén ninguna consecuencia para su incumplimiento, existen normas que permiten órdenes judiciales que implican la imposición de medicación al paciente y otros no.

En 1995, una encuesta revelaba que, de los 35 Estados (y el Distrito de Columbia) que entonces disponían de normas sobre tratamiento involuntario ambulatorio, sólo 12 y el Distrito de Columbia utilizaban este recurso de forma habitual o muy habitual. Las razones de su falta de utilización eran diversas, incluyendo problemas de presupuesto, falta de información e interés, concernientes a los derechos civiles, criterios muy restrictivos o la ausencia de mecanismos de ejecución para el caso de incumplimiento. Algunos Estados utilizaban mecanismos formales o informales para asegurar la adherencia al tratamiento por ejemplo la *conditional release* era

---

[1147] TELSON, Howard et al. *Report of the Bellevue Hospital Center outpatient commitment pilot program* Nueva York, 19 de febrero de 1999, «Parte I. Antecedentes»

[1148] Sólo 8 Estados carecen de legislación tras la aprobación, en junio de 2004, de la *Baker Act reform* en Florida (entró en vigor en enero de 2005): Connecticut, Florida, Maine, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Jersey, New Mexico, Tennessee.

ampliamente utilizada en New Hampshire y los mecanismos ligados a la incapacidad legal (*conservatorship-guardianship*) en California. Dentro de los Estados, además, variaba considerablemente su uso en las distintas localidades[1149].

SWARTZ et al, en 1995[1150], diferenciaba tres tipos de leyes reguladoras: a) aquellas que suponían una suspensión del internamiento bajo condiciones (que en este trabajo hemos denominado «libertad a prueba»); b) aquellas que suponen que el paciente reúne los requisitos para la hospitalización forzosa y se faculta la elección entre recibir tratamiento en el hospital o en la comunidad (que en este trabajo hemos denominado «alternativa menos restrictiva a la hospitalización»); c) un tercer modelo de tipo preventivo que recoge los supuestos de personas que habitualmente no reúnen los criterios para la hospitalización involuntaria pero que se estima que tienen un serio riesgo de descompensación que daría lugar al internamiento si no siguieran tratamiento en la comunidad[1151]. Es importante reseñar que los procedimientos judiciales anteriores son específicos independientes de la posible declaración de incapacidad legal.

Desde que en 1999 varios Estados promulgaron disposiciones introduciendo disposiciones como las expuestas, elevando el número total a 41, comenzó a desarrollarse un gran interés por este tipo de medidas, particularmente desde la promulgación de la Ley Kendra en Nueva York[1152]. Lo cierto es que estas fórmulas de tratamiento obligatorio, a pesar de la polémica que ha supuesto su introducción en la legislación de salud mental, están en progresiva expansión, no sólo en Estados Unidos y en los países que cuentan con sistemas jurídicos análogos como son Canadá, Nueva Zelanda, Australia y el Reino Unido, sino también en todo el planeta. Podemos citar, por ejemplo, las normas de Israel[1153] y Sudáfrica[1154].

Aunque actualmente son 42 los Estados que recogen algún tipo de fórmula de tratamiento ambulatorio involuntario, WINICK estima que sólo 15 recogen fórmulas del denominado modelo preventivo[1155]. Vamos a centrarnos en las

---

[1149] TORREY, E.F. Y KAPLAN, R.J. «A National Survey of the Use of Outpatient Commitment». *Psychiatric Services,* 1995, 46(8), 778-784

[1150] SWARTZ et al. «New directions in research on involuntary outpatient commitment». *Psychiatric Services.* 1995, 46: 381-385

[1151] PETRILA añade un cuarto modelo, el de aquellos Estados en los que los Tribunales crean «de hecho» figuras equivalentes, ordenando a una persona a su sometimiento a externo a pesar de la ausencia de legislación expresa que lo contemple. PETRILA, John. *Involuntary Outpatient Commitment Forum. A summary of issues and research.* State of Florida Department of Children & Families Mental Health Program. University of South Florida. Louis de la Parte Florida Mental Health Institute. Department of Mental Health Law & Policy, 1999. Página 5.

[1152] APPELBAUM, Paul S. «Thinking carefully about outpatient commitment». *Psychiatric Services,* March 2001, Vol. 52, nº 3, páginas 347 a 350; MONAHAN et al. «Mandated Treatment in the Community for People with Mental Disorders», *Health Affairs,* Volume 22, Number 5, September/October 2003, páginas 28 a 38.

[1153] *Ley de Tratamiento de los Pacientes Mentales* del Estado de Israel (1991)

[1154] *Mental Health Care* Act, Act No. 17, *2002, (Assented to 28 October 2002.) Government Gazette, 6 November 2002, No. 24024,* artículos 26 y 32 (disponible en internet: http://www.polity.org.za/pdf/MentalHealthCareAct17.pdf)

[1155] WINICK, Bruce J. *Civil commitment…,* página 247. El informe Bellevue no recogía el caso de Florida por no haber sido aprobada todavía la ley, pero añadía el Estado de Wyoming dentro de los que incorporaban sus propios supuestos. Voy a excluir a este último porque de lo que se trata en esta exposición es simplemente proporcionar un panorama general.

normas de estos Estados para hacer un cuadro general de la regulación de estas medidas en Estados Unidos[1156]. El primer elemento en el que vamos a centrar nuestra atención es en la definición de los supuestos de hecho que recogen tales normas. Excluiremos los supuestos que contemplan la peligrosidad para terceros (*police power*) por ser objeto de tratamiento en otro apartado concreto de este trabajo. En general, los supuestos de hecho obedecen a la ambigüedad característica de los criterios generales para el internamiento que se plasman en las leyes. En muchos casos, los criterios son los mismos que los adoptados para la hospitalización (*parens patriae*) pero se adopta el principio de la alternativa menos restrictiva o se añade algún criterio más. Los supuestos adicionales que, a mi juicio, resumen el panorama legislativo de estos 15 Estados son:

- Prevención del deterioro de las habilidades de funcionamiento autónomo[1157]

[1156] Insertamos, a continuación, las referencias legislativas:
1) *Code of Alabama* 1975. Title 22. Health, Mental Health and Environmental Control. Title 2. Mental health. Chapter 52 Commitment, discharge and transfer of persons in state institutions. Article 1 Commitment of mentally ill persons generally. (http://www.legislature.state.al.us/codeofalabama/1975/coatoc.htm)
2) *California Welfare and Institutions Code.* Section 5345-5349.5 (Laura's Law). (http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/wic/5345-5349.5.html)
3) *The 2005 Florida Statutes.* Title XXIX. Public Health. Chapter 394. Mental Health. PART I. Florida Mental Health Act. 394.4655 Involuntary outpatient placement. (http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&U RL=Ch0394/PART01.HTM)
4) *Georgia Code.* Title 37. Chapter 37-3 (http://www.legis.state.ga.us/cgi-bin/gl_codes_detail.pl?code=37-3-1)
5) *Hawaii Statutes 2005.* Vol. 6. Chapter 334. Mental Health, Mental Illness, Drug Addiction, and Alcoholism. Part VIII. Involuntary Outpatient Treatment. (http://www.capitol.hawaii.gov/hrscurrent/vol06_ch0321-0344/hrs0334/hrs_0334-0121.htm)
6) *Idaho Statutes.* Title 66 State Charitable Institutions. Chapter 3. Hospitalization of mentally ill. Sections 66-339A, 66-339B, 66-339C. (http://www3.state.id.us/idstat/TOC/66003KTOC.html)
7) *Indiana Code.* Title 12. Human Services.- Article 26. Voluntary And Involuntary Treatment Of Mentally Ill Individuals. Chapter 14. Outpatient Therapy (http://www.ai.org/legislative/ic/code/)
8) *Kansas Statutes.* Chapter 59. Probate Code. Article 29. Care and treatment for mentally ill persons. 59-2967. (http://www.kslegislature.org/legsrv-statutes/getStatute.do)
9) *Minnesota Statutes 2005.* Chapter 253B Civil Commitment. (http://www.revisor.leg.state.mn.us/stats/253B/)
10) *Montana Code Annotated 2005.* Title 53. Social Services and Institutions. Chapter 21. Mentally Ill. Part 1. Treatment of the Seriously Mentally Ill (http://data.opi.state.mt.us/bills/mca_toc/53_21_1.htm)
11) *New York Mental Hygiene Law.* Title B - Mental Health Act.- Article 9 (9.01 - 9.63) Hospitalization of the mentally ill 9.60 Assisted outpatient treatment (Kendra's law) (http://public.leginfo.state.ny.us/menugetf.cgi?COMMONQUERY=LAWS)
12) *North Carolina General Statutes.* Chapter 122C: Mental Health, Developmental Disabilities, and Substance Abuse Act of 1985. (http://www.ncleg.net/gascripts/Statutes/StatutesTOC.pl?Chapter=0122C)
13) *Texas Statutes. Health & Safety Code.* Title 7. Mental Health and Mental Retardation. Chapter 574. Court-Ordered Mental Health Services (http://www.capitol.state.tx.us/statutes/hs.toc.htm)
14) *Code of Virginia.* Title 37.1. Institutions for the mentally ill; Mental Health Generally (http://leg1.state.va.us/cgi-bin/legp504.exe?000+cod+TOC3701000)
15) *Revised Code of Washington.* Title 71. Mental Illness. Chapter 71.05. Mental Illness (http://apps.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=71.05)

[1157] Por ejemplo, Alabama, Section 22-52-10.2; Texas Sec. 574.035-b; Montana, 53-21-127. 7 y 53-21-126.1.d

- Prevención de recaídas que impliquen riesgo para sí mismo [1158]
- Prevención de grave discapacidad [1159]
- Prevención de agravamiento de padecimientos mentales, físicos o emocionales [1160]
- Prevención de hospitalización inminente [1161]

Algunos de los Estados presentan supuestos de hecho prácticamente idénticos (Nueva York, California y Florida, por ejemplo). En algunas de las legislaciones se atiende al historial precedente del enfermo a la hora de adoptar la decisión (por ejemplo, Hawai o Carolina del Norte) o se exige la existencia de hospitalizaciones o actos demostrativos previos en una franja temporal determinada [1162]. El estándar de prueba más utilizado es la «evidencia clara y convincente», aunque algunos Estados adoptan para ciertos casos el criterio de «la evidencia más allá de toda duda razonable» (Montana) o de la «evidencia preponderante» (Washington) [1163].

[1158] Por ejemplo, California 5346-a; Florida 394.4655-1); New York, 9.60-c; Hawai §334-121; Kansas, 59-2967. a; Montana, 53-21-127. 7 y 53-21-126.1.d

[1159] Por ejemplo, California 5346-a; Florida 394.4655-1); New York, 9.60-c; Indiana, 12-26-14-1

[1160] Por ejemplo, Texas Sec. 574.035-b; Idaho, 66-339.A;

[1161] Por ejemplo, Georgia, 37-3-1. 12.1

[1162] Por ejemplo, Florida (con redacción similar a la de California y Nueva York) establece: «394.4655 (1) (e) The person has: 1. At least twice within the immediately preceding 36 months been involuntarily admitted to a receiving or treatment facility as defined in s. 394.455, or has received mental health services in a forensic or correctional facility. The 36-month period does not include any period during which the person was admitted or incarcerated; or 2. Engaged in one or more acts of serious violent behavior toward self or others, or attempts at serious bodily harm to himself or herself or others, within the preceding 36 months». Con menor precisión, otros Estados recogen la necesidad de acreditación de situaciones precedentes, así, por ejemplo, Hawai (§334-121.3. The person, at some time in the past: A. has received inpatient hospital treatment for a severe mental disorder or substance abuse, or B. has been imminently dangerous to self or others, or is gravely disabled, as a result of a severe mental disorder or substance abuse) o Idaho (66-339A-4. The person has previously been hospitalized for treatment of mental illness)

[1163] *En Addington v. Texas*[1106] (U.S. Supreme Court, 441 U.S. 418 [1979], *Addington v. Texas appeal from the Supreme Court of Texas, Nº 77-5992,* fallo de 30 de abril de 1979) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos determinó que existían tres estándares de prueba aplicables al internamiento: 1) La evidencia preponderante *(preponderance of the evidence),* en los casos de procesos civiles habituales con mínima repercusión social; 2) La evidencia clara y convincente, *(clear and convincing evidence),* estándar medio que protege determinados intereses civiles más relevantes; 3) La evidencia fuera de una duda razonable *(beyond a reasonable doubt),* característica de los procesos penales en el que la magnitud de los resultados exige una protección constitucional muy elevada. El Tribunal consideró que el último estándar no es apropiado para los procesos de internamiento civil involuntario *dada la falta de certeza del diagnóstico psiquiátrico que determinaría una carga de la prueba que el Estado no puede cumplir y elevaría una barrera irracional para el necesario tratamiento médico,* considerando otras razones, entre ellas que el internamiento no tiene una finalidad punitiva, que el tercer estándar estaba históricamente reservado para el proceso penal y que el riesgo de un error se minimizaba por la revisabilidad de la decisión. El término inequivoco tampoco es exigible constitucionalmente en el segundo criterio. Los Estados pueden desarrollar diferentes soluciones en un Estado Federal, sin embargo, puesto que basta que cumplan las exigencias constitucionales mínimas que, desde luego, no cumple el primero de los criterios señalados, pero que el tercer criterio cumple y puede ser adoptado, como de hecho había sido ya realizado por varios Estados a la fecha de la Sentencia (bien de forma legislativa o judicial). El segundo criterio, a juicio del Tribunal, cumple perfectamente las exigencias de la garantía del proceso debido. La Sentencia manifestó que el Estado tiene un *legítimo interés bajo sus poderes parens patriae en suministrar atención a sus ciudadanos que son incapaces debido a trastornos emocionales para cuidar de sí mismos; el Estado también tiene autoridad para, bajo su poder de policía, proteger a la comunidad de las tendencias peligrosas de algunos que son enfermos mentales*

En cuanto al contenido y características de los servicios a suministrar dentro de estos programas, las normas recogen un amplio número que abarca, sin estar limitados a ellos, medicación, control de recetas, terapia individual o de grupo, actividades programadas para el día o parte del día, servicios de «case management» y otros servicios destinados a aliviar o tratar la enfermedad mental del paciente o para mantener el funcionamiento semi-independiente y prevenir la posible rehospitalización[1164]. Más completas, por ejemplo, son las redacciones de la Ley Kendra en Nueva York[1165] o las disposiciones de la Ley Laura en California (en este último caso, para aquellos condados que hayan decidido implantar el programa de *Assisted outpatient treatment*)[1166].

La tónica general gira alrededor de la elaboración de un plan de tratamiento que fije unas condiciones que se espera que el paciente pueda cumplir[1167]. En muchas de estas normas se exige que se haya ofertado con anterioridad el tratamiento de forma voluntaria y que no haya sido posible el cumplimiento[1168]. También se expresa que es requisito necesario para aplicar estos programas la disponibilidad de los servicios y que éstos acepten desarrollar el tratamiento[1169].

[1164] Georgia 37-3-1. (12.2). Redacciones similares encontramos, por ejemplo, en Idaho 66-317. (n)

[1165] El § 9.60(a)(1)incluye «servicios de *case management,* equipos de tratamiento asertivo comunitario para suministrar coordinación de cuidados, incluyendo las siguientes categorías de servicios: medicación; análisis periódicos de sangre y orina para determinar el cumplimiento con la medicación prescrita; terapia individual o de grupo; actividades programadas para el día o parte del día; preparación para actividades educativas y profesionales; tratamiento para el abuso del alcohol o drogas ilegales, orientación y test periódicos para detección de la presencia de estas sustancias en personas con historial de abuso; supervisión de condiciones de vida y cualesquiera otros servicios dentro de un plan local o de servicios unificados desarrollados siguiendo el artículo 41 de este capítulo prescritos para tratar la enfermedad mental de la persona y asistirla en su vida y funcionamiento en la comunidad o para intentar prevenir recaídas o deterioro que pueda preverse razonablemente que den lugar a suicidio o necesidad de hospitalización». (la traducción es mía)

[1166] California 5348

[1167] Por ejemplo, Idaho 66-339A (5); Alabama 22-52-10.3 (c); Florida. 394.4655(2)(a).3; Montana 53-21-150; Nueva York S 9.60(i)(1)

[1168] Por ejemplo, California 5346 (a) nº 5; Florida 394.4655 (1) f.; Minnesota 253B.097 Subdivision 1. También es de reseñar que varias de estas legislaciones tienen expresamente en consideración el problema de las instrucciones previas, así Florida394.4655-6.e. («The administrator of the receiving facility or the designated department representative shall provide a copy of the court order and adequate documentation of a patient's mental illness to the service provider for involuntary outpatient placement. Such documentation must include any advance directives made by the patient, a psychiatric evaluation of the patient, and any evaluations of the patient performed by a clinical psychologist or a clinical social worker») o California 5346(e)5.B («…If the person has executed an advance health care directive pursuant to Chapter 2 [commencing with Section 4650] of Part 1 of Division 4.7 of the Probate Code, any directions included in the advance health care directive shall be considered in formulating the written treatment plan…»); Nueva York 9.60.(c).8 («if the patient has executed a health care proxy as defined in article 29-C of the public health law, that any directions included in such proxy shall be taken into account by the court in determining the written treatment plan»)

[1169] Por ejemplo, Alabama Section 22-52-10.3. b («The probate court shall not order outpatient treatment unless the designated mental health facility has consented to treat the respondent on an outpatient basis under the terms and conditions set forth by the probate court»); Florida. 394.4655(2)(a).3 («…The service provider must certify to the court in the proposed treatment plan whether sufficient services for improvement and stabilization are currently available and whether the service provider agrees to provide those services. If the service provider certifies that the services in the proposed treatment plan are not available, the petitioner may not file the petition»); Minnesota 253B.097 Subdivision 1 («…an order committing a person to community-based treatment must include: (…) (2) a finding that the proposed treatment is available and accessible to the patient and that public or private financial resources are available to pay for the proposed treatment»)

El plazo máximo de la orden varía según los Estados. Por ejemplo, en Alabama sólo alcanza hasta 150 días[1170], en Hawai 180 días que pueden prorrogarse por otro período de 6 meses[1171] y Georgia en principio recoge un período de un año pero que puede ser prorrogable si es necesario[1172]. Se suele recoger un período inicial que usualmente varía entre 90 ó 180 días y períodos de prórroga.

Desde mi punto de vista, lo más interesante de esta legislación son las consecuencias a que puede dar lugar el incumplimiento. Podemos distinguir tres principales:

1) La posibilidad de traslado al centro de salud mental para tratar de convencer al paciente durante un corto período de tiempo. En caso de negativa la opción radica en la hospitalización (sólo si reúne los criterios) o cesar la intervención dado que la ley prohíbe la administración involuntaria del tratamiento[1173].
2) Idéntica a la anterior es la segunda alternativa pero con la diferencia de que puede administrarse medicación involuntariamente si es autorizada por el Juzgado[1174].

[1170] Alabama Section 22-52-10.3(d)

[1171] Hawai §334-133 y §334-127

[1172] Georgia 37-3-93 (b)

[1173] Por ejemplo, Carolina del Norte § 122C-273. («Duties for follow-up on commitment order. (a) Unless prohibited by Chapter 90 of the General Statutes, if the commitment order directs outpatient treatment, the outpatient treatment physician may prescribe or administer, or the center may administer, to the respondent reasonable and appropriate medication and treatment that are consistent with accepted medical standards. (1) If the respondent fails to comply or clearly refuses to comply with all or part of the prescribed treatment, the physician, the physician's designee, or the center shall make all reasonable effort to solicit the respondent's compliance. These efforts shall be documented and reported to the court with a request for a supplemental hearing. (2) If the respondent fails to comply, but does not clearly refuse to comply, with all or part of the prescribed treatment after reasonable effort to solicit the respondent's compliance, the physician, the physician's designee, or the center may request the court to order the respondent taken into custody for the purpose of examination. Upon receipt of this request, the clerk shall issue an order to a law-enforcement officer to take the respondent into custody and to take him immediately to the designated outpatient treatment physician or center for examination. The custody order is valid throughout the State. The law-enforcement officer shall turn the respondent over to the custody of the physician or center who shall conduct the examination and then release the respondent. The law-enforcement officer may wait during the examination and return the respondent to his home after the examination. An examination conducted under this subsection in which a physician or eligible psychologist determines that the respondent meets the criteria for inpatient commitment may be substituted for the first examination required by G.S. 122C-263 if the clerk or magistrate issues a custody order within six hours after the examination was performed. (3) *In no case may the respondent be physically forced to take medication or forcibly detained for treatment unless he poses an immediate danger to himself or others. In such cases inpatient commitment proceedings shall be initiated».)* o Hawai §334-129 («Failure to comply with outpatient treatment. (a) An outpatient treatment psychiatrist may prescribe or administer to the subject of the order reasonable and appropriate medication, if specifically authorized by the court order, and treatment which is consistent with accepted medical standards and the family court order. (b) *No subject of the order shall be physically forced to take medication or forcibly detained for treatment under a family court order for involuntary outpatient treatment.* (c) The outpatient treatment psychiatrist or psychiatrist's designee shall make all reasonable efforts to solicit the subject's compliance with the prescribed treatment. If the subject fails or refuses to comply after the efforts to solicit compliance, the outpatient treatment psychiatrist shall so notify the court and may submit a petition under part IV for the involuntary hospitalization of the subject, provided that the refusal of treatment shall not constitute evidence toward any of the criteria for involuntary hospitalization.») (el subrayado es mío)

[1174] Por ejemplo, Georgia 37-3-82.b («If at any time during a period of involuntary outpatient treatment, including but not limited to interim outpatient treatment arranged pursuant to subsection (b) of Code Section

3) Un último modelo radica en la posibilidad de realizar un ingreso por plazo no superior a 72 horas para observación que permita evaluar si el paciente reúne los criterios de la hospitalización[1175].

37-3-91, the patient fails without good cause or refuses to comply with the outpatient service plan, the physician or psychologist in charge of the outpatient service plan or that physician´s or psychologist´s designee may petition the court originally approving the involuntary treatment of the patient or the court of the county in which the patient is a resident or where the patient may be found for an order authorizing a peace officer to take the patient and immediately deliver the patient to the community mental health center in charge of the patient´s outpatient service plan, if a physician or psychologist is available there to examine the patient, or to the nearest emergency receiving facility serving the county in which the patient is found. If in the discretion of the court such an order is issued, the patient shall be delivered to the facility and may be given such emergency or other medical treatment as is indicated by good medical practice. The patient must be released from the custody of the community mental health center within four hours and from the custody of the emergency receiving facility within 48 hours after being taken into the custody of that center or facility unless the examining physician or psychologist concludes that, because of a change in the patient´s condition, the least restrictive alternative which would accomplish the treatment goals is hospitalization of the patient. The physician or a psychologist may then execute a certificate under the conditions specified therefor in subsection (a) of Code Section 37-3-41, if the examination is done in a community mental health center, or under the conditions specified therefor in Code Section 37-3-43, if the examination is done in an emergency receiving facility. That certificate shall have the same duration and effect as a certificate issued pursuant to subsection (a) of Code Section 37-3-41 or Code Section 37-3-43, as applicable») o Idaho 66-339C. («Noncompliance with Court Order. (1) If a patient fails to comply with the requirements specified in the outpatient commitment order, and the RMHA, the physician or staff of the treatment facility believes that there is a significant risk of deterioration in the patient's conditions, the director of the facility, physician, or RMHA shall notify law enforcement.(2)The outpatient commitment order constitutes a continuing authorization for law enforcement, upon request of the director of the outpatient facility, the physician, or the RMHA, to transport the patient to the designated outpatient treatment facility or the physician's office for the purpose of making reasonable efforts to obtain the person's compliance with the requirements of the outpatient commitment order. However, the patient may not be detained at the facility or the physician's office for more than one 1) hour, and may not be physically coerced to take prescribed medications *unless the court has entered on the outpatient commitment order an authorization for the nonconsensual delivery of prescribed medication. If a patient has been involuntarily medicated, a report of such action shall be made within twenty-four (24) hours to the court, the patient's guardian, or next of kin by the treatment provider.*(3)If a patient fails to comply with the requirement of the court order,and the RMHA, the physician or staff of the treatment facility believes that there is a significant risk of deterioration, the RMHA, the director of the facility or the physician shall notify the original petitioner for outpatient commitment and the prosecuting attorney of the county where the patient is found and shall recommend an appropriate disposition. Within seventy-two (72) hours of receiving the notice transmitted pursuant to this section that a patient has failed to comply with the requirements of the outpatient commitment order, the original petitioner for outpatient commitment, the RMHA and the prosecuting attorney of the county where the patient is found or resides may petition the court for a supplemental hearing, for may proceed under any other section of this chapter. If a petition for supplemental hearing is filed, the court shall hold a supplemental hearing in accordance with the procedures specified in section 66-329, Idaho Code, within forty-eight (48) hours. After hearing evidence concerning the patient's current condition and compliance with the court order, the court shall make whichever of the following dispositions it deems appropriate: (a) Upon finding that hospitalization is necessary to prevent the patient from harming himself or others or to prevent substantial deterioration of the patient's mental or emotional conditions, the court shall order a commitment proceeding under section 66-329, Idaho Code, and may temporarily commit the patient to an inpatient facility pending hearing on a petition or application for commitment to an inpatient facility. (b)Upon finding that the patient does not meet the criteria for inpatient commitment and continues to meet the criteria for outpatient commitment set forth in section 66-329B [66-339B], Idaho Code, and that additional outpatient treatment appears warranted, the court shall renew or modify the order to outpatient commitment.(c)Upon finding that neither condition in subparagraphs(a)nor(b)are met, the court shall rescind the commitment order. (d)Nothing provided in this section shall limit the authority of any law enforcement officer to detain a patient pursuant to the emergency authority conferred by section 66-326, Idaho Code».)(el subrayado es mío)

[1175] Por ejemplo California 5346.f («If, in the clinical judgment of a licensed mental health treatment provider, the person who is the subject of the petition has failed or has refused to comply with the treatment ordered by the court, and, in the clinical judgment of the licensed mental health treatment provider,

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

Canadá

En Canadá cuatro provincias (Saskatchewan, Manitoba, Ontario y Nueva Escocia) han regulado medidas de nueva generación. Saskatchewan es la legislación más antigua, contenida en la *Mental Health Services Act* en los artículos 24.3 y ss. En Ontario fueron introducidas, como enmienda a la regulación existente, en diciembre de 2000, mediante la conocida como *Brian's Law Mental Health Legislative Reform).* Nueva Escocia es la regulación más reciente[1176]. La regulación de Saskatchewan

---

efforts were made to solicit compliance, and, in the clinical judgment of the licensed mental health treatment provider, the person may be in need of involuntary admission to a hospital for evaluation, the provider may request that persons designated under Section 5150 *take into custody the person who is the subject of the petition and transport him or her, or cause him or her to be transported, to a hospital, to be held up to 72 hours for examination by a licensed mental health treatment provider to determine if the person is in need of treatment pursuant to Section 5150.* Any continued involuntary retention in a hospital beyond the initial 72-hour period shall be pursuant to Section 5150. If at any time during the 72-hour period the person is determined not to meet the criteria of Section 5150, and does not agree to stay in the hospital as a voluntary patient, he or she shall be released and any subsequent involuntary detention in a hospital shall be pursuant to Section 5150. Failure to comply with an order of assisted outpatient treatment alone may not be grounds for involuntary civil commitment or a finding that the person who is the subject of the petition is in contempt of court.»)o Nueva York 9.60 (n) («Failure to comply with assisted outpatient treatment. Where in the clinical judgment of a physician, the patient has failed or has refused to comply with the treatment ordered by the court, and in the physician`s clinical judgment, efforts were made to solicit compliance, and, in the clinical judgment of such physician, such patient may be in need of involuntary admission to a hospital pursuant to section 9.27 of this article, or for whom immediate observation, care and treatment may be necessary pursuant to section 9.39 or 9.40 of this article, such physician may request the director, the director`s designee, or persons designated pursuant to section 9.37 of this article, to direct the removal of such patient to an appropriate hospital for an examination to determine if such person has a mental illness for which hospitalization is necessary pursuant to section 9.27, 9.39 or 9.40 of this article. Furthermore, if such assisted outpatient refuses to take medications as required by the court order, or he or she refuses to take, or fails a blood test, urinalysis, or alcohol or drug test as required by the court order, such physician may consider such refusal or failure when determining whether the assisted outpatient is in need of an examination to determine whether he or she has a mental illness for which hospitalization is necessary. Upon the request of such physician, the director, the director`s designee, or persons designated pursuant to section 9.37 of this article, may direct peace officers, when acting pursuant to their special duties, or police officers who are members of an authorized police department or force or of a sheriff`s department to take into custody and transport any such person to the hospital operating the assisted outpatient treatment program or to any hospital authorized by the director of community services to receive such persons. Such law enforcement officials shall carry out such directive. Upon the request of such physician, the director, the director`s designee, or person designated pursuant to section 9.37 of this article, an ambulance service, as defined by subdivision two of section three thousand one of the public health law, or an approved mobile crisis outreach team as defined in section 9.58 of this article shall be authorized to take into custody and transport any such person to the hospital operating the assisted outpatient treatment program, or to any other hospital authorized by the director of community services to receive such persons. *Such person may be retained for observation, care and treatment and further examination in the hospital for up to seventy-two hours to permit a physician to determine whether such person has a mental illness and is in need of involuntary care and treatment in a hospital pursuant to the provisions of this article. Any continued involuntary retention in such hospital beyond the initial seventy-two hour period shall be in accordance with the provisions of this article relating to the involuntary admission and retention of a person.* If at any time during the seventy-two hour period the person is determined not to meet the involuntary admission and retention provisions of this article, and does not agree to stay in the hospital as a voluntary or informal patient, he or she must be released. Failure to comply with an order of assisted outpatient treatment shall not be grounds for involuntary civil commitment or a finding of contempt of court.»)

[1176] Royal Assent: December 8, 2005

permite al psiquiatra expedir una *community treatment order*[1177] cuando exista causa para estimar que la persona padece enfermedad mental y precisa de tratamiento o cuidado y supervisión en la comunidad. Es preciso que durante los dos años anteriores haya sido hospitalizada por un período de 60 días o más, o que haya sido internada en tres o más ocasiones o que haya sido previamente sujeto de otra *community treatment order*. Junto con la indicación de peligrosidad se encuentra la de que exista riesgo para sí mismo o de sufrir deterioro mental o físico importante. La persona debe carecer de capacidad para emitir consentimiento informado pero poseer la suficiente para poder cumplir con los requerimientos de la orden. Para que la orden tenga efecto deben existir servicios disponibles. Si el paciente rechaza ser examinado, es necesario el nombramiento de un segundo médico. Si concurren las causas, debe emitirse un certificado que valide la orden por el psiquiatra. La duración de la orden es de tres meses, salvo que en la misma se fije un período inferior[1178], siendo estos períodos renovables[1179]. El artículo 24.6 establece la posibilidad, para el caso de incumplimiento, del transporte al centro para examen conducido por las fuerzas de orden público. El artículo 24.7 establece el deber permanente del psiquiatra de procurar servicios y cuidados de forma que no sea necesario el tratamiento ambulatorio involuntario. La Parte VI de la ley establece el procedimiento de recurso ante un órgano administrativo denominado *review panel* compuesto de tres personas (una de las cuales debe ser médico y otra letrado)[1180].

La regulación de Manitoba permite al psiquiatra expedir un *leave certificate* centrado en el principio de la alternativa menos restrictiva. Las condiciones de emisión y el requisito de disponibilidad de los servicios son similares a los de Saskatchewan[1181] . El examen, al igual que en Saskatchewan, debe haberse producido en las 72 horas previas a la emisión[1182]. Se extiende por períodos de 6 meses prorrogables por períodos de igual duración[1183]. Si el paciente incumple, se deben realizar esfuerzos para localizarlo, informarle de la situación a él o a la persona que ejerza el consentimiento por sustitución, informar al paciente de las posibles consecuencias de la cancelación que pueden dar lugar a la rehospitalización y suministrar asistencia al paciente para cumplir los requerimientos del *leave certificate*[1184]. La cancelación, si se ha producido en los 30 días siguientes a la emisión, es suficiente autoridad para el traslado del paciente por las fuerzas de

---

[1177] Saskatchewan *Mental Health Services Act*, S.S. 1984-85-86, c. M-13.1 (disponible en internet: http://www.canlii.org/sk/laws/sta/m-13.1/20060412/whole.html), section 24-3-1, letra a

[1178] Saskatchewan 24.5(1)

[1179] Saskatchewan 34.5(2)

[1180] Saskatchewan 32

[1181] Manitoba 46.2 y 46.5 *Mental Health Act*, C.C.S.M. c. M110 (disponible en internet: http://www.canlii.org/mb/laws/sta/m-110/20060412/whole.html). El artículo 46.3 exige que el paciente consienta el plan de tratamiento propuesto y si no tiene capacidad para consentir que lo realice la persona que ejerce el consentimiento por sustitución.

[1182] Saskatchewan 24.4(1)(a); Manitoba 46 (5)

[1183] Manitoba 46(9)

[1184] Manitoba 48(1)(b)

orden público al hospital donde atiende el psiquiatra que lo emitió. En el momento del reingreso, debe examinar al paciente para comprobar si reúne los requisitos de la hospitalización, si debe emitirse otro *leave certificate* o el paciente debe ser dado de alta[1185]. La parte VII de la ley se refiere al derecho de recurso que se realiza ante el denominado *Mental Health Review Board*, organismo administrativo similar al de Saskatchewan[1186] que puede, tras la vista, revocar el *leave certificate* o no confirmar su cancelación en el caso de nueva rehospitalización[1187]. La ley también regula la posibilidad de acceso a los tribunales de justicia dentro de los 30 días de recepción de la decisión del *Mental Health Review Board* en cuestiones de hecho o de derecho[1188].

En Ontario, el médico puede extender o renovar una *community treatment order* si durante los últimos tres años la persona ha estado ingresada en dos o más ocasiones o por un período acumulado de 30 días o más o ha sido sujeto de una *community treatment order* anterior, se ha elaborado un plan de tratamiento[1189] y, en las 72 horas previas a la emisión, el médico ha examinado a la persona afectada, padeciendo ésta desorden mental que requiera tratamiento o asistencia y supervisión continuadas en la comunidad, la persona reúne los criterios para una solicitud de reconocimiento psiquiátrico (si no está internada), no recibe tratamiento o supervisión en la comunidad y es susceptible de deterioro sustancial, físico o mental, de su estado. Es necesario que la persona afectada sea susceptible de cumplir con el plan de tratamiento y que los servicios estén disponibles[1190]. La orden debe indicar la fecha del reconocimiento, los hechos que forman la opinión del médico, una descripción del plan de tratamiento y el firme propósito de la persona afectada o de la persona que ejerza el consentimiento por sustitución de emplear sus mejores esfuerzos para asegurar el cumplimiento de las obligaciones[1191]. El contenido de las obligaciones consiste en atender a las citas fijadas por el psiquiatra que extendió la orden o del personal de salud mental que se designe y cumplir el plan de tratamiento[1192]. La orden tiene una duración de 6 meses prorrogables por nuevos períodos de la misma duración[1193]. Si el médico a cargo estima que el paciente ha incumplido, puede extender una orden de reconocimiento del paciente pero tiene que hacer los esfuerzos necesarios para localizarle e informarle, de forma análoga a la normativa anteriormente descrita para Manitoba y con similares facultades de reingreso[1194]. La ley regula,

---

[1185] Manitoba 48(3)
[1186] Manitoba 49(3)
[1187] Manitoba 56(1) nº 5 y 6
[1188] Manitoba 59
[1189] El plan tiene un contenido mínimo recogido en el artículo 33.7 de la Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M.7 (disponible en Internet: http://www.canlii.org/on/laws/sta/m-7/20060412/whole.html)
[1190] Ontario 33.1.14
[1191] Ontario 33.1.6. Ambas personas tienen derecho a consejo legal (33.8)
[1192] Ontario 33.1.9
[1193] Ontario 33.1. nº 11 y 12
[1194] Ontario 33.3 y 4

en su artículo 39, también la posibilidad de recurso ante un órgano administrativo (*Board*) compuesto de 3 ó 5 personas, similar a los anteriores. También recoge la posibilidad de recurso de las decisiones del *Board* ante los tribunales de justicia en cuestiones de hecho o de derecho[1195].

En Nueva Escocia, el psiquiatra también puede extender una *community treatment order*[1196] siempre que el paciente reúna una serie de condiciones similares a las expuestas para Saskatchewan. El plan de tratamiento debe contener unas especificaciones mínimas descritas en el artículo 48 de la ley. La orden tiene una duración de seis meses prorrogables por períodos de igual duración sin límite[1197]. Si el psiquiatra estima que el paciente ha incumplido debe realizar los razonables esfuerzos ya expuestos en las regulaciones de Manitoba y Ontario, con las mismas facultades de reingreso[1198]. La ley recoge en su artículo 58, la posibilidad de recurso ante un organismo administrativo denominado *Review Board,* similar a los anteriormente expuestos, cuya regulación se contiene en los artículos 65 a 80 de la ley. Las decisiones del *Review Board*, son recurribles en lo que afecta estrictamente a cuestiones de derecho, ante los tribunales de justicia[1199].

Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda se recogen disposiciones de nueva generación en la *Mental Health (compulsory Assessment and Treatment) Act 1992*[1200], que recibió una importante modificación en 1999[1201]. La ley regula, bajo la denominación conjunta de *compulsory treatment orders*[1202], junto a las órdenes de internamiento, las denominadas *community treatment orders* en sus artículos 28 y 29. Antes de que el Tribunal emita la orden, debe acreditarse que existen servicios apropiados para satisfacer las necesidades del paciente y que las circunstancias sociales del mismo son adecuadas para su cuidado dentro de la comunidad[1203]. La orden permite requerir al paciente para tratamiento en su lugar de residencia o en cualquier otro lugar que se determine por el personal del servicio autorizado,

---

[1195] Ontario 48

[1196] Nueva Escocia *Involuntary Psychiatric Treatment Act,* S.N.S. 2005, c. 42 47(1) (disponible en internet: http://www.canlii.org/ns/laws/sta/2005c.42/20060515/whole.html).

[1197] Nueva Escocia 51 y 52

[1198] Nueva Escocia 56

[1199] Nueva Escocia 79

[1200] Nueva Zelanda *Mental Health (compulsory Assessment and Treatment) Act 1992* 1992 No 46, *15 June 1992.* Parte II *(Compulsory treatment orders),* artículos 28 y 29 *(community treatment orders),* principalmente. (disponible en internet: http://www.legislation.govt.nz/libraries/contents/om_isapi.dll?clientID=138880838&infobase=pal_statute s.nfo&jump=a1999-140&softpage=DOC)

[1201] Entró en vigor el 1 de abril de 2000.

[1202] Nueva Zelanda 28. El apartado 2 del artículo expresa que, de las dos, el tribunal debe decantarse por la orden de tratamiento ambulatorio a menos que considere que el paciente no puede ser tratado adecuadamente de dicha manera y sea preciso el internamiento.

[1203] Nueva Zelanda 28.4

debiendo dicho personal presentarse en los lugares mencionados con carácter periódico[1204]. La duración de estas medidas está regulada para los dos tipos de medidas involuntarias en 6 meses prorrogables previa solicitud del médico y decisión del tribunal[1205]. Si el responsable clínico considera que el paciente no puede continuar siendo tratado adecuadamente como paciente externo, puede ordenar que el paciente sea hospitalizado por un período de hasta 14 días o reevaluado conforme a los artículos 13 y 14 de la Ley[1206]. En el primer caso la orden no cesa de estar en vigor, en el segundo sí. El responsable clínico no puede dar una orden de hospitalización de este tipo más de dos veces en un período de 6 meses[1207]. Una vez emitida cualquiera de las órdenes citadas el responsable clínico debe notificarlo a las personas que desempeñan la guarda o cuidado del paciente, al médico que normalmente le atiende, al inspector de distrito y al *official visitor*[1208]. El responsable clínico tiene obligación de revisar el status del paciente la primera vez en un máximo de 3 meses y luego por períodos sucesivos de hasta 6 lo que incluye examen directo y consulta con otros profesionales[1209]. La ley regula un órgano administrativo (*Review Tribunal*) que puede, incluso de oficio, revisar la situación del paciente[1210] y también la posibilidad de apelación contra las decisiones de este último órgano ante los tribunales de justicia[1211].

Australia

En Australia todos los Estados presentan regulación[1212].

[1204] Nueva Zelanda 29 nº 1 y 2

[1205] Nueva Zelanda 33 y 34. El artículo 34.4 recoge un sistema de prórroga indefinida («If, on any such application, the Court extends the currency of the order for a further period of 6 months, on the expiry of that period the foregoing provisions of this section shall apply except that, if the Court then further extends the order, the extension shall have effect indefinitely and the patient shall remain subject to the order unless and until he or she is released from compulsory status»)

[1206] Nueva Zelanda 29.3

[1207] Nueva Zelanda 29.5

[1208] Nueva Zelanda 29.6

[1209] Nueva Zelanda 76

[1210] Nueva Zelanda 79. Las normas de procedimiento de este órgano se regulan en el *Schedule 1* de la Ley

[1211] Nueva Zelanda 83

[1212] Australia es una federación de seis Estados y dos Territorios (*Northern Territory* y *Australian Capital Territory*). Las referencias son las siguientes:

1) Sur de Australia *Mental Health Act* de 1993 (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/sa/consol_act/mha1993128.rtf)
2) Oeste de Australia *Mental Health Act* de 1996 (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/mha1996128)
3) Queensland *Mental Health Act* 2000 (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/qld/consol_act/mha2000128.txt)
4) Nueva Gales del Sur *Mental Health Act 1990* (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/nsw/consol_act/mha1990128.rtf)
5 Capital Territory *Mental Health (Treatment and Care) Act* de 1994 (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/act/consol_act/mhaca1994274.rtf)

En el Sur de Australia, el artículo 20 de la *Mental Health Act* de 1993[1213] expresa que si el órgano administrativo de revisión (*Guardianship Board*) comprueba que la persona padece enfermedad mental susceptible de tratamiento, que un médico ha autorizado dicho tratamiento y el paciente lo ha rechazado o no es capaz de seguirlo y que dicho tratamiento debe administrarse para su salud y seguridad, apareciendo necesario, puede emitir una *treatment order* por un período que no exceda de 12 meses. Si se requiere un nuevo período, es necesario realizar una nueva solicitud al citado órgano administrativo[1214]. La solicitud sólo pueden realizarla un médico ejerciente, el guardador, persona que ejerce el consentimiento por sustitución o determinados parientes y el *Public Advocate*[1215]. La norma permite el transporte (*conveyance order*) policial, por ambulancia o combinado de dichas personas en caso de que no cumplan la orden[1216]. La orden puede revocarse mediante solicitud al órgano administrativo, siendo la legitimación más amplia que la de la solicitud[1217]. La norma también establece la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia[1218].

En el Oeste de Australia la *Mental Health Act* de 1996 reseña como principio que no debe realizarse ningún internamiento sin considerar previamente una orden de tratamiento ambulatorio involuntario[1219]. La ley subraya la exigencia de la disponibilidad del tratamiento[1220]. El psiquiatra que estima que una persona reúne los requisitos de hospitalización previstos en la ley puede realizar una *community treatment order*[1221]. La orden debe especificar el psiquiatra responsable, el plan

---

6) Norte de Australia *Mental Health and Related Services Act, 1998* (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/nt/consol_act/mharsa294.rtf)
7) Tasmania *Mental Health Act, 1996* (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/tas/consol_act/mha1996128.txt)
8) Victoria *Mental Health Act 1986* (disponible en Internet: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/download.cgi/download/au/legis/vic/consol_act/mha1986128.rtf)

[1213] La ley entró en vigor el 6 de marzo de 1995

[1214] Office of the Public Advocate. *Treatment Orders under the Mental Health Act 1993*. (disponible en internet: www.opa.sa.gov.au/d3iib.htm)

[1215] Sur de Australia 20 nº 2. Las funciones del *public advocate* están reguladas en los artículos 18 y ss. de la *Guardianship and Administration Act 1993, nº 61 of 1993 (Assented to 27 May 1993),* dicha ley regula también las *guardianship orders* (artículos 29 y ss.) que recoge las tres facultades tradicionales ya expuestas para la *guardianship* en Inglaterra y Gales pero con la diferencia de que el artículo 32 refuerza las facultades ejecutivas

[1216] Sur de Australia 23 nº 4 a 8

[1217] Sur de Australia 21. El mencionado artículo, además de las personas que recoge la solicitud lo permite para el afectado y cualquier persona que acredite ante el órgano administrativo que tiene interés legítimo en el bienestar del afectado.

[1218] Sur de Australia 28

[1219] Oeste de Australia 65

[1220] Oeste de Australia 66

[1221] Oeste de Australia 67. La ley remite a las indicaciones de hospitalización previstas en el artículo 26 a cuyo tenor: «Persons who should be involuntary patients. (1) A person should be an involuntary patient only if (a) the person has a mental illness requiring treatment; (b) the treatment can be provided through detention in an authorized hospital or through a community treatment order and is required to be so provided in order (i) to protect the health or safety of that person or any other person; (ii) to protect the person from self-inflicted harm of a kind described in subsection (2); or (iii) to prevent the person doing serious damage to any property; (c) the person has refused or, due to the nature of the mental illness, is unable to consent to the treatment;

de tratamiento, el lugar donde se va a desarrollar, el personal que va a llevar a cabo el citado plan y el tiempo de duración de la orden que no puede exceder de 3 meses, prorrogables[1222]. La orden exige la confirmación previa (dentro de las 72 horas) de otro psiquiatra o, si no hay disponible, de otro médico que haya sido autorizado para este fin[1223]. Los artículos 74 a 79 de la Ley regulan el ámbito de actuación del psiquiatra. La ley define los hechos que constituyen incumplimiento de la orden entre los que se recoge, el incumplimiento concreto si el psiquiatra estima que se han realizado todos los esfuerzos razonables para obtener la aceptación del paciente sin éxito y existe riesgo de que la condición del paciente se deteriore por esta causa[1224]. Acreditado el incumplimiento el psiquiatra debe documentarlo adecuadamente y notificar al paciente que debe acudir al lugar reseñado para tratamiento. Si el incumplimiento continúa, el psiquiatra debe emitir una orden (*order to attend*) que permite la asistencia de la policía para que la persona acuda a tratamiento[1225]. El artículo 83 señala que el tratamiento será administrado bajo este tipo de orden consienta o no la persona afectada[1226] y ello sin perjuicio de la facultad del psiquiatra de revocar la orden y emitir una orden de transporte y hospitalización involuntaria[1227]. La ley regula un órgano administrativo denominado *Mental Health Review Board*[1228] entre cuyas facultades se encuentra la revisión de estos asuntos[1229], disponiendo también la ley la posibilidad de apelación de sus decisiones ante los órganos judiciales por cuestiones de hecho o de derecho[1230].

En Queensland, la *Mental Health Act* 2000 permite al médico de un servicio de salud mental autorizado extender una *involuntary treatment order* si, tras un reconocimiento, estima que reúne los criterios para tratamiento involuntario. La orden debe estar realizada en el formato aprobado, expresando la fecha, sus fundamentos, los hechos que el médico estima que la justifican y el servicio de salud mental responsable de asegurar que el afectado recibe tratamiento[1231]. Tales órdenes pueden ser de internamiento o una *community treatment order*[1232]. El plan

---

and (d) the treatment cannot be adequately provided in a way that would involve less restriction of the freedom of choice and movement of the person than would result from the person being an involuntary patient. (2) The kinds of self-inflicted harm from which a person may be protected by making the person an involuntary patient are — (a) serious financial harm; (b) lasting or irreparable harm to any important personal relationship resulting from damage to the reputation of the person among those with whom the person has such relationships; and (c) serious damage to the reputation of the person.«

[1222] Oeste de Australia 68 y 73, letra a, y 76 respecto de la prórroga.

[1223] Oeste de Australia 69

[1224] Oeste de Australia 80

[1225] Oeste de Australia 81 y 82. La asistencia policial se regula en el artículo 84.

[1226] Oeste de Australia 83: «*Treatment may be given without consent.* A person may be given treatment under an order to attend whether or not the person consents to the treatment»

[1227] Oeste de Australia 85 y 70 a 72

[1228] Oeste de Australia 125 y ss.

[1229] Oeste de Australia 142

[1230] Oeste de Australia 149 y ss.

[1231] Queensland 108

[1232] Queensland 109 nº 2, letra b

de tratamiento forma parte esencial de este tipo de órdenes y debe explicarse al paciente y, en la medida de lo posible, consensuarse[1233]. Dentro de los 7 días siguientes a la emisión de la orden, el servicio de salud mental debe dar noticia escrita al paciente, al tribunal y a los allegados del paciente[1234]. La ley refuerza la necesidad de asegurar la realización del plan de tratamiento y de reconocimientos regulares del estado del paciente[1235]. Si el paciente no cumple con la *involuntary treatment community order*, se procede de forma muy parecida a la expuesta anteriormente para el Oeste de Australia, expresando la ley que el servicio de salud mental tiene capacidad para usar la fuerza y dar instrucciones a los dispositivos policiales[1236]. Tan pronto como se haya administrado el tratamiento y sea posible, el administrador del servicio de salud debe realizar los preparativos necesarios para que la persona regrese al lugar del que procedía o a otro lugar que el afectado razonablemente pida ser llevado[1237]. La Orden sigue vigente hasta que sea revocada, revisada o apelada, aunque expira si el paciente no recibe tratamiento bajo orden por 6 meses[1238].

En Nueva Gales del Sur, la *Mental Health Act 1990*, en su capítulo sexto (*care and treatment outside hospitals*) define lo que son las denominadas *Health Care Agencies* y permite al Director de estas designar a un *psychiatric case manager* para la realización de dos tipos de órdenes denominadas *community counselling order* y *community treatment order*. No pueden emitirse órdenes sin servicios disponibles que cumplan unos estándares mínimos[1239]. La segunda parte de este capítulo[1240] regula las denominadas *community counselling orders*. El tribunal (o un magistrado que haya realizado una investigación conforme al capítulo IV de la ley) puede, a solicitud de parte autorizada, emitir una orden de estas características (a desarrollar por una *health care agency*) que faculta para requerir al afectado para presentarse a determinados lugares (sean los locales de la *health care agency* o la propia residencia de la persona en cuestión) y a recibir medicación, terapia y

---

[1233] Queensland 110. El artículo 124 de la Ley recoge los requisitos del citado plan: «Preparing treatment plan. (1) A patient's treatment plan must state (a) in general terms, an outline of the proposed treatment, rehabilitation and other services to be provided in relation to the patient; and (b) in specific terms, the method by which, the frequency with which, the place where, the duration of and the persons by whom, the services are to be provided; and (c) the intervals for the patient's regular assessment. (2) Also, for a patient under the community category of an involuntary treatment order, the treatment plan for the patient must (a) if the patient is to be treated at a health service other than an authorised mental health service state the health service; and (b) if the patient is to be treated by a health practitioner who is not an employee of a public sector mental health service state the name of the practitioner. (3) However, the treatment plan may only state a health practitioner under subsection 2.b with the practitioner's agreement. (4) The treatment plan must take into account any existing plan of treatment, or advance health directive under the Powers of Attorney Act 1998,44 for the patient».

[1234] Queensland 113

[1235] Queensland 115 y 116

[1236] Queensland 117

[1237] Queensland 117 nº 6

[1238] Queensland 118

[1239] Nueva Gales del Sur 114 a 117

[1240] Nueva Gales del Sur 118 a 130

rehabilitación de acuerdo con un plan de tratamiento. Exige que la persona haya, en más de una ocasión, rechazado el tratamiento apropiado, que ello haya dado lugar a una recaída en fase activa de la enfermedad que haya determinado un deterioro que haya justificado la hospitalización aunque esta no se haya producido y que el cuidado y tratamiento pueda razonablemente conducir a una mejoría o recuperación [1241]. Es necesario acreditar que la *health care agency* haya realizado esfuerzos razonables para lograr el mismo objetivo de forma consensuada y que se cuente con un plan de tratamiento disponible y realizable [1242]. La orden tiene una duración máxima de 6 meses prorrogables previa solicitud [1243]. Si la duración de la orden excede de tres meses, deben realizarse revisiones periódicas sobre los progresos alcanzados [1244]. Si el paciente incumple una orden de estas características, se procede de forma muy semejante a las fórmulas de las legislaciones anteriormente expuestas [1245]. La Agencia tiene que documentar y notificar al afectado la situación y el hecho de que puede ser conducido por las fuerzas policiales y, si el incumplimiento es reiterado, notificar por escrito al afectado esta situación, indicando que la Agencia puede suministrar la medicación y la orientación que especifica la orden y puede evaluar la necesidad de internamiento [1246]. La propia Agencia puede emitir directamente la orden a la policía que faculta para una detención inmediata cuya duración no debe exceder de dos horas [1247]. La parte tercera del capítulo regula las denominadas *community treatment orders* cuya diferencia con las anteriores radica en que en estos casos el tribunal la realiza a petición del supervisor de un hospital o en la revisión de un caso de internamiento respecto de una persona que está internada de forma temporal o continuada como aplicación del principio de la alternativa menos restrictiva [1248]. Básicamente el contenido es el mismo que

---

[1241] Nueva Gales del Sur 120 nº 2

[1242] Nueva Gales del Sur 120 nº 3

[1243] Nueva Gales del Sur 124

[1244] Nueva Gales del Sur 125

[1245] Nueva Gales del Sur 127 a 130

[1246] Nueva Gales del Sur 128 «Action on further breaches of community counselling order. (1) If, after action is taken under section 127, there is a further refusal or failure by the affected person to comply with the community counselling order, the Director of the health care agency may cause the person to be given a written notice: (a) requiring the person to attend the health care agency at a specified time for counselling or the administration of medication, or both, and (b) warning the person that the assistance of a member of the Police Force may be obtained in order to ensure the attendance of the person in accordance with the notice. (2) While at a health care agency as a result of the giving of any such notice, an affected person: (a) may be given medication and may be given counselling as provided by the community counselling order and this Act, and (b) may be assessed by a medical practitioner for involuntary admission to a hospital».

[1247] Nueva Gales del Sur 130 «Apprehension by police. (1) A member of the Police Force to whose notice an order under section 129 is brought must, as soon as possible, apprehend the affected person and take, or assist in taking, the person to the health care agency specified in the order. (2) The member of the Police Force may, instead of complying with subsection (1), arrange with another member of the Police Force to do so. (3) A person apprehended under this section must be taken to the health care agency in such a way as to arrive there without undue delay and, after arrival, may be kept there for not longer than 2 hours. (4) A member of the Police Force may: (a) enter premises, if need be by using reasonable force, to apprehend a person under this section, and (b) apprehend the person, without a warrant. (5) Subsection (3) does not affect the operation of any other provision of this Act».

[1248] Nueva Gales del Sur 131

la otra orden pero, si el paciente incumple, puede ser conducido directamente al hospital aunque puede ser llevado también a los locales de la *health care agency* y ser liberado si acepta el tratamiento[1249]. También contiene una serie de especificaciones sobre los deberes de revisión del supervisor del hospital en caso de nuevo ingreso[1250] y del tribunal de revisión[1251]. El Capítulo 9 de la ley[1252] regula el órgano administrativo de revisión denominado *Mental Health Review Tribunal* y la posibilidad de apelación ante los tribunales de justicia[1253].

Para el territorio de la Capital, la *Mental Health [Treatment and Care] Act* de 1994 regula, en su parte cuarta, las denominadas *Mental Health Orders*. La solicitud puede ser realizada por el propio afectado[1254] o por otras personas[1255] en los casos de riesgo para la persona a causa de la enfermedad. La evaluación del tribunal debe realizarse tan pronto como sea posible y comprender la habilidad de la persona para consentir el tratamiento. La norma regula muy detalladamente los aspectos que debe tener en cuenta el tribunal y el hecho de que debe abstenerse de entrar a resolver sobre la administración de medicación o restantes aspectos de la clínica[1256]. La ley distingue dos tipos de órdenes *psychiatric treatment orders* y *community care orders*. Ambas tienen una duración maxima de 6 meses (prorrogables[1257]) e incluyen la posibilidad de ir asociadas a una orden

---

[1249] Nueva Gales del Sur 141
[1250] Nueva Gales del Sur 142 y 143
[1251] Nueva Gales del Sur 143.A
[1252] Nueva Gales del Sur 252 y ss.
[1253] Nueva Gales del Sur 281 y ss.
[1254] Capital Territory 13
[1255] Capital Territory 14
[1256] Capital Territory 26. *What tribunal must take into account.* In making a mental health order in relation to a person, the tribunal must take into account the following: (a) whether the person consents, refuses to consent or has the capacity to consent, to a proposed course of treatment, care or support; (b) the views and wishes of the person, so far as they can be found out; (c) the views and wishes of the people responsible for the day-to-day care of the person, so far as those views and wishes are made known to the tribunal; (d) the views of the people appearing at the proceeding; (e) the views of the people consulted under section 25; (f) that the person's welfare and interests should be appropriately protected; (g) that the person's rights should not be interfered with except to the least extent necessary; (h) that the person should be encouraged to look after himself or herself; (i) that, as far as possible, the person should live in the general community and join in community activities; (j) that any restrictions placed on the person should be the minimum necessary for the safe and effective care of the person; (k) the alternative treatments, programs and other services available, including (i) the purposes of those treatments, programs and services; and (ii) the benefits likely to be derived by the person from those treatments, programs and services; and (iii) the distress, discomfort, risks, side effects or other disadvantages associated with those treatments, programs and services; (l) any relevant medical history of the person; (m) the religious, cultural and language needs of the person; (n) for a person referred to the tribunal under section 15 or an offender with a mental impairment—the nature and circumstances of the offence in relation to which the person has been arrested, or may be or has been charged; (o) for an offender with a mental impairment—the nature and extent of the person's mental impairment, including the effect it is likely to have on the person's behaviour in the future; (p) for an offender with a mental impairment—whether or not, if the person is not detained (i) the person's health or safety is, or is likely to be, substantially at risk; or (ii) the person is likely to do serious harm to others; (q) anything else prescribed under the regulations for this section. 27. *Tribunal may not order particular drugs etc.* The tribunal may not make an order for the administration of a particular drug or about the way a particular clinical procedure is to be carried out.
[1257] Capital Territory 36.L(5).b

de restricción (*restriction order*) cuya duración máxima abarca 3 meses[1258]. La primera exige que la persona tenga enfermedad mental y la segunda que padezca discapacidad intelectual. La primera[1259] puede incluir un establecimiento en el cual la persona debe ser ingresada o que la persona debe acudir a tratamiento, orientación, preparación, terapia o rehabilitación y que pueden imponerse límites en la comunicación entre el afectado y otras personas. Si se utiliza, además, una *restriction order*, la persona puede ser requerida para vivir (no detenida) en un lugar determinado o estar ingresada[1260] y que el afectado no puede acercarse a lugar o persona determinada o desarrollar ciertas actividades[1261]. El *Chief Psychiatrist* es el responsable de la aplicación de la orden y debe determinar, por escrito, en el plazo de 5 días desde la emisión de la orden los tiempos y lugares para las citas de tratamiento, cuidado, orientación, rehabilitación… y la naturaleza del tratamiento que se administrará al afectado[1262] y puede, en determinados casos, fijar también el lugar donde debe residir consultando con el afectado, el guardador legal (si existe) y la persona designada en un poder de representación duradero[1263]. El tratamiento debe ser explicado en su naturaleza y efectos al paciente en un lenguaje que pueda comprender[1264]. Si el tribunal estima que se ha incumplido la orden, el *relevant official* puede comunicar a la persona que puede ser conducida a una institución para tratamiento, inicialmente de forma oral, si el incumplimiento persiste, por escrito, y, en última instancia, detener a la persona para el cumplimiento de la orden, lo cual deberá comunicarlo al tribunal y al *public advocate*, pudiendo utilizar el auxilio de los dispositivos policiales de resultar necesario[1265]. Los artículos 10 a 12 y la Parte 9 del acta regulan detalladamente las funciones del órgano administrativo de revisión denominado *Mental Health Tribunal*.

Para el Norte de Australia, la *Mental Health and Related Services Act, 1998* regula las denominadas *Community Management Orders*. El artículo 16 de la ley expresa que los criterios para tratamiento involuntario en la comunidad exigen que la persona presente enfermedad mental que determine riesgo para sí o para terceros o dé lugar a importante deterioro mental o físico a menos que el afectado reciba tratamiento y que la persona sea incapaz de emitir consentimiento informado o rechace de forma irracional el tratamiento. El artículo exige que el plan de tratamiento pueda ser implantado. La parte séptima de la ley regula este tipo de órdenes. Puede darse la posibilidad de una orden provisional (*interim community management order*) que emitiría el psiquiatra que estime que el afec-

---

[1258] Capital Territory 36.J, 30 y 36.B

[1259] Capital Territory 28 y ss.

[1260] La ley regula los poderes del Chief Psychiatrist para ordenar el ingreso y otros aspectos si es necesario y las facultades de transporte Capital Territory 35.

[1261] Capital Territory 31

[1262] Capital Territory 32

[1263] An attorney appointed under the *Powers of Attorney Act 1956*.

[1264] Capital Territory 33

[1265] Capital Territory 36.k

tado presenta los criterios para el tratamiento involuntario en la comunidad[1266] y que tiene una duración máxima de siete días, debiendo ser notificada tan pronto como sea posible al tribunal. La *community management order* sólo puede ser establecida por el tribunal por escrito y contempla un contenido mínimo en el que se fija, al margen de los datos de identificación, la Agencia encargada de desarrollar el tratamiento, el calendario de citas, la medicación o tratamiento que va a suministrarse, los servicios de rehabilitación y cuantas circunstancias estime precisas el tribunal[1267]. La norma establece que deben realizarse reconocimientos y revisiones de la orden frecuentes mientras la misma esté en vigor y nombrarse un *case manager* que revise los progresos realizados[1268]. Si el paciente incumple, la orden se suspende por el psiquiatra autorizado exigiendo la ley la práctica de todos los pasos necesarios para lograr la cooperación del afectado, debiendo el médico examinarle, pudiendo optar por tratarle (revocando la suspensión) o realizar el ingreso involuntario si procede. Si la suspensión no se revoca, debe comunicarse al tribunal en plazo inferior a 24 horas. Si el afectado es dado de alta del hospital en un plazo inferior a 7 días, la suspensión se revoca[1269]. El internamiento puede ser exclusivamente para examen psiquiátrico, de conformidad con el artículo 34.3 de la Ley, lo que autoriza para el transporte, utilizando los dispositivos policiales de resultar necesario y al ingreso por un período máximo de 12 horas durante el cual puede, en determinados casos, incluso administrarse medicación.

Para Tasmania, la *Mental Health Act, 1996,* en su parte séptima, regula las denominadas *community treatment orders* que exigen la acreditación de la existencia de enfermedad mental, riesgo para la persona o terceros a menos de que sea tratada la enfermedad, que la orden sea necesaria para asegurar dicho tratamiento y que existan servicios disponibles[1270]. La orden puede ser emitida

---

[1266] Norte de Australia 45 a 47

[1267] Norte de Australia 49

[1268] Norte de Australia 51

[1269] Norte de Australia 53. «*Suspension of community management order.* (1) An authorised psychiatric practitioner may suspend a community management order where the authorised psychiatric practitioner and the psychiatric case manager are satisfied that the person who is subject to the authority has failed to comply with the authority. (2) In determining whether to suspend a community management order, the authorised psychiatric practitioner and psychiatric case manager are to be satisfied that (a) all reasonable steps have been taken to implement the authority and to obtain the person's co-operation; and (b) as a result of the person's failure to comply with the authority there is a significant risk of the person (i) causing harm to himself or herself or to another person; or (ii) suffering serious mental or physical deterioration. (3) An authorised psychiatric practitioner who suspends a community management order under subsection 1.a must inform the person and his or her representative, if any, that the authority has been suspended and the reasons for the suspension; (b) must assess the person and may (i) order that the person be admitted to an approved treatment facility as an involuntary patient; or (ii) treat the person and revoke the suspension of the authority; and (c) where the suspension of the authority is not revoked, must notify the Tribunal, in the approved form, of the suspension not later than 24 hours after it is suspended. (4) The suspension of a community management order is revoked if the person who is subject to the authority is discharged from the approved treatment facility within 7 days after being admitted under subsection 3.b.i. (5) Section 34.3, with the necessary changes, applies to an order made under subsection 3.b.i as if the order were a recommendation for psychiatric examination in respect of the person to whom the order relates.

[1270] Tasmania 40

por dos médicos ejercientes autorizados que hayan examinado separadamente al paciente en los 7 días anteriores[1271]. Junto con los datos de identificación, la orden debe especificar la medicación y tratamiento requerido[1272]. La orden incluye la posibilidad de requerir al paciente para la toma o sometimiento a la administración de la medicación que prescriba el médico ejerciente, atender a las citas para acudir al centro de tratamiento y demás requerimientos que se consideren precisos. La orden contiene una declaración de que el paciente puede ser ingresado involuntariamente en hospital si incumple los requerimientos de la orden[1273]. La orden tiene una vigencia que no puede exceder de un año y puede renovarse satisfaciendo los mismos criterios que presidieron su adopción[1274]. Si durante la vigencia de la orden el paciente es ingresado, la misma se suspende mientras el paciente permanezca en el hospital, reactivándose tras el alta, salvo que el afectado permanezca en el hospital por más de tres meses[1275]. Si el paciente incumple, la ley permite la emisión por el médico ejerciente autorizado de una autorización para admisión temporal en ingreso involuntario hasta un máximo de 14 días, facultando igualmente para el transporte y el uso de la fuerza pública. En estos casos, debe acreditarse que se han realizado todos los pasos necesarios para intentar previamente la colaboración del paciente[1276]. Para la cesación de la orden basta con que uno de los dos psiquiatras otorgue el alta o también que el órgano administrativo de revisión (*Mental Health Tribunal*) así lo acuerde[1277].

Para Victoria, la *Mental Health Act 1986,* regula las denominadas *community treatment orders*. Las mismas deben satisfacer los criterios generales para el tratamiento involuntario recogidos en el artículo 8 de la ley que implica que la persona presente enfermedad mental, requiera tratamiento que sólo pueda ser administrado de forma involuntaria, que este sea necesario para su salud o seguridad, bien para prevenir el deterioro de su salud física o mental o cualquier otro riesgo para sí o terceros, que haya rechazado o sea incapaz de consentir el tratamiento y que no sea posible suministrarlo de forma menos restrictiva. En cualquier momento, el psiquiatra autorizado puede emitir una *community treatment order* si el paciente cumple estos requisitos y el tratamiento requerido está disponible[1278]. La duración de la orden no puede exceder de 12 meses (prorrogables[1279]) y debe especificar el lugar de residencia de la persona si ello es necesario[1280]. La ley exige que el

---

[1271] Tasmania 41
[1272] Tasmania 42.f
[1273] Tasmania 43 nº 3 y 4
[1274] Tasmania nº 1 y 2
[1275] Tasmania 44 nº 4, letra d
[1276] Tasmania 44.A y 44.B
[1277] Tasmania 44 nº 4, letras a y b. El artículo 51.c de la ley de Tasmania establece, entre las funciones del *Mental Health Tribunal,* «to review the making of, and carry out periodic reviews of, community treatment orders»
[1278] Victoria 14.1
[1279] Victoria 14.B. No se establece límite de renovaciones
[1280] Victoria 14.3

médico ejerciente reconozca a la persona a intervalos regulares para comprobar que los criterios y la disponibilidad del tratamiento siguen vigentes [1281]. El médico puede modificar el contenido de la orden en cualquier momento informando y dando una copia de la variación al afectado [1282]. Si el paciente incumple la orden y tras razonables esfuerzos no ha sido posible lograr su colaboración, el artículo 14.D de la ley permite revocar la orden al psiquiatra autorizado permitiendo el ingreso involuntario [1283]. La parte cuarta de la ley regula el órgano administrativo de revisión, denominado *Mental Health Review Board,* entre cuyas funciones se encuentran el examen de los recursos interpuestos por los pacientes involuntarios o en su representación [1284].

3.3.2. El proceso en los países europeos

Aunque en todos los países europeos, en mayor o menor medida [1285], se observa que se ha introducido el debate sobre este tipo de medidas, voy a centrarme en el Reino Unido, Italia y Alemania.

[1281] Victoria 14.A

[1282] Victoria 14.C

[1283] El paciente queda en situación de paciente interno involuntario ausente sin autorización *(absent without leave)* conforme al artículo 14.D.3.b, lo que permite la aplicación de las facultades previstas en el artículo 43 de la ley de Victoria, es decir el transporte y el recurso a los dispositivos policiales si fuera necesario. En el hospital, se procede a un reconocimiento en el menor tiempo posible y, en todo caso dentro de las 24 horas, que puede dar lugar al ingreso con carácter involuntario, al alta o a la emisión de una nueva orden de tratamiento involuntario *(Guidelines,* pag. 23). Las *Guidelines* establecen que, en coherencia con el principio de la alternativa menos restrictiva, no es aceptable el uso de fuerza física para imponer tratamiento en un entorno comunitario sea en el domicilio o en los locales de los servicios de salud mental. Del mismo modo tampoco es aceptable el uso de la presencia de terceros (especialmente la policía) para coercer a la persona a que tome el tratamiento en la comunidad. Si tal grado de coerción es preciso para asegurar la adherencia a la orden, debe considerarse su revocación y la persona debe ser conducida al hospital para ingreso involuntario. Las directrices excepcionan los servicios 24 horas como las *Community Care Units, Psychogeriatric Nursing Homes o Secure Extended Care Units.* En estos entornos clínicos, después de haber agotado las restantes alternativas, y tras autorización del superior médico, el personal puede utilizar la mínima fuerza para asegurar la adherencia a la orden. Debe considerarse especialmente la intrusión que el uso de la fuerza representa, la habilidad del servicio para manejar con seguridad el suceso y si es más apropiado o no revocar la orden. En el caso de que sea utilizada la fuerza, el personal debe agotar las posibilidades de negociación con el afectado antes y después del suceso. No se considera apropiado recurrir a la policía para el uso de la fuerza en estos entornos. (Victoria Government. Department of Human Services. Chief Psychiatrist. Mental Health Branch. *Community Treatment Order Guidelines.* Melbourne, 2001, página 13.)

[1284] Victoria 22

[1285] Por ejemplo, en Francia, en enero de 1997, el *Groupe national d'evaluation* de la Ley de 27 de junio de 1990 por la que se reformó el Código de la Salud Pública francés en materia de asistencia a la enfermedad mental recogió la necesidad de un sistema de cuidados ambulatorios obligatorios en medio familiar con un estatuto idéntico al de los enfermos sometidos a hospitalización involuntaria (Boumaza, Assia. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Le régime medico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique,* París, 2002, 4ª edición, página 168). En esas mismas fechas también se planteó el tema en Dinamarca, en respuesta al Ministro de Justicia danés sobre la proposición de reforma de la ley de salud mental (Danish Council of Ethics. *Conditions for psychiatric patients - a report.* Apartado «7.5.3 Coercion in outpatient treatment», 1997; disponible en internet: http://www.etiskraad.dk/graphics/03_udgivelser/engelske_publikationer/other_publications/psychiat/ren.h tm).

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

Reino Unido

Vamos a comenzar por el Reino Unido dado que nos sirve de puente en la medida que es un país europeo pero, al mismo tiempo, forma parte del sistema del denominado *common law*. Como ya señalamos en otro apartado de este trabajo, UNSWORTH señalaba como en Gran Bretaña se había producido un mosaico de normas legales y resoluciones judiciales propias del *common law* en el proceso de establecer una combinación de los poderes legales y los conceptos que los justifican que puedan determinar adecuadamente la dirección de las políticas tras la fase post-asilar y producir una organización de las relaciones tutelares diferenciada de la etapa del «loco detenido»[1286]. La redefinición de estos poderes se realizó, al igual que en la mayor parte de los países, mediante una eliminación a la mínima expresión de los mecanismos sanitarios existentes en ese momento, reduciéndolos a la urgencia. Sin embargo los esquemas conceptuales tuvieron escasamente en cuenta los mecanismos tutelares y sus enormes diferencias con los restantes colectivos que presentan situaciones de incapacidad legal. La existencia de internamientos que daban lugar a declaraciones de incapacidad fácticas fue la causa de la inaplicación de estos instrumentos legales.

Vamos a partir del esquema mínimo de *guardianship* fijado por el artículo 8.1 de la MHA de 1983. Si recordamos, la historia legal del proceso en Inglaterra y Gales partió de la *Mental Health Act* de 1959 bajo la cual las órdenes de *guardianship* eran equiparables a los poderes derivados de la patria potestad. Tras la entrada en vigor de la *Mental Health Act* de 1983, el contenido de los poderes se reduce a los tres ámbitos contenidos en su artículo 8: a) el poder para requerir al paciente para que resida en un lugar específico señalado por la autoridad local o persona nombrada; b) el poder para requerir al paciente para que asista a los lugares y en los momentos especificados con el fin de someterse a tratamiento médico, ocupación, educación o rehabilitación; c) el poder para que se otorgue acceso a cualquier médico colegiado, trabajador social acreditado u otra persona específica al lugar donde resida el paciente. Sin embargo, los tres poderes del guardador, como expresa el *Code of Practice*, no autorizan el uso de la coerción para asegurar su realidad práctica: ni tiene autoridad legal para detener físicamente al paciente o removerlo contra sus deseos, ni está autorizado a utilizar la fuerza para asegurar que el paciente asista a los lugares y las citas o para administrar tratamiento sin el consentimiento del paciente, ni permite utilizar la fuerza para asegurar la entrada a los lugares donde el paciente habita[1287].

[1286] Unsworth, Clive. «Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order». *Journal of Law and Society,* Volumen 18, número 2, verano de 1991

[1287] *Code of practice* 13.8. Puede consultarse en la obra de Jones, Richard. *Mental Health Act Manual, cit.,* página 702 y también está disponible en internet (http://www.dh.gov.uk/PublicationsAndStatistics/Publications/PublicationsPolicyAndGuidance/PublicationsPolicyAndGuidanceArticle/fs/en?CONTENT_ID=4005756&chk=YKlwkm)

La ausencia de un marco de referencia para la incapacidad hace que surjan diferentes pronunciamientos jurisprudenciales en el que se remarca las insuficiencias del esquema legal (esterilización, tratamientos no específicos de la enfermedad mental, guarda…)[1288]. La necesidad de una regulación general de la incapacidad dio lugar a los trabajos legislativos que culminaron con la *Mental Capacity Act 2005*, como ya expresamos en anterior epígrafe de este trabajo. Sin embargo, como sabemos, la materia propia de los tratamientos de salud mental queda fuera de esta ley. ¿Qué proceso se ha seguido en estos años? En 1991, se creó el *Care Programme Approach* para suministrar una estructura para el cuidado efectivo en materia de salud mental. Sus cuatro elementos principales eran los siguientes: 1) medidas sistemáticas para la evaluación de la salud y necesidades sociales admitidas dentro de los servicios especializados de salud mental; 2) elaboración de un plan de tratamiento que identifique tales necesidades requeridas; 3) la designación de un coordinador (*key worker*) que permanezca en estrecho contacto con el usuario; 4) la revisión regular y modificación, en su caso del citado plan. La ejecución considera especialmente las situaciones de riesgo, la diversidad de los usuarios y las necesidades de las familias. Tras la introducción de la fórmula de *after care under supervision* en abril de 1996, por la *Mental Health (Patients in the community) Act* de 1995, es deber de la Autoridad sanitaria y de los servicios sociales suministrar servicios posteriores al alta a las personas que recoge el artículo 117 de la MHA, entre los que se incluyen aquellas personas que tienen internamientos de mayor duración (los del artículo 3 de la ley). Los servicios a suministrar no están definidos en la ley por lo que el artículo otorga una considerable discrecionalidad a las autoridades sanitarias y locales sobre la naturaleza de los servicios a suministrar[1289].

La *Mental Health (Patients in the Community) Act de 1995* introdujo también una nueva forma de control en la comunidad, la *after care under supervision*. La reforma fue patrocinada por el propio Colegio de Psiquiatras[1290] y supuso la introducción en la MHA 1983 de los artículos 25.A al 25.J. La medida que se adopta en dichos artículos se denomina «supervised discharge» y está dirigida al grupo de

---

[1288] Podemos citar como referente la Sentencia *In the matter of F (Adult Patient), Case nº 2000/0094. Strand, London WC2A 2LL,* Lunes, 26 de junio de 2000 (BAILII). La Corte *estimó que* existía una laguna en el esquema legal del cuidado de los mentalmente incapacitados y de no actuar, se dejaría a la joven mujer vulnerable en una situación de riesgo que, de haber sido menor, la habría situado bajo la protección de la ley (una *care order* bajo el artículo 31 de la *Children Act* de 1989). La legislación de salud mental de 1983 no cubre los asuntos del día a día del adulto mentalmente incapaz y la doctrina de la necesidad debe ser invocada, puesto que la tarea de los jueces es utilizar el *common law* para cubrir las lagunas que presenta la ley. La Sentencia, que desestimó la apelación de la madre, señaló que es esencial que el *best interest* de T sea considerado por el Tribunal y que el hecho de que el Tribunal asuma jurisdicción sobre el caso no quita importancia a la obvia necesidad expresada por la Comisión de legislación y por el Gobierno de formar una estructura bien definida de protección de los adultos mentalmente incapacitados, puesto que la esencia de la declaración es resolver un caso concreto y no proveer una guía general. Mientras el Parlamento desarrolla esta estructura, la Corte podrá ser requerida para auxilio cuando no exista otra alternativa factible.

[1289] Jones, Richard. *Op. cit.* Página 454

[1290] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *op. cit,* página 561. Royal College of Psychiatrists. *Community Supervisión Orders.* Council Report CR18, London, 2003

pacientes integrados en el denominado fenómeno de la puerta giratoria. Se aplica para aquellos pacientes que son susceptibles de ser detenidos en un hospital y que sean mayores de 16 años y consiste en una solicitud para que el paciente que abandona el hospital esté sujeto a los cuidados y supervisión previstos en el citado artículo 117. La solicitud sólo puede presentarse por el *Responsible Medical Officer* y va dirigida a la Autoridad Sanitaria encargada de suministrar los cuidados previstos en el citado artículo 117. Si la Autoridad acepta la solicitud, debe informar al paciente, en forma oral y escrita, de que la solicitud ha sido aceptada y de los efectos que tiene estar sometido a *after care under supervisión.* La duración inicial de la medida es de un máximo de seis meses, renovables inicialmente por otros seis y posteriormente por períodos anuales[1291].

La medida se asemeja mucho a la *guardianship*[1292]. De hecho, los poderes que recoge el artículo 25.D, apartado 3, de la ley son los tres ya examinados anteriormente y con sus mismos defectos. Sin embargo aparece una novedad, el paciente puede ser, conforme al apartado 4 de dicho artículo, trasladado (*taken and conveyed*) al lugar donde tiene que asistir a las citas. Lo cierto, sin embargo, es que la medida presenta cuatro problemas: 1) no permite el tratamiento sin consentimiento en la comunidad; 2) el poder de trasladar al paciente no significa que este pueda quedar detenido por lo que puede, simplemente, marcharse; 3) su uso puede dar lugar a una mala imagen de los servicios entre los afectados, principalmente por la posible intervención policial; 4) la utilización de este recurso debe realizarse en caso de necesidad y resulta dudoso que sea necesario si el paciente simplemente no atiende a las citas para rehabilitación o formación laboral u ocupacional[1293].

Sin embargo, desde otra perspectiva, se señala que el uso de la medida ha sido bueno en la mejora de la adherencia a la medicación[1294] y que el escaso uso

---

[1291] MHA 1983, artículo 25.G. Los períodos son los mismos que las renovaciones del internamiento del artículo 3 de la ley.

[1292] Jones, de hecho, señala que la *Mental Health Act Commission* la definió como una forma de *guardianship* médica (*Op. cit.* Página 154). Entre las diferencias, se encuentra el hecho de que esta medida sólo puede aplicarse a pacientes que son susceptibles de detención y que el paciente que rechaza el tratamiento médico en la *guardianship* es susceptible de traslado al hospital bajo la regla 8(3) de la *Mental Health (Hospital, Guardianship and Consent to treatment)* lo que no sucede en el *supervised discharge.*

[1293] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *op. cit,* página 565 y 566. Claramente el apartado 50 del *Code of Practice* señala: «A patient who has been conveyed to a clinic and then insists on leaving cannot be kept there or given treatment against his or her will (except in the circumstances allowed by common law where it may be permisible to administer treatment in order to deal with the immediate emergency)»

[1294] Jones, Richard. *Op. cit.* Página 454. Pinfold et al (Franklin, Donna/Pinfold, Vanessa/Bindman, Jonathan/Thornicroft, Graham «Consultant psychiatrist' experiences of using supervised discharge» *Psychiatric bulletin* (2000) 24,412-415) dan cuenta de una investigación desarrollada entre 1997 y 1998 y marzo y junio de 1999. Sus resultados arrojaron que en el 77 % de los casos los psiquiatras estimaron que el recurso al *Supervised Discharge* había sido de ayuda o de mucha ayuda en el manejo del paciente, que en un 41 % se había experimentado positiva influencia en el cumplimiento de la medicación, que en el 63 % de los casos se estimaba positivo para el acceso del paciente a los servicios y en un 30 % había mejorado el acceso al paciente. Pese a esos resultados positivos, su uso es muy inferior al que el Gobierno inicialmente previó (3.000 casos previstos por el Ministerio de Sanidad), de hecho, en otro trabajo reseñan que su uso no es superior al 2 % del número de personas detenidas en el hospital anualmente o para más del 0'1 % de personas que

de la medida de traslado no impide dicha mejora. Los autores coinciden en que el uso de esta medida es infrecuente[1295] y, en opinión de BARLETT y SANDLAND, la medida parece no valer la pena en la medida en que es mucho esfuerzo para obtener menos resultado que aplicando la medida de permiso de salida (*leave of absent*) prevista en la ley[1296].

Posteriormente, se elaboraron diferentes proposiciones para la modificación de la ley en el sentido de ampliar los poderes de compulsión en la comunidad característicos de las *Community Treatment Orders*[1297]. La discusión para actualizar la legislación de salud mental se ha desarrollado en los últimos 8 años desde que en julio de 1998 Frank Dobson, entonces *Secretary of State for Health* anunció la revisión. En julio de 1999, el Gobierno anunció la designación de un comité de expertos liderados por Genevra Richardson para asesorar sobre la revisión de la MHA 1983. El Comité debía realizar propuestas sobre los requisitos para el cumplimiento del tratamiento en la comunidad. En noviembre de 1999 el Gobierno publicó un conjunto de propuestas (*Green Paper*)[1298] constituyendo las principales los principios guía para incluir en la legislación de salud mental, una definición amplia de lo que constituye el trastorno mental, evaluación formal para proceder a la emisión de

---

reciben tratamiento bajo el *Care Programme Approach*. El número de casos ascendió de 160 (1997) a 596 (1999). Uno de los hechos que refleja el informe es que la medida es útil pero, sin embargo, su uso efectivo es complejo, la adición del poder de traslado *(convey)* ha sido de mínima importancia y usado raramente y la falta de poder para imponer la medicación tampoco ha impedido a las medidas lograr la adherencia en muchos casos. Estas medidas pueden ser usadas como amenaza y percibidas como tal por los usuarios, sin embargo una variedad de respuestas distintas desde la aceptación pasiva o condicional a la activa se han hallado. También resulta claro que la resistencia activa y el rechazo se puede encontrar pero es raro y los médicos optan por no utilizar las medidas en estos casos. Otro de las conclusiones de este interesante trabajo radica en que a la hora de estudiar nuevas medidas que incrementen la compulsión en la comunidad hay que tener en cuenta varios factores: 1) la aplicación variable entre los distintos servicios y médicos; 2) que, aunque la adherencia puede ser conseguida mediante coerción legal, los mecanismos actuales mediante los cuales se logra son complejos y se realizan mediante distintos niveles de coerción y los distintos usuarios reaccionan a ellos de maneras muy diferentes; 3) que existen singulares diferencias entre los distintos grupos de profesionales consultados sobre el uso de la compulsión en la comunidad, así, una mayoría no muy holgada de psiquiatras (61%) la estiman necesaria frente a otros profesionales como los trabajadores sociales que sólo la estiman en un tercio o sólo un quinto entre el colectivo de enfermería; 4) finalmente, los profesionales son más receptivos al uso de la guardianship que está basada en el bienestar del paciente que en el *Supervised discharge,* originariamente concebido para la necesidad percibida de reducir riesgos —de hecho, en el informe se hace referencia al caso Clunis en su página 8— (Bindmand, Jonathan/Pinfold, Vanessa/Hatfield, Barbara/Canvin, Krysia/Barlett, Annie/Thornicroft, Graham. *National Evaluation of Supervised Discharge and Guardianship*. University of Manchester. September 2001, disponible en internet: http://web1.iop.kcl.ac.uk/IoP/Departments/HSR/PRiSM/Topics/SD&Grep.pdf). Burns apunta que una de las razones de su escaso uso es la ausencia de un debate honesto. El autor trabaja en un servicio de tratamiento asertivo comunitario y considera útil la medida pero estima que no es sólo «amenazar y rellamar» es algo mucho más complejo que puede realizarse sin engaños. El conflicto de esta medida radica en que se ha creado un artificio que realmente se está utilizando como una *community treatment order.* La ausencia de convicción y de definición clara de lo que se realiza es lo que mina la confianza general de los destinatarios y de la sociedad en general (Burns, Tom. «Supervised discharge orders» *Psychiatric Bulletin* [2000] 24, 401-402)

[1295] Jones, Richard. *Op. cit.* Página 454

[1296] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *op. cit,* página 566

[1297] Department of Health. *White Paper on the future of mental health services, 1998*

[1298] Department of Health. *Reform of the Mental Health Act 1983: Proposals for Consultation.* Cm 4480 (the Green Paper) (disponible en internet: http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm44/4480/4480-00.htm)

órdenes de tratamiento y cuidado involuntario, la creación de un tribunal para decidir cuando este tipo de órdenes debe realizarse y la conclusión de que tales órdenes pueden aplicarse en el hospital y en la comunidad. Las propuestas se basaron en el informe del Comité [1299] aunque el Gobierno aceptó algunas de las recomendaciones, otras fueron rechazadas, modificadas significativamente o, en algunas cuestiones, se formularon proposiciones alternativas. El Comité propuso un amplio número de principios sobre el tratamiento involuntario pero las sugerencias del Gobierno fueron más limitadas: 1) el tratamiento voluntario debe ser considerado recurso previo al involuntario; 2) los pacientes deben ser involucrados en la medida de lo posible en el proceso de desarrollo y revisión de sus propios planes de tratamiento; 3) la seguridad tanto del afectado como del público son la clave en la determinación de cuando los poderes de tratamiento involuntario deben ser aplicados; 4) cuando tales poderes sean utilizados, el cuidado y tratamiento debe ser ubicado en el entorno menos restrictivo posible coherentemente con el mejor interés del paciente y la seguridad tanto del afectado como del público. Dos criterios para decidir cuando una persona podía ser sujeto de tratamiento y cuidado involuntario fueron sugeridos, el criterio de la «capacidad» del Comité (recoge la distinción entre personas con capacidad para realizar decisiones sobre su tratamiento y aquellos que han perdido dicha capacidad) y el criterio alternativo del Gobierno [1300].

El Ministerio de Sanidad británico publicó un borrador de proyecto de ley (*draft Mental Health bill* de junio de 2002) [1301] conteniendo especificaciones sobre este tipo de disposiciones que ha sido sucedido por otro borrador de septiembre de 2004 [1302]. Una reacción inicial al proyecto de 2002 por el Royal College of Psychiatrists y la *Law Society* describió los planes para las *Medical Treatment Orders* y el tratamiento involuntario en la comunidad como «éticamente dudoso e irrealizable en la práctica». Las objeciones no se dirigen, en principio, contra las órdenes en sí mismas puesto que el problema de la puerta giratoria es bien conocido sino en la manera en que el proyecto legislativo se aparta del informe Richardson y propone un esquema que hiperenfatiza el control y dice muy poco sobre cómo la órden de tratamiento médico se integrará con el soporte comunitario intensivo o cómo dichos servicios van a ser dotados presupuestariamente. En opinión de BARLETT y SANDLAND, si el Gobierno fijara estos puntos la oposición a la extensión de tales poderes se reduciría significativamente [1303].

[1299] DEPARTMENT OF HEALTH. *Review of the Mental Health Act, Report of the Expert Committee.* London: Department of Health, 1999 (http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/06/26/14/04062614.pdf)

[1300] PARKER, Camilla. «The Reform of the Mental Health Act 1983. The Mental Health Foundation's response». The Mental Health Foundation Updates: *Volume 1, Issue 19. London, May 2000 (Disponible en internet: http://www.mentalhealth.org.uk/html/content/updatev01i19.pdf)*

[1301] *Draft Mental Health bill presented to Parliament by the Secretary of State for the Department of Health, June 2002* (Cm 5538)

Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/07/47/22/04074722.pdf

[1302] DEPARTMENT OF HEALTH. *Draft Mental Health Bill presented to Parliament by the Secretary of State for Health by command of Her Majesty,* September 2004 (Disponible en internet: http://www.official-documents.co.uk/document/cm63/6305/6305.pdf)

[1303] BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *op. cit,* página 568

El proyecto define el trastorno mental de forma amplia[1304]. Esta amplia definición fue aconsejada por el Comité de Expertos y fue aceptada por el *Royal College of Psychiatrists*, aunque sólo en combinación con un estrecho criterio para la imposición de tratamiento involuntario[1305]. Los criterios para la compulsión y detención son que el paciente sufra trastorno mental, que el mismo sea de tal naturaleza o grado que requiera tratamiento médico, la tercera condición supone, en el caso de riesgo para terceros, que sea necesario para la protección de tales personas o, en cualquier otro caso, que sea necesario para la salud o seguridad del paciente y que sea suministrado conforme a los previsiones de la ley, la cuarta y última condición es que el tratamiento esté disponible. ZIGMOND señala que una interpretación alternativa es aquella que centra el criterio en la pérdida de capacidad, reseñada por el Comité de Expertos. A favor de esta interpretación se reseña que supondría la equiparación de las enfermedades mentales y de las físicas. En contra, se interpreta que esta posibilidad puede ser muy restrictiva y que supondría que el psiquiatra tendría que permitir al paciente volver a dañar sólo porque la persona retiene capacidad[1306].

Respecto a las *Community Treatment Orders*, ZIGMOND reseña que romper el vínculo entre involuntariedad y hospital es uno de los objetivos centrales de la política del Gobierno británico y que esta inclusión cambia el concepto de involuntariedad tanto en la teoría (puesto que cambia la necesidad de que el paciente esté tan enfermo que requiera el ingreso en el hospital), como en la práctica (al no ser ya necesario encontrar una cama). Las opiniones son diversas. Los grupos de usuarios se oponen y los psiquiatras presentan una amplia gama de opiniones, desde la firme oposición por la creencia de que sólo tendrían que estar disponibles después de un reconocimiento en internamiento al posicionamiento a favor de su uso en cualquier momento. La posición del *Royal College of Psychiatrists* es apoyar el uso de las *Community TreatmentOrders* pero sólo tras el ingreso involuntario[1307].

El borrador de 2004 continúa con una aproximación similar (cinco condiciones) en lo concerniente a los criterios de imposición del tratamiento involuntario (artículo 9)[1308], manteniendo, como criterio de necesidad, la distinción entre

---

[1304] *Any disability or disorder of mind or brain which results in an impairment or disturbance of mental functioning,* definición que sustancialmente se mantiene en el borrador de 2004, en su artículo 3(5): «impairment of or a disturbance in the functioning of the mind or brain resulting from any disability or disorder of the mind or brain» (Department of Health. *Draft Mental Health Bill, presented to Parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty, September 2004* -Cm 6305-I-)

[1305] Zigmond, Tony. «A new Mental Health Act for England and Wales: grounds for compulsion». *Advances in Psychiatric Treatment (2004), vol. 10, 243–246.* El autor es el Vice-Presidente del *Royal College of Psychiatrists.*

[1306] Zigmond, Tony. *Op. cit.*

[1307] Zigmond, Tony. *Op. cit.*

[1308] El texto del borrador de proyecto de ley es el siguiente: «9. The relevant conditions. (1) In this Part, references to the relevant conditions are to the following conditions (subject to subsection 7). (2) The first condition is that the patient is suffering from mental disorder. (3) The second condition is that that mental disorder is of such a nature or degree as to warrant the provision of medical treatment to him. (4) The third

protección del paciente (de suicidio, serio daño a sí mismo, o seria desatención de su salud o seguridad) y de terceras personas. El artículo 15 expresa que si una de las personas encargadas por la Autoridad Sanitaria determina que se reúnen los criterios anteriormente expuestos pero la detención no es apropiada, tal determinación debe especificar las condiciones a imponer para asegurar el reconocimiento o para proteger la salud del paciente o la seguridad de terceras personas. Tales condiciones pueden incluir, por un lado, que el paciente acuda a determinados lugares conforme a un calendario, que resida en un lugar determinado y que esté disponible para reconocimiento durante un período determinado y, por otro lado, que el paciente no se involucre en determinadas conductas [1309]. La situación puede cambiar o el paciente puede no cumplir las condiciones por lo que la decisión puede revisarse por el profesional del hospital encargado de realizar el reconocimiento y cambiar la situación del paciente de residente a no residente (*nonresident patient*) [1310]. La decisión de estar susceptible para reconocimiento (*liability for assessment*) es recurrible ante el nuevo *Mental Health Tribunal* [1311].

El borrador de 2004 establece que, cuando ya se haya determinado que el paciente reúne los criterios y no es necesaria la realización de más reconocimientos, debe solicitar al *Mental Health Tribunal* una orden para autorizar su tratamiento médico bien como residente o como no residente [1312]. Tales órdenes tienen una duración máxima de 6 meses renovables, inicialmente, por un período de 6 meses y, posteriormente, por períodos de 12 meses [1313]. La orden debe, junto con el plan de tratamiento, especificar las condiciones que se imponen para asegurar que el tratamiento sea administrado y proteger su salud o la seguridad de terceros, realizar recomendaciones al médico sobre las acciones que deben desarrollarse en caso de que el paciente incumpla las condiciones impuestas o se produzca un cambio de circunstancias y determinar si el médico está autorizado por el tribunal para determinar si las condiciones pueden suspenderse conforme al artículo 62 de la ley. La orden también debe especificar el período de duración y las condiciones que son las mismas anteriormente expuestas [1314].

---

condition is that it is necessary (a) for the protection of the patient from (i) suicide or serious self-harm, or (ii) serious neglect by him of his health or safety, or (b) for the protection of other persons, that medical treatment be provided to the patient. (5) The fourth condition is that medical treatment cannot lawfully be provided to the patient without him being subject to the provisions of this Part. (6) The fifth condition is that medical treatment is available which is appropriate in the patient's case, taking into account the nature or degree of his mental disorder and all other circumstances of his case. (7) The fourth condition does not apply in the case of a patient aged 16 or over who is at substantial risk of causing serious harm to other persons. (8) For the purposes of this Part, a determination as to whether a patient is at substantial risk of causing serious harm to other persons is to be treated as part of the determination as to whether all of the relevant conditions appear to be or are met in his case».

[1309] Apartado 4 del artículo 15 de la *Draft Mental Health Bill* 2004.

[1310] Artículos 27 a 29 de la *Draft Mental Health Bill* 2004

[1311] Artículos 35 a 37 de la *Draft Mental Health Bill* 2004

[1312] Artículo 38 de la *Draft Mental Health Bill* 2004

[1313] Artículo 47 de la *Draft Mental Health Bill* 2004

[1314] Artículo 46 de la *Draft Mental Health Bill* 2004

En el mismo mes de la presentación del proyecto legislativo de 2004, el *Royal College of Psychiatrists* publicó una nota de prensa expresando su preocupación dado que el Gobierno no había considerado sus anteriores recomendaciones, estimando que este proyecto alejaba a la práctica psiquiátrica del resto de la medicina, apartando a las personas con enfermedad mental de los derechos que sí tienen reconocidos las personas con padecimientos físicos y que se centraba fundamentalmente en la extensión de los poderes de compulsión y que la reforma debía centrarse en el proceso de mejorar las posibilidades de elección del paciente, en su participación en su cuidado y tratamiento y en la reducción del estigma y la discriminación[1315].

El Comité de Expertos emitió un nuevo informe que obtuvo respuesta del Gobierno en julio de 2005[1316]. El Comité expresó que la definición de trastorno mental, que se aceptaba, debía estar acompañada de cautelas para salvaguardar el uso de las condiciones de los poderes de compulsión con objeto de que estos no sean utilizados de forma inapropiada como medios de control social[1317]. Respecto a las denominadas *non residential orders,* las recomendaciones del Comité (30 a 34)[1318] fueron: 1) que las mismas se limitaran a grupos de pacientes claramente definidos e identificables clínicamente; 2) que se adoptaran las salvaguardas necesarias para que no se produjera un doble patrón en la imposición de poderes de compulsión; 3) la necesidad de recoger una serie de parámetros mínimos para la adopción de este tipo de órdenes (no debe imponerse normalmente sin previa hospitalización por lo menos para el propósito de reconocimiento, debe existir evidencia de que existirá una colaboración buena antes de imponer la orden, las previsiones deben ser simples y sólo especificar requerimientos o limitaciones sobre el lugar de residencia y tratamiento médico, debe existir un tiempo máximo para el tratamiento bajo este tipo de órdenes que no debe abarcar más de tres años en un período de cinco, la orden no debe autorizar el uso de la fuerza sobre el paciente en la comunidad —es decir, fuera de de hospitales o clínicas— más allá de los actuales poderes recogidos en la MHA 1983 de traslado, bien al lugar requerido o al hospital); 4) por último, que las órdenes fueran acompañadas por requerimientos a las autoridades de sanidad y locales para suministrar cuidados adecuados y que estos cuidados adecuados significan otros distintos que los suministrados por las familias o cuidadores y cualquier previsión sobre este tipo de órdenes debe asegurar que los presupuestos no están ubicados en dichas personas sino en los servicios sanitarios y sociales.

[1315] Royal College of Psychiatrist. Nota de prensa. *Draft mental health bill: Royal College of Psychiatrist anxious about civil liberties, ethics, practicality an effectiveness.* 8 de septiembre de 2004.

[1316] Department of Health. *Government response to the report of the Joint Committee on the draft Mental Health Bill 2004,* presented to Parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty July 2005 (Cm 6624) (Disponible en internet: http://www.official-documents.co.uk/document/cm66/6624/6624.pdf)

[1317] Department of Health. *Government response to the...,* página 11, recomendaciones 11 y 12

[1318] Department of Health. *Government response to the...,* páginas 18 a 20

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

La respuesta del Gobierno a la primera de estas cuestiones fue agradecer que el Comité reconociera que el tratamiento en la comunidad puede resultar beneficioso para aquellos pacientes que presentan recaídas frecuentes y están conformes con que tales grupos deben ser mejor definidos, lo que se intentará a la luz de los avances en la práctica profesional y la experiencia, de hecho el Gobierno se comprometió a consultar con las partes interesadas y desarrollar la política para su posterior desarrollo. El Gobierno británico no estuvo de acuerdo, sin embargo en los casos de aquellos pacientes que eran inicialmente internos puesto que establecer tal limitación podría ser contrario a las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos porque establecería una desigualdad inaceptable.

En cuanto a la segunda, el Gobierno estimó que las condiciones para imposición de los poderes de compulsión son las mismas para los pacientes civiles y que sólo puede utilizarse este único patrón. Se estimó que los códigos de buena práctica expresarían estos particulares.

En cuanto a la tercera, el Gobierno agradeció el acuerdo del Comité con los elementos clave de la política gubernamental que estima que el paciente tratado bajo poderes no debe ser reconocido en la comunidad sin haber sido previamente reconocido en el hospital y de que no debe existir tratamiento forzado fuera del hospital. También están conformes con el hecho de que debe existir una previsión de colaboración a la hora de valorar la adopción de este tipo de órdenes, cuestiones que serán cubiertas en el código de práctica. Sin embargo el Gobierno no estuvo de acuerdo con las limitaciones correspondientes a las condiciones a imponer porque estimaban que impedían el efectivo manejo del riesgo de daños para los propios pacientes o para terceros, siendo esto una cuestión de proporcionalidad y, por otro lado, estimaron que la idea de introducir un período máximo posiblemente conduciría a una detención arbitraria incompatible inaceptable y de que tenían dudas de su compatibilidad con el Convenio Europeo de derechos humanos.

En cuanto a la última, la quinta condición que recogen los criterios para la imposición de los poderes de compulsión (disponibilidad) sólo puede ser satisfecha si las instituciones de sanidad y las instituciones locales se implican y lo que es necesario es que tales proveedores de servicios acuerden cuándo y cómo los mismos están disponibles para los pacientes. El impacto en los cuidadores se realiza en el propio plan de tratamiento, dado que es necesario la consulta a la hora de elaboración del plan (sometido a la previa consideración del médico autorizado de los deseos y sentimientos del paciente acerca de tal consulta).

Finalmente, el Gobierno, tras reconocer que se habían empleado 7 años en consultas y discusiones, reconoce que se trata de un proceso muy complejo y que era preferible una simple reforma de la ley de 1983, reforma en la que se está trabajando actualmente. Entre las diversas proposiciones que se iban a introducir se reseñaba la introducción del tratamiento supervisado en la comunidad para pacientes susceptibles de ello tras un período de internamiento inicial y tratamiento en el hospital. Esto, según manifiesta el Ministerio de Sanidad, ayudará a asegurar la adherencia al tratamiento y permitirá evitar nuevas recaídas y reingresos. La

introducción del tratamiento en la comunidad refleja modernas medidas de los servicios que permiten a los pacientes ser tratados conforme a sus necesidades y circunstancias individuales[1319].

Con posterioridad, se procedió a una nueva reelaboración por el propio Ministerio de Sanidad, anunciando la introducción de una nueva medida denominada *Supervised Community Treatment* que iría destinada a un grupo de pacientes que han pasado por un período inicial de internamiento y dirigido a suministrar una alternativa positiva a la detención en el hospital, estableciendo idénticas garantías que para el caso de los pacientes internados involuntariamente, teniendo que reunir los mismos criterios que los establecidos en el proyecto de reforma para el ingreso involuntario[1320].

Finalmente, se presentó en el Parlamento un proyecto de ley el 16 de noviembre de 2006 *(Mental Health Bill 2006)*[1321] que pretende introducir una serie de reformas en la MHA de 1983[1322]. El Ministerio de Sanidad expresó que no todos los pacientes internados en las condiciones de la Ley de 1983 serían susceptibles de SCT, que esta decisión estaría fundada en el juicio clínico sobre las condiciones de la persona y sus circunstancias y que el paciente habría de reunir los mismos criterios de admisión para tratamiento que los dispuestos para los internamientos previstos en el artículo 3 de la Ley de 1983. El SCT sólo se puede practicar después de que el paciente haya sido evaluado y tratado previamente en el hospital y, salvo los casos de urgencias en los que el paciente ha perdido la capacidad para emitir consentimiento informado y la intervención es inmediatamente necesaria, no autoriza a la administración de tratamiento forzado en la comunidad contra los deseos del paciente sino, si resulta necesario, al reingreso en el hospital para tratamiento[1323].

El Ministerio de Sanidad expresó que la introducción del SCT producía tres beneficios fundamentales[1324]:

[1319] Department of Health. *The Secretary of State for Health: Written Ministerial Statement on the Government's policy on mental health legislation,* publicado el 23 de marzo de 2006 (disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/PolicyAndGuidance/HealthAndSocialCareTopics/MentalHealth/MentalHealthArti cle/fs/en?CONTENT_ID=4132141&chk=bAKou7)

[1320] Department of Health. *The Mental Health Bill. Plans to amend the Mental Health Act 1983. Supervised Community Treatment.* Briefing Sheet. A3. Gateway reference 6420. April 2006 (disponible en Internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/13/54/35/04135435.pdf)

[1321] El texto está disponible en internet: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldbills/001/2007001.pdf

[1322] El proyecto no sólo se ocupa de la regulación del SCT sino que abarca otra serie de aspectos como las competencias de los distintos profesionales, ampliación de la intervención del Mental Health Review Tribunal, simplificación de la definición legal de trastorno mental, introducción de nuevos requerimientos sobre la disponibilidad de tratamiento adecuado, modificación de algunas prerrogativas del *nearest relative,* modificación de algunos aspectos de las denominadas *restriction orders* y otras reformas menores (Department of Health. Mental Health Bill 2006. Summary Guide. November 2006 (disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/04/99/04140499.pdf)

[1323] Department of Health. *Mental Health Bill. Amending the Mental Health Act 1983. Supervised Community Treatment (SCT).* Briefing Sheet-SCT-A3. Gateway reference 6420. November 2006 (disponible en Internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/05/10/04140510.pdf)

[1324] Department of Health. *Mental Health Bill: Regulatory Impact assessment.* November 2006, páginas 12 y 13. (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/05/01/04140501.pdf)

1) El aumento de la seguridad del paciente y del público al permitir al clínico el rápido reingreso en el hospital de aquellos pacientes cuyo estado mental se deteriore hasta el punto de ponerse en riesgo a ellos mismos o a terceros.
2) El beneficio de los pacientes al permitirles la opción del tratamiento en la comunidad en lugar de la detención, minimizando los trastornos en su vida diaria, facilitando la intervención temprana y evitando el fenómeno del «revolving door».
3) Presta apoyo a las modernas fórmulas de servicios de salud mental donde el tratamiento está centrado en la comunidad en lugar de en el hospital.

El Ministerio expresó que, aunque se había sugerido que la introducción del SCT podía dar lugar al peligro de una injustificada extensión del uso de la coerción, estimaban no obstante que los criterios de imposición, la preparación y la guía para los clínicos, los derechos de los pacientes de acudir al tribunal y la inspección de la *Mental Health Act Commission* prevendrían la compulsión injustificada y ayudarían a asegurar que las decisiones tomadas para la adopción y alta de los pacientes del SCT fueran realizadas de forma correcta.

El texto del proyecto introduce en sus cláusulas 25 a 29 una serie de modificaciones en el texto de la ley de 1983. El artículo 17 A que se introduciría en la nueva ley lleva el título de *Community treatment orders*. El texto de la norma expresa que el clínico responsable no puede adoptar una orden de estas características salvo que, en su opinión, se cumplan los siguientes criterios (apartado 5):

a) Que el paciente sufre de trastorno mental de tal naturaleza o grado que le resulta adecuado recibir tratamiento médico
b) Es necesario para su salud o seguridad o para la protección de terceras personas que reciba este tratamiento
c) Sujeto a la posibilidad de ser reingresado, tal tratamiento puede ser suministrado sin que sea preciso que permanezca constantemente detenido en un hospital
d) Es necesario para su salud o seguridad o para la protección de otras personas que sea susceptible de ser reingresado en el hospital para tratamiento médico
e) El tratamiento médico apropiado para el paciente está disponible.

Además es preciso que un segundo profesional (*approved mental health professional*) establezca por escrito que está de acuerdo con este parecer y que la adopción de la medida resulta adecuada[1325].

[1325] El borrador de Código de práctica especifica que, al considerar si el paciente reúne los criterios para el SCT, son relevantes las siguientes consideraciones: los principios guía son las circunstancias sociales y familiares del paciente, la naturaleza del trastorno mental y su curso, si el tratamiento necesario puede ser

El artículo 17 B que se introduciría en la Ley de 1983 especificaría las condiciones que pueden detallarse en la orden que son (apartado 3):

a) Que el paciente resida en un lugar determinado
b) Que el paciente acuda en determinados tiempos y lugares para los propósitos del tratamiento médico
c) Que el paciente reciba tratamiento médico de acuerdo con las directrices del responsable clínico
d) Que el paciente se someta a los reconocimientos necesarios
e) Que el paciente se abstenga de la realización de determinadas conductas [1326].

Como especifica el Memorando, las condiciones no son en si mismas susceptibles de ejecución forzada pero, si el paciente no cumple con alguna de ellas, el clínico responsable puede considerar si es necesario el reingreso [1327]. El artículo 17 E especifica las facultades del responsable clínico para el reingreso del paciente que se produce cuando estima que requiere tratamiento médico en el hospital y existe riesgo para el propio paciente o para terceros si no se realiza e, igualmente y como ya se ha expresado, cuando el paciente no cumple las condiciones impuestas reseñadas con anterioridad. El artículo 17 F especifica los poderes respecto a los pacientes reingresados. El médico responsable dispone de un período de 72 horas dentro del cual puede volver a liberar al paciente reingresado y seguir el tratamiento en régimen de SCT o revocar la orden de tratamiento para que siga en régimen de internado (con la aprobación del *approved mental health professional)* conforme a los criterios del artículo 3 de la ley como si nunca hubiera

---

suministrado de forma segura y efectiva sin el uso del SCT, las necesidades culturales y los antecedentes del paciente y cualquier otra consideración que pueda ser relevante para las circunstancias individuales del paciente. (Department of Health. *Draft Illustrative Code of Practice*. 17 november 2006. Gateway reference 7398. Apartado 12 A.9 (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/07/68/04140768.pdf). También reseña que antes de adoptar la decisión, el responsable clínico y el AMHP deben consultar al paciente; al *nearest relative* (a menos que el paciente se oponga o no sea posible realizarlo) y a cualquier otra persona con la autoridad para actuar en representaciön del paciente y pueda determinar sus puntos de vista acerca del uso de las CTO y la naturaleza de cualquiera de las condiciones aplicables (apartado 12 1.12). Igualmente deben considerar el contexto social en sentido amplio, incluyendo cualquier red de soporte que pueda tener el paciente, el impacto potencial en el resto de la familia, cuestiones laborales, etc. (apartado 12 A.14). Los servicios que el paciente recibirá mientras permanezca en SCT son la totalidad o parte de los dispuestos en el artículo 117 de la ley de 1983, como parte de un programa ordinario de cuidados en línea con el *Care Programme Approach* (apartado 12 A.16). El siguiente apartado insiste en la necesidad de llegar a acuerdos sobre el citado plan con el paciente

[1326] Como reseña el borrador de Código de Práctica: «Esta última condición puede ser apropiada cuando, por ejemplo, el paciente necesite evitar el uso de drogas ilegales porque es conocido que, si no lo hace, la probabilidad de recaída será mayor. No debe ser utilizada a menos que la conducta en cuestión sea directamente relevante para la condición médica del paciente. Las condiciones expresadas no constituyen una lista exhaustiva. Pueden adoptarse otras, dependiendo de las circunstancias individuales del paciente.» (*Cit*. Apartado 12 A.23)

[1327] Department of Health *Illustrative Draft Memorandum*. 17 november 2006. Gateway reference 7410 (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/06/26/04140626.pdf)

estado sometido a SCT, entendiéndose que en ese mismo instante comienza un nuevo período de renovación[1328]. Si no realiza la revocación de la CTO en el plazo de 72 horas, el paciente será dado de alta del hospital pero se mantiene la vigencia de la CTO. Antes de hacer uso de la facultad de reingreso, el clínico responsable debe valorar las posibilidades de negociación (bien mediante visita, llamada telefónica, comunicación postal…, constituyendo esta la forma habitual de actuación, salvo que el riesgo o el severo deterioro de la condición del paciente exijan el ingreso inmediato) y también la de modificar las condiciones impuestas si estas no pueden cumplirse por razones prácticas, consultándolo con el paciente y atendiendo a sus circunstancias individuales[1329].

Como establece el borrador de Código de Práctica, el reingreso en el hospital no puede llegar a convertirse en un suceso regular o habitual en cualquier paciente sometido a SCT. Cuando esto se produzca, el clínico responsable debe revisar el tratamiento a fin de intentar que sea más aceptable para el paciente o valorar sus circunstancias individuales a fin de determinar si es apropiado continuar con la medida de CTO[1330].

El artículo 17 C especificaría la duración de la orden remitiendo al también nuevo artículo 20 A. La orden se estipula por un período inicial de seis meses que puede ser objeto de una primera renovación de otros seis meses y posteriores por plazos sucesivos anuales. Es deber del clínico en los dos meses anteriores a la finalización del período examinar al paciente y constatar que las condiciones que justificaron la adopción de la orden se mantienen, emitiendo un informe escrito dirigido a los responsables del hospital[1331]. El borrador de Código de Práctica especifica que los responsables del hospital pueden ejercitar, no obstante, su facultad de dar de alta al paciente como si se tratara de un paciente internado[1332]. Si se produce la renovación, debe informarse al paciente de forma oral y escrita y el *nearest relative* debe ser informado acerca de sus derechos acerca del cese de la medida, salvo que el paciente se oponga a tal comunicación[1333].

El cese de la medida de CTO puede producirse de distintas maneras[1334]:

[1328] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.40. Como especifica el borrador de Código de Práctica (apartado 12 A.5) el ingreso bajo las condiciones del artículo 3 de la Ley de 1983 no es la única circunstancia para la imposición del SCT, puede producirse en otros casos como los siguientes: *unrestricted hospital order* conforme a los artículos 37 o 51(5); *unrestricted transfer direction* conforme a los artículos 47 o 48; *hospital direction* conforme al artículo 45A cuando ésta ha cesado de tener efecto; tras *guardianship* (o *guardianship* conforme al artículo 37) según resoluciones adoptadas en virtud del artículo 19; bajo el artículo 3 o sometido a una *unrestricted hospital order* o *transfer direction*, tras traslado desde Irlanda del Norte, Escocia, Isle of Man o Channel Islands.

[1329] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.47

[1330] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.44

[1331] El borrador de Código de Práctica reseña que es buena práctica revisar la CTO como parte de todas las revisiones del *care plan*. La CTO es, desde luego, parte y está estrechamente vinculada al plan de tratamiento.(Apartado 12 A.29). Los apartados siguientes expresan que, tanto para las revisiones como para las modificaciones del plan, debe consultarse al paciente y a sus allegados e intentar su participación.

[1332] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.37

[1333] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.38

[1334] *Draft Illustrative Code of Practice*. Apartado 12 A.61

- Cuando el responsable clínico acuerde el cese en el momento que estime oportuno
- Cuando el *nearest relative* lo solicite a los responsables del hospital avisando con una anticipación de no menos de 72 horas pero, en este caso, el clínico responsable puede dejar este acto sin efecto si, tras la notificación, emite informe a los responsables del hospital certificando que, si el cese de la medida se produce, el paciente es susceptible de actuar de forma peligrosa para otras personas o para sí mismo.
- Cuando el paciente lo solicite a los responsables del hospital y estos lo acuerden
- Cuando el paciente lo solicite al *Mental Health Review Tribunal* y este lo acuerde.

Reseñar que el paciente sometido a CTO puede ser susceptible de *guardianship* si se realiza una solicitud en tal sentido, teniendo el efecto de finalizar la medida.

Finalizamos este epígrafe reseñando que el Proyecto regula, en su cláusula 28, los que constituirían los nuevos artículos 64 A a 64 K concernientes a los problemas derivados del tratamiento. Como ya se reseñó, los pacientes con capacidad para consentir sólo pueden ser tratados en la comunidad si otorgan consentimiento para ello. Los menores de 16 años también pueden ser sometidos a CTO y se aplica el mismo régimen anterior si se estima que tienen capacidad para consentir. En casos de urgencia puede utilizarse la fuerza para administrar el tratamiento a los pacientes que han perdido competencia. Si el paciente ha sido reingresado puede ser tratado sin consentimiento bajo las salvaguardas de la Parte 4 y 4 A de la Ley. La norma regula también las complejas relaciones con la reforma de la *Mental Capacity Act* en lo concerniente al papel de las *advance decision*, el titular de un poder duradero de representación o representante de la Corte de Protección, el caso de los denominados pacientes *Bournewood* y también las circunstancias especiales del régimen de los tratamientos sometidos al artículo 58 de la Ley de 1983, entre los que se encuentra la medicación y las revisiones del denominado *Second Opinion Appointed Doctor*[1335].

El proceso de reforma inicialmente relatado en este epígrafe se ha venido desarrollando también en Escocia. A la reforma producida en el terreno de la incapacidad con la *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*[1336] ha seguido la de la legislación específica de salud mental con la *Mental Health (Care and Treatment)(Scotland)*

[1335] Por razones de extensión, remito a los citados artículos de la Ley, a los apartados 230 A a 230 I del borrador de Memorando y al capítulo 16 A del borrador de Código de Práctica.

[1336] La reforma fue aprobada por el Parlamento el 29 de marzo de 2000 y recibió *Royal Assent* el 9 de mayo. El propósito de la ley es adoptar medidas para ser realizadas en representación de adultos que hayan perdido la capacidad legal para actuar por sí mismos por causa de su enfermedad mental o incapacidad para comunicar. Las decisiones afectan a la propiedad o finanzas o acerca del bienestar personal, incluido el tratamiento médico. El artículo 48.1 de la ley, sin embargo, excluye las cuestiones de salud mental.

Act 2003[1337] que deroga la anterior *Mental Health (Scotland) Act 1984*[1338]. La Parte VII de la nueva disposición regula las denominadas *compulsory treatment orders.* Se trata de una orden que autoriza bien el internamiento en un hospital y el tratamiento o bien el tratamiento de una persona por un período de 6 meses. Sólo el Tribunal (*Mental Health Tribunal for Scotland*)[1339] puede autorizarla. Sólo están autorizados para su solicitud los *Mental Health Officers,* esta solicitud tiene tres componentes: 1) dos informes de salud mental preparados por dos médicos que deben contener las razones por las cuales deben imponerse las medidas; 2) un informe preparado por el *Mental Health Officer* que exprese la visión del mismo sobre los informes, si el paciente ha realizado instrucciones previas y detalles sobre las circunstancias personales del paciente; 3) la proposición de un plan de tratamiento que contenga información acerca de las necesidades del paciente y de los servicios, cuidados y tratamiento que deben suministrarse para satisfacerlas[1340].

Los criterios para imposición de este tipo de medidas están reflejados en el artículo 57 nº 3 y en el artículo 64 nº 5 de la Ley y son los siguientes[1341]:

a) que el paciente padece un trastorno mental
b) que el tratamiento médico que posibilitará
   i. prevenir que el trastorno empeore, o
   ii. aliviar alguno de los síntomas o efectos del trastorno está disponible para el paciente
c) que si al paciente no se le suministra tal tratamiento médico existe un importante riesgo
   i. para la salud, seguridad o bienestar del paciente; o
   ii. para la seguridad de cualquier otra persona

[1337] Aprobada por el Parlamento el 20 de marzo de 2003 y recibio *Royal Assent* el 25 de abril de 2003. Entró en vigor en octubre de 2005.

[1338] La legislación anterior ya conocía fórmulas de *supervised discharge y de extended leave.* La *Mental Health (Patients in the Community) Act 1995,* al mismo tiempo que reguló el *Supervised Discharge* en Inglaterra y Gales, introdujo los nuevos artículos 35.A y siguientes en la ley de 1984 que contemplaban una medida denominada *Community Care Order.* El uso de esta última fue bastante reducido. Los informes anuales de la *Mental Welfare Commission for Scotland* relataron, en el período 1996-7, un total de 7, 27 en 1997-8 y 14 en 1998-9. Más importante era el uso de la *extended leave of absence* (de 61 personas en 1988 a 243 en 1999). El uso de esta última, según diversos estudios (Sensky et al. 1991; Atkinson et al. 1997; Dyer, 1997), mejoraba la adherencia el tratamiento y reducía hospitalizaciones frente a los problemas que planteaba la *Community Care Order* por falta de claridad y dificultades para llevar adelante los procesos (Keay, 1997; Atkinson et al. 2000). Datos extraídos de Scottish Executive Central Unit. *Review of literature relating to Mental Health Legislation.* Edinburgh, Crown Copyright 2000, páginas 37 y ss.

[1339] Se trata de un órgano administrativo integrado por tres grupos de personas: miembros legales, miembros médicos y un tercer grupo de miembros con experiencia en el cuidado o prestación de servicios en salud mental. Su regulación se encuentra en el artículo 21 y en el Schedule 2 de la *Mental Health (Care and Treatment)(Scotland) Act 2003.* La ley también permite apelación ante los órganos de la justicia ordinaria en algunos asuntos (artículo 320 y ss.)

[1340] Scottish Executive. *An Introduction to The Mental Health (Care and Treatment)(Scotland) Act 2003.* Edinburgh, November 2003, páginas 15 a 17.

[1341] La traducción es mía. La ley puede consultarse en Internet: http://www.opsi.gov.uk/legislation/scotland/acts2003/30013–i.htm

d) que a causa del trastorno mental la capacidad del paciente para realizar decisiones acerca de la provisión de tal tratamiento está significativamente dañada
e) que la emisión de una *compulsory treatment order* es necesaria

Como refiere el Código de Práctica [1342], el criterio de la «capacidad de decisión» (*decision-making*) es diferente al de la «incapacidad» tal como está definido en la *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000*. Sin embargo, cuando se efectúa el reconocimiento es probable encontrar elementos similares que pueden comprender la extensión en la cual el trastorno mental puede afectar adversamente a la capacidad para creer, comprender y retener información sobre el cuidado y tratamiento, realizar decisiones fundadas en esta información y comunicar dichas decisiones a otras personas. Una diferencia entre ambos conceptos es que el primero es fundamentalmente un trastorno de la mente que da lugar a una decisión resultante hecha sobre las bases de un razonamiento impregnado por un trastorno mental. La incapacidad, en contraste, ampliamente envuelve el trastorno mental y de la cognición que implica déficits que impiden o perturban el proceso de decisión. Más allá, la primera tiene siempre que estar ligada al trastorno mental, la segunda contrariamente está definida en el artículo primero de la *Adults with Incapacity (Scotland) Act 2000* e incluye la incapacidad por razón de discapacidad física. Es importante reseñar que el criterio significa importante daño de la capacidad de decisión sobre la provisión de tratamiento médico para el trastorno mental.

Como ya hemos reseñado, la ley autoriza el internamiento o impone ciertos requisitos a la persona afectada. Las medidas que pueden ser autorizadas las especifica el artículo 66 de la ley y comprenden la administración de tratamiento médico de conformidad con el artículo, acudir a citas para tratamiento o para recibir cuidados u otros servicios relacionados, la fijación de lugar de residencia, la imposición de permitir al *Mental Health Officer*, *Responsible Medical Officer* y al personal de salud mental o de prestación de cuidados autorizado para visitar al paciente al lugar donde resida, la imposición de solicitar la autorización del *Mental Health Officer* para cambiar de lugar de residencia y la imposición de que el paciente informe sobre cualquier asunto relacionado con esta última cuestión antes de que este ocurra.

Cuando la orden no autoriza el internamiento e impone estas medidas nos hallamos ante una *community based compulsory treatment order.* La ley contempla la posibilidad de una autorización provisional de una duración máxima de 28 días [1343]. La orden tiene una duración máxima de seis meses, renovables, inicialmente por un período de 6 meses, posteriormente por períodos anuales [1344]. El Tribunal debe revisar el caso si no lo ha sido antes de un período de dos años.

[1342] Scottish Executive. *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003 Code of Practice.* Volume 2 – Civil Compulsory Powers (parts 5, 6, 7 & 20). Edinburgh, July, 2005, página 16

[1343] Artículo 65 de la *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003*

[1344] Artículo 86 nº 2 de la *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003*

La nueva ley contempla el supuesto de incumplimiento. Si no acude a las citas para tratamiento médico, la persona puede ser trasladada al hospital para el fin de recibir tratamiento médico y detenida en tal hospital hasta un máximo de seis horas.

Alternativamente, si no cumple con otros términos de la orden, puede ser trasladado al hospital y detenido hasta 72 horas. Antes de ello, sin embargo, deben haberse practicado todos los esfuerzos necesarios para asegurar que la persona afectada cumple con la orden. En el caso del segundo tipo de internamiento, la ley faculta a que este pueda transformarse en un internamiento de hasta 28 días si concurren los requisitos que el texto expresa.

Respecto a la detención por 6 horas, como expresa el Código de Práctica[1345], el fin es ser detenido para la administración del tratamiento médico conforme a la Parte 16 de la Ley. El tratamiento médico no debe administrarse al paciente forzadamente en su propio domicilio. Antes de ejercer este poder, sin embargo, el *Responsible Medical Officer* (RMO) debe consultar y obtener el consentimiento del *Mental Health Officer* en los términos del artículo 112(2) de la Ley. Si la orden no especifica la administración de tratamiento médico al amparo de la Parte 16 de la norma, el RMO debe usar este plazo para determinar si el paciente es capaz de consentir el tratamiento médico y, si el paciente es capaz de consentirlo, el RMO debe determinar si el mismo verdaderamente consiente recibir tratamiento. El Código de Práctica expresa que si el paciente incumplió, es razonable esperar que el RMO investigue las razones por las cuales no ha sido posible tal cumplimiento antes de proceder al traslado del paciente.

Italia

La *Ley del Servicio Sanitario Nacional* italiana recoge, en su artículo 34, el tratamiento obligatorio ambulatorio (extrahospitalario), permitiendo la aplicación del procedimiento general para tratamientos involuntarios previsto en el artículo 33 de la citada norma (resolución del Alcalde previa propuesta motivada de un médico)[1346].

[1345] Scottish Executive. *Mental Health (Care and Treatment) (Scotland) Act 2003 Code of Practice*. Volume 2 – Civil Compulsory Powers (parts 5, 6, 7 & 20). Edinburgh, July, 2005, página 176 y 177

[1346] *Legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Pubblicata in G. U. 28 dicembre 1978, n. 360, S.O.). 33. (Norme per gli accertamenti ed i trattamenti sanitari volontari e obbligatori).* - Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari. / Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall'autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, secondo l'articolo 32 della Costituzione, nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura. / Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico. / Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori sono attuati dai presidi e servizi sanitari pubblici territoriali e, ove, necessiti la degenza, nelle strutture ospedaliere pubbliche o convenzionate. / Gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori di cui ai precedenti commi devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato.

Sin embargo, como señala COBREROS[1347], falta una regulación detallada dado que el artículo no determina qué tratamientos puede ordenar el Alcalde ni las hipótesis en las cuales puede hacerlo, lo que parece contrario a la previsión del artículo 32.2 de la Constitución italiana que exige que el tratamiento esté previsto por la ley.

En 1994, MORDINI señalaba que los tratamientos involuntarios en la comunidad, pese a que la ley 180 no prohibía su posibilidad y los procedimientos eran similares a los de la hospitalización involuntaria, raras veces sucedían en la práctica, decantándose los psiquiatras por esta segunda alternativa. El autor reseña que las únicas experiencias de este tipo (autorizadas por el Alcalde y referidas exclusivamente a tratamiento farmacológico porque se estimaba que los tratamientos psicológicos sociales no podían constituir su objeto) se realizaron en el Norte de Italia (Distrito de Triestre) por el profesor R. Di Stefano. En Roma, a principios de los 80, se remitieron algunos casos al Alcalde por el profesor M. Marà pero la autorización fue denegada porque se estimó que lo peticionado no estaba claramente recogido en la ley[1348]. Tampoco existían planes de tratamiento o directrices oficiales relativas al tratamiento psiquiátrico ambulatorio involuntario[1349], ni jurisprudencia sobre

---

L'unità sanitaria locale opera per ridurre il ricorso ai suddetti trattamenti sanitari obbligatori, sviluppando le iniziative di prevenzione e di educazione sanitaria ed i rapporti organici tra servizi e comunità. / Nel corso del trattamento sanitario obbligatorio, l'infermo ha diritto di comunicare con chi ritenga opportuno. / Chiunque può rivolgere al sindaco richiesta di revoca o di modifica del provvedimento con il quale è stato disposto o prolungato il trattamento sanitario obbligatorio. / Sulle richieste di revoca o di modifica il sindaco decide entro dieci giorni. I provvedimenti di revoca o di modifica sono adottati con lo stesso procedimento del provvedimento revocato o modificato.

34. (Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori per malattia mentale). - La legge regionale, nell'ambito della unità sanitaria locale e nel complesso dei servizi generali per la tutela della salute, disciplina l'istituzione di servizi a struttura dipartimentale che svolgono funzioni preventive, curative e riabilitative relative alla salute mentale. / Le misure di cui al secondo comma dell'articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale. / Gli interventi di prevenzione, cura e riabilitazione relativi alle malattie mentali sono attuati di norma dai servizi e presidi territoriali extraospedalieri di cui al primo comma. / Il trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera solo se esistano alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici, se gli stessi non vengano accettati dall'infermo e se non vi siano le condizioni e le circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extraospedaliere. Il provvedimento che dispone il trattamento sanitario obbligatorio in condizioni di degenza ospedaliera deve essere preceduto dalla convalida della proposta di cui al terzo comma dell'articolo 33 da parte di un medico della unità sanitaria locale e deve essere motivato in relazione a quanto previsto nel presente comma. / Nei casi di cui al precedente comma il ricovero deve essere attuato presso gli ospedali generali, in specifici servizi psichiatrici di diagnosi e cura all'interno delle strutture dipartimentali per la salute mentale comprendenti anche i presidi e i servizi extraospedalieri, al fine di garantire la continuità terapeutica. I servizi ospedalieri di cui al presente comma sono dotati di posti letto nel numero fissato dal piano sanitario regionale.

Con algunas variaciones, la norma recoge sustancialmente el contenido de sus precedentes, los artículos 1 y 2 de la *Legge 13 maggio 1978, n. 180 (Gazz. Uff. 16 maggio 1978, n. 133)*

[1347] Cobreros Mendazona, Eduardo. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* HAEE-IVAP. Oñati, 1988. Páginas 119 y 120.

[1348] Mordini, E. *Ethical aspects of coercive supervision and/or treatment of uncooperative psychiatric patients in the community. Italian Report.* Istituto Psicoanalitico per le Ricerche Sociali, 1994., páginas 10 y 11. Disponible en Internet: www.bioethics.it/pdf/pu_1/thical_aspects_of_outpatient_treatment_in_the_community_biomed_1_italian _report.pdf

[1349] Mordini, E. *Ethical aspects…,* página 13

este particular pese a la sí abundante en materia de internamientos, dado que las autorizaciones que se concedieron se desarrollaron en el ámbito administrativo sin involucrar a los tribunales[1350].

MORDINI reseña varios problemas iniciales. El primero radicaba en que las leyes 180/78 y 833/78 sólo eran normas generales que precisaban de un desarrollo regional posterior. La primera de ellas fue rápidamente elaborada por circunstancias políticas y no contenía una planificación de los servicios psiquiátricos comunitarios. Las normas regionales se elaboraron con escaso respaldo presupuestario y de forma muy diferente en cada una de ellas. Ninguna hizo referencia alguna al tratamiento involuntario ni se establecieron reglas claras que definieran lo que se estimaba coerción o simple negociación. Por ello, el simple rechazo a la asistencia al tratamiento implicaba que muchos equipos psiquiátricos considerasen sólo dos alternativas: hospitalización o retirada de los servicios de salud mental. El segundo radicaba en la falta de preparación de los equipos, cuyo aprendizaje se desarrolló en los hospitales, careciendo de preparación para el ámbito comunitario, no habiéndose implicado la Universidad en esta tarea[1351].

Desde otro punto de vista, el autor expresa que el debate se fijó en Italia entre partidarios y detractores de la Ley 180/78, centrándose en una lucha ideológica que paralizaba cualquier posibilidad de profundizar en la comprensión de las cuestiones singulares y específicas de los tratamientos involuntarios[1352]. En opinión del autor, el hecho de que ninguna de las dos grandes asociaciones profesionales, *Psichiatria Democratica* y la *Società Italiana di Psichiatria*, se hubiera ocupado de este problema obedecía, a que la primera asociación presentaba el objetivo ideológico de defensa de la ley y la concepción de la enfermedad mental como constructo social y, en el segundo caso, porque prefirieron no abordar el problema o realizar una leve oposición a la ley 180 acordando, finalmente, con la otra asociación en 1992 la necesidad de desarrollar la ley para poder realizar tratamiento en la comunidad en toda la geografía italiana. Sin embargo, en el caso de esta segunda organización, su posición es impulsar el cambio de la hospitalización involuntaria hacia el tratamiento involuntario ambulatorio cuando ello sea necesario[1353].

En este contexto, además, las enormes diferencias regionales y la presión que han sufrido las familias ha dado lugar a numerosos intentos de reforma. Ya en 1979, una asociación de familiares creada en Roma (DIAPSIGRA) se opuso fuertemente a la ley 180. Sin embargo, la posición de las asociaciones de familiares ha evolucionado hacia posiciones más moderadas y, actualmente UNASAM, la federación de asociaciones de familiares que integra más de 100 asociaciones

[1350] MORDINI, E. *Ethical aspects...*, página 35
[1351] MORDINI, E. *Ethical aspects...*, páginas 24 a 26
[1352] MORDINI, E. *Ethical aspects...*, página 38
[1353] MORDINI, E. *Ethical aspects...*, páginas 41 y 42

de las 15 regiones italianas abandonó las posiciones abolicionistas estimando necesaria la necesidad de impulsar la dotación de medios. Las asociaciones de familiares estiman necesario el estudio de los sistemas de coerción en la comunidad que permitan auxiliar a las familias, aunque en 1994, no habían elaborado todavía ningún sistema de directrices [1354].

MORDINI concluía, en 1994, la necesidad de poner énfasis en tres cuestiones: 1) promover el debate entre los profesionales de salud mental, las familias y los usuarios sobre esta cuestión y poner fin a las pasadas disputas ideológicas; 2) establecer reglas claras para los tratamientos ambulatorios involuntarios, mediante una buena definición de conceptos; 3) elaboración de directrices médicas sobre la negociación de los tratamientos, particularmente en relación a pacientes «sin techo», pacientes que conservan todavía redes sociales, uso de recompensas, uso de «chantaje» (*blackmail*), derecho moral vs. obligación moral de ejercer la coerción en los pacientes que rechazan el tratamiento [1355].

Lo cierto es que, en 1996, tras emitirse una consulta, el Ministerio de Sanidad Italiano contestó señalando que el tratamiento sanitario obligatorio podía ser dispuesto en régimen extrahospitalario [1356].

No obstante ello, el propio MORDINI escribía en 1997 que las cuestiones sobre el tratamiento ambulatorio involuntario eran todavía un campo inexplorado en el ámbito de la bioética italiana [1357].

Desde 1997 hasta el momento actual ha variado sustancialmente el marco de estas cuestiones. Italia tampoco ha sido ajena al movimiento internacional que se ha desarrollado fundamentalmente en los países anglosajones.

En el marco de las propuestas legislativas es de destacar la *proposta di legge* de la diputada María Burani Procaccini titulada *Norme per la prevenzione e la cura delle malattie mentali* presentada el 30 de mayo de 2001. El artículo 3 de la propuesta establece varios sistemas de tratamiento sanitario obligatorio entre los que se encuentran formas de tratamiento involuntario ambulatorio [1358]. La propuesta pretende derogar los artículos 34, 35 y 64 de

---

[1354] MORDINI, E. *Ethical aspects…,* páginas 41 y 43

[1355] MORDINI, E. *Ethical aspects…,* páginas 44 y 45

[1356] MINISTERO DELLA SANITÀ. TSO EXTRA OSPEDALIERO – Risposta del Ministero della Sanità. Prot. Nr. 100/SCPS/3.15. Risposta al foglio del 12.1.1996 . n. 200/49/773. Lettera in risposta inviata a: ASSESSORATO SANITA' Corso Regina Margherita 153 bis 10144 Torino. Oggetto: Quesito in ordine al TSO per malattia mentale: «In riscontro al quesito di cui alla nota indicata a margine, pur comprendendo le perplessità di codesto Assessorato circa la corretta praticabilità di un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale presso il domicilio del paziente, si ricorda che l'art. 34 della legge 833/78 dispone che tale trattamento può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera, e solo se non ricorrano le condizioni e circostanze che consentano di adottare tempestive ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere. Ad avviso dello scrivente ciò comporta che, qualora ricorrano idonee circostanze, il trattamento sanitario obbligatorio, può (anzi, più correttamente deve) essere disposto in regime extra ospedaliero»

[1357] MORDINI, Emilio. «Psichiatria, Deontologia ed Etica» Medica (rpbl. da Lo Psichiatra Italiano, Hippocrates Edizioni Medico-Scientifiche, Milano, 1997), disponible en Internet: http://www.psychomedia.it/pm/human/etica/mordini1.htm

[1358] CAMERA DEI DIPUTATI. XIV Legislatura n. 174. *Proposta di legge d'iniziativa del deputado Burani Procaccini. Norme per la prevenzione e la cura delle malattie mentali, presentata il 30 maggio 2001.* Disponible

la ley nº 833 de 23 de diciembre de 1978[1359]. La propuesta ha sido objeto de rechazo por las asociaciones más importantes[1360] y por los de la propia federación de asociaciones de familiares[1361]. Junto con este tema, deficientemente regulado, introduce un sistema nuevo contrario a los principios de la ley 180. Las propias asociaciones de familiares señalan que los principios de la ley 180 no se discuten y que lo que es necesario es avanzar en los sucesivos *Progetti Obbiettivi nazionale «Tutela della Salute mentale»* que se han desarrollado para concretar las estructuras regionales y su financiación, poniendo el acento en la formación y la superación del modelo hospitalario y que las concretas cuestiones que pueden surgir con respecto a exigencias particulares como el TSO pueden ser abordadas dentro de este importante instrumento. La Sociedad Italiana de Psiquiatría, por su parte, estima que es tiempo de olvidar «guerras de religión» y que tanto la filosofía como la propia redacción del proyecto son rechazables. Mucho más duras son, obviamente, las críticas de *Psiquiatria Democratica*.

Posteriormente, ya en el marco estricto del problema del denominado *Trattamento Sanitario Obbligatorio extraospedaliero,* la Presidencia del Consejo de Ministros, a impulso del Ministerio de Sanidad, ha remitido un documento de fecha 19 de mayo de 2004 denominado «linee guida sull'applicazione di accertamenti e di trattamenti sanitari obbligatori per la malattia mentale ai sensi degli articoli 34 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833»[1362] para debatir en el seno de la Conferencia de Estado y Regiones. El Decreto Legislativo n. 281 de 28 de agosto de 1997 permite, dentro de este organismo, llegar a acuerdos a fin de coordinar el ejercicio de las competencias respectivas y desarrollar la actuación de intereses comunes[1363]. En este último caso no se

---

en Internet, en la página web de la Camera dei Diputati: http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0002120.pdf. Junto con esta, otro importante número de propuestas han sido enviadas a la cámara por otros diputados.

[1359] Artículo 1 de la propuesta

[1360] Società Italiana di Psichiatria. *Documento approvato all'unanimità dal Comitato Esecutivo della Società Italiana di Psichiatria l'11 ottobre 2001* (disponible en Internet: http://www.psychomedia.it/pm/modpsy/psydoc/sip-11-10-01.htm). Psichiatria Democratica. *Appello di Psichiatria Democratica* (disponible en Internet: http://www.psichiatriademocratica.com/appello.htm.)

[1361] UNASAM. *La posizione delle Associazioni DI.A.PSI.GRA - Associazione Difesa Ammalati Psichiatrici Gravi e U.N.A.S.A.M. - Unione Nazionale Associazioni per la Salute Mentale in relazione alle proposte di legge: n. 174 presentata il 30/5/2001 dall'Onorevole Burani Procaccini, n. 152 presentata il 30/5/2001 dall'Onorevole Cento, n. 844 presentata il 14/6/2001 dall'Onorevole Cento, n. 683 presentata il 26/9/2001 dal Senatore Gubetti* (Roma, 31 gennaio 2002). Disponible en Internet: http://www.unasam.it/pages/documenti/posassociazioni.htm

[1362] Presidenza del consiglio dei ministri. Segreteria della conferenza permanente per i rapporti tra lo stato le regioni e le province autonome. *Servizio «sanità e politiche sociali».* Prot. N 2890/04/4.1.21.9. Codice Sito: 2655. Puede consultarse en las siguientes páginas web http://www.sospsiche.it/utsam/policy/policy.pdf y http://www.pol-it.org/ital/TSOmalattia%20mentale.pdf.

[1363] Art. 4 Decreto Legislativo 28 agosto 1997, n. 281. *Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materia ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato – citta' ed autonomie locali* (Gazzetta Ufficiale n. 202 del 30 agosto 1997, rettifica G.U. n. 217 del 17 settembre 1997)

trata de una modificación legislativa sino de una interpretación de los artículos de la ley vigente. En lo que concierne estrictamente al TSO ambulatorio no contiene más que unas breves notas (apartado c). El documento ha provocado el rechazo de *Psichiatria Democratica*[1364] pero no de la *Società Italiana di Psichiatria*[1365].

Junto con lo anterior, una reforma del Código Civil ha introducido una figura (*amministrazione di sostegno*) que consiste en una nueva forma de guarda legal destinada a los casos de imposibilidad parcial y temporal de proveer a los propios intereses por causa de una merma física o psíquica (nuevo artículo 404 del C.C.) cuyo papel en este campo todavía está por verificar[1366].

En suma, lo cierto es que, con independencia de las distintas posiciones, es aceptado que la ley italiana prevé esta modalidad de tratamiento. Siguiendo el esquema facilitado por DI FIORINO et al.[1367], podemos reseñar que el procedimiento (la ley distingue entre el reconocimiento —*accertamento*— y el tratamiento) es el que sigue: a) propuesta escrita y motivada de un médico dirigida al alcalde que especifique los datos del paciente, los datos del médico solicitante, la situación clínica que motiva la medida explicada de forma clara y comprensible y el lugar y el tiempo en el cual debe intentar efectuarse el reconocimiento y el tratamiento; b) no se prevé la intervención del Juez (*Giudice Tutelare*) aunque algunos reglamentos de las regiones (Emilia Romagna y Lombardia) prevén la comunicación; c) La duración es de 7 días prorrogables. Los autores expresan que, en caso de ser necesaria la intervención de la Policía Local, deben realizarse consultas con los operadores sanitarios sobre los eventuales problemas que pudieran surgir. Los autores estiman que la sede del Centro de Salud Mental es lugar idóneo para su realización.

Alemania

En la República Federal Alemana, junto a la posibilidad prevista en el artículo 70k de la ley de los asuntos de la jurisdicción voluntaria (que forma parte de las actuaciones posteriores al internamiento) que ya examinamos en anterior epígrafe,

---

[1364] Canosa, Rocco Presidente Nazionale di Psichiatria Democratica/Lupo, Emilio Segretario Nazionale di Psichiatria Democratica *Comunicado de 23. 06. 04* (disponible en internet: http://www.psichiatriademocratica.com/Nazesteri/ciriprovano.htm)

[1365] Ferrannini, Luigi. Secretario Nazionale Società Italiana di Psichiatria. *La cura in psichiatria tra consenso e coazione.* (disponible en Internet: http://www.sip.puglia.it/articoli/EditorialeFerrarini.pdf)

[1366] *Legge 9 gennaio 2004 n. 6* (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 14 del 19 gennaio 2004) *Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonche' relative norme di attuazione, di coordinamento e finali* (disponible en Internet: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l6_04.html#INDICE)

[1367] Fiorino, M. Di/ Saviotti, F.M. / Gemignani, A. «Gli interventi non volontari: la gestione medica e le implicazioni legali» En *Il Giornale Italiano di Psicopatologia,* Vol. 10, June 2004, Issue 2. Disponible en Internet: http://www.sopsi.it/rivista/2004/vol10-2/difiorino.htm

algunas normas regionales prevén que la Oficina Pública de Sanidad (*Gesundheitsamt*) pueda obligar a determinadas personas a hacerse un reconocimiento médico (*Untersuchung*), como medida preventiva. La condición es que existan importantes indicios de un trastorno psíquico cuya repercusión puede originar que las personas puedan ocasionarse ellos mismos daños importantes o peligrar la seguridad y el orden público.

La *Gesundheitsamt* solicita inicialmente a la persona afectada que acuda a consulta médica de un facultativo de su elección que debe informar a la *Gesundheitsamt* del resultado. Si el requerido no acude, la *Gesundheitsamt* puede realizar una visita domiciliaria a la persona afectada o llevarla conducida por las Fuerzas de orden público a la consulta[1368]. Las disposiciones incluyen la potestad del servicio sanitario de entrada al domicilio si es necesario y, en algunos casos, la posibilidad de toma de muestras de sangre[1369]. Si hay causa para ello, se solicita al enfermo que siga tratamiento y, en caso de negativa, generalmente se acude al internamiento o se adoptan otro tipo de medidas no muy claramente definidas en las leyes.

Las normas tienen un contenido muy similar. Por ejemplo, el artículo 7 de la Ley de Bremen las denomina medidas de protección (*Schutzmassnahmen*) y tiene el siguiente contenido[1370]:

> Artículo 7. Medidas de protección. (1) El Servicio Social Psiquiátrico (*Sozialpsychiatrischer Dienst*) si existen indicios importantes de que una persona con trastorno mental presenta peligro para su salud, su vida o los bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), propios o de terceros, tiene que: 1/ Solicitar al afectado que acuda a una consulta de un/a médico/a de su elección. 2/ Si la persona afectada no cumple, se realiza una visita a domicilio, y 3/ Si está indicado, un reconocimiento médico. En casos excepcionales justificados no es necesario seguir el orden anterior.
>
> (2) Las personas indicadas por el servicio sanitario están autorizadas para la entrada en el domicilio de la persona afectada y para practicarle un reconocimiento médico si existen importantes indicios de que la actuación puede evitar peligro para su salud, la vida u otros importantes bienes jurídicos de la persona afectada por causa de su enfermedad psíquica. Lo mismo vale si existe un peligro actual para la vida, salud o bienes jurídicos de terceros.
>
> (3) Si consta trastorno mental y se teme que peligre la salud de la persona afectada, su vida u otros bienes jurídicos importantes propios y de terceros por causa de su enfermedad psíquica se solicita a la persona que siga tratamiento ambulatorio o internamiento. El paciente será informado de los resultados del reconocimiento.

[1368] Brill, *op. cit.*, página 20

[1369] Bayern y Sajonia

[1370] Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten und zur Änderung anderer Gesetze vom 22.12.2000 (Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen Nr. 64/2000, S. 471). La traducción es mía.

(4) Si la persona afectada no cumple con la solicitud descrita en el apartado 3 del artículo y existen suficientes hechos para que se considere un internamiento, se tiene que informar a la oficina de policía.

Las restantes regiones que regulan medidas similares, son las que siguen: Hamburgo[1371], Niedersachsen[1372], Nordheim-Westfalen[1373], Rheinland-Pfalz[1302], Mecklenburg-Vorpommern[1303], Turingia[1304], Bayern[1305], Sachsen-Anhalt[1306].

[1371] Artículo 7 HmbPsychKG (HmbGVBl. 1995, S. 235).- Massnahmen der zuständigen Behörde. (1) Sind Anzeichen dafür vorhanden, dass eine Person aufgrund einer psychischen Krankheit sich selbst oder andere erheblich gefährdet, kann die zuständige Behörde diese Person zu einer Untersuchung in der Sprechstunde der Behörde auffordern. Die Untersuchung soll von einem Arzt mit einer abgeschlossenen Weiterbildung auf psychiatrischem Gebiet vorgenommen werden; in jedem Fall muss der Arzt in der Psychiatrie erfahren sein. Das Ergebnis der Untersuchung teilt der Arzt der untersuchten Person mit. Soweit es erforderlich erscheint, soll er der untersuchten Person empfehlen, sich ärztlich behandeln zu lassen. Begibt sie sich daraufhin in ärztliche Behandlung, so teilt die Behörde den Untersuchungsbefund dem behandelnden Arzt mit; dies ist der untersuchten Person mitzuteilen. (2) Der Person, die nach Absatz 1 zu einer Untersuchung in der zuständigen Behörde aufgefordert wird, steht es frei, sich statt dessen innerhalb der gesetzgten Frist durch einen Arzt ihrer Wahl mit einer abgeschlossenen Weiterbildung auf psychiatrischem Gebiet untersuchen zu lassen, wenn der zuständigen Behörde dadurch keine Kosten entstehen und der Arzt die zuständige Behörde unverzüglich darüber unterrichtet, ob und welche Massnahmen nach diesem Gesetz erforderlich erscheinen. Die Person ist in der Aufforderung nach Absatz 1 auf diese Möglichkeit hinzuweisen. (3) Folgt die Person der Aufforderung nach Absatz 1 nicht und geht auch keine Mitteilung eines Arztes nach Absatz 2 ein, so soll nach Ablauf der gesetzten Frist durch Mitarbeiter der zuständigen Behörde, die mit der Durchführung von Hilfen nach Paragraph 2 betraut sind, ein Hausbesuch durchgeführt werden. Ist ein Hausbesuch undurchführbar oder unzweckmässig, so soll versucht werden, sich auf andere Weise einen Eindruck von dem Gesundheitszustand der Person zu verschaffen. Kann dadurch das Vorliegen einer Gefährdung im Sinne von Absatz 1 Satz 1 nicht ausgeschlossen werden, so dürfen die Mitarbeiter der zuständigen Behörde zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts die Wohnung, in der die Person lebt betreten. (4) Sind gewichtige Anhalstpunkte dafür vorhanden, dass von einer Person eine gegenwärtige Gefahr im Sinne von Absatz 1 Satz 1 ausgeht, so kann der Arzt der zuständigen Behörde die Untersuchung unmittelbar durchführen. Er darf zu diesem Zweck die Wohnung, in der die Person lebt oder sich aufhält betreten.

[1372] Artículo 13 NPsychKG (Nds. GVBl. S. 272).- Untersuchung (1) Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine Unterbringung durch Leistung von Hilfen nicht abgewendet werden kann, so kann der Sozialpsychiatrische Dienst die betroffene Person 1/ auffordern, sich innerhalb einer bestimmten Frist durch eine Ärztin oder einen Arzt ihrer Wahl untersuchen zu lassen und diese Ärztin oder diesen Arzt zu ermächtigen, das Ergebnis der Untersuchung dem Sozialpsychiatrischen Dienst mitzuteilen, oder 2/ zu einer Untersuchung aufsuchen oder laden. (2) Bestehen dringende Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzungen einer Unterbringung vorliegen, so hat die betroffene Person die Untersuchung durch eine Ärztin oder einen Arzt des Sozialpsychiatrischen Dienstes zu dulden. Die betroffene Person kann vorgeführt werden. Die Wohnung darf nach Massgabe des Paragraph 24 NgefAG zum Zweck der Untersuchung und der Vorführung betreten und durchsucht werden. (3) Die Ärztin oder der Arzt teilt das Ergebnis der Untersuchung der betroffenen Person mit, soweit dies ärztlich zu verantworten ist. Ist die betroffene Person zuvor regelmässig von einen anderen Arzt behandelt worden, so ist auch dieser oder diesem der Untersuchungsbefund nach Massgabe des Paragraph 33 Abs. 1 Satz 1 N. 1 und 3 sowie Abs. 2 mitzuteilen. Paragraph 11 is entsprechend anzuwenden.

[1373] Artículo 9 NRWPsychKG vom 17/12/1999 (GV. NRW, S. 662).- Massnahmen der unteren Gesundheitsbehörde. (1) Sind gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass Betroffene wegen einer psychischen Krankheit sich selbst erheblichen Schaden zuzufügen oder bedeutende Rechts güter anderer zu gefährden drohen, kann die untere Gesundheitsbehörde die Betroffenen auffordern, zu einer Untersuchung in der Sprechstunde des Sozialpsychiatrischen Dienstes zu erscheinen. Ihnen ist die Möglichkeit zu eröffnen, statt in die Sprechstunde zu kommen, sich unverzüglich in ärztliche Behandlung zu begeben, den Namen der behandelnden Ärztin oder des behandelnden Arztes anzugeben und diese aufzufordern, die untere Gesundheitsbehörde von der Übernahme der Behandlung zu unterrichten. Machen Betroffene von ihrem Wahlrecht nach Satz 2 Gebrauch, ist von weiteren Massnahmen nach den Absätzen 2 und 3 abzusehen. (2) Folgen Betroffene der Aufforderung nach Absatz 1 nicht, sind sie zu Hause aufzusuchen und dort zu untersuchen. (3) Ist ein Hausbesuch undurchführbar oder nicht zweckmässig oder kann während des Hausbesuches die erforderliche Untersuchung nicht vorgenommen

werden, ist die Aufforderung nach Absatz 1 unter Androhung einer zwangsweisen Vorführung zu wiederholen. Die Vorführung zur Untersuchung erfolgt auf Veranlassung der unteren Gesundheitsbehörde durch die örtliche Ordnungsbehörde. (4) Untersuchungen nach den Absätzen 1 bis 3 sind von einer Ärztin oder einem Arzt vorzunehmen. (5) Soweit die örtliche Ordnungsbehörde eine sofortige Untersuchung durch den Sozialpsychiatrischen Dienst aus Gründen beantragt, die eine besondere Eilbedürftigkeit belegen, hat die untere Gesundheitsbehörde die Massnahmen nach den Absätzen 1 bis 3 durchzuführen. Absatz 1 Satz 2 findet keine Anwendung. (6) Das Ergebnis der Untersuchungen nach den Absätzen 1 bis 3 teilt die untere Gesundheitsbehörde den Betroffenen oder deren gesetzlicher Vertretung und, sofern sie einen Antrag nach Absatz 5 gestellt hat, der örtlichen Ordnungsbehörde mit. Wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Mitteilung an die Betroffenen zu erheblichen Nachteilen für deren Gesundheit führt, kann sie unterbleiben. Begeben sich Betroffene nach der Untersuchung in ärztliche Behandlung, teilt die untere Gesundheitsbehörde ihren Untersuchungsbefund der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt auf Anforderung mit. (7) Wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Betroffene sich selbst oder bedeutende Rechtsgüter anderer erheblich gefährden, kann der Sozialpsychiatrische Dienst der unteren Gesundheitsbehörde bei Gefahr im Verzug im Fall des Absatzes 2 Wohnungen, in denen Betroffene leben, betreten.

[1302] Rheinland-Pfalz Landesgesetz für psychisch kranke Personen (PsychKG) Vom 17. November 1995 (GVBl 1995, S. 473 Zuletzt geändert durch Gesetz vom 5.4.2005, GVBl. 2005, S. 95). Dritter Teil. Schutzmaßnahmen für psychisch kranke Personen. § 8. Beratung und ärztliche Untersuchung. (1) Sind gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß eine Person psychisch krank ist und sich selbst schwerwiegenden Schaden zuzufügen oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu gefährden droht, soll der Sozialpsychiatrische Dienst einen Hausbesuch durchführen oder die betroffene Person auffordern, beim Sozialpsychiatrischen Dienst zu einer Beratung oder ärztlichen Untersuchung zu erscheinen. Der Sozialpsychiatrische Dienst kann die betroffene Person auch ohne deren Einwilligung oder ohne Einwilligung der Person, der die gesetzliche Vertretung obliegt, ärztlich untersuchen, soweit dies erforderlich ist, um eine psychische Erkrankung festzustellen. Dies gilt nicht für ärztliche Eingriffe sowie für Untersuchungen, die mit einem wesentlichen gesundheitlichen Risiko verbunden sind. (2) Die Bediensteten des Sozialpsychiatrischen Dienstes haben das Recht, die Wohnung, in der die betroffene Person lebt, zu betreten, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß dies auf Grund der psychischen Erkrankung erforderlich ist zur Abwehr einer Lebensgefahr für einzelne Personen oder zur Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. § 9. Behandlungsauflage, Unterrichtung der Unterbringungsbehörde. (1) Stellt der Sozialpsychiatrische Dienst die psychische Erkrankung einer Person fest und ist zu befürchten, daß sie sich selbst schwerwiegenden Schaden zufügen wird oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch ihre Erkrankung gefährdet, so gibt er ihr auf, sich in ambulante oder stationäre psychiatrische oder psychotherapeutische Behandlung zu begeben oder andere geeignete Maßnahmen zur Abwendung der Gefahr zu ergreifen und ihn über die erfolgten Maßnahmen zu unterrichten. Begibt sich die betroffene Person in Behandlung, so teilt der Sozialpsychiatrische Dienst den Untersuchungsbefund der behandelnden Person oder Einrichtung mit. (2) Der Sozialpsychiatrische Dienst unterrichtet die für die Einleitung und Durchführung des Unterbringungsverfahrens zuständige Behörde über die von ihm getroffenen Feststellungen, wenn dringende Gründe für die Annahme bestehen, daß die Voraussetzungen für eine Unterbringung vorliegen. § 10 Rechtsschutz. Gegen Schutzmaßnahmen des Sozialpsychiatrischen Dienstes kann die betroffene Person Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen. Über den Antrag entscheidet das nach § 70 Abs. 5 Satz 1 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständige Gericht. § 70 l des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist entsprechend anzuwenden.

[1303] Mecklenburg-Vorpommern Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen für psychisch Kranke (Psychischkrankengesetz, MVPsychKG) Bekanntmachung der Neufassung des Psychischkrankengesetzes vom 13.4.2000 (GVOBl. M-V S. 182), geändert durch Gesetz vom 21.3.2001 (GVOBL. M-V. S. 59). § 8 Maßnahmen des Gesundheitsamtes. (1) Sind gewichtige Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass eine psychisch kranke Person sich selbst schwerwiegenden persönlichen Schaden zuzufügen oder die öffentliche Sicherheit zu gefährden droht, soll die Person vom Gesundheitsamt aufgefordert werden, dort zu einer Beratung oder ärztlichen Untersuchung zu erscheinen. Die Aufforderung kann wiederholt werden. Folgt die Person der Aufforderung nicht, sollen Mitarbeiter des Gesundheitsamtes einen Hausbesuch durchführen. Erscheint eine Untersuchung notwendig, so ist diese von einem Arzt im Sinne des § 7 Abs. 1 vorzunehmen. Ist ein Hausbesuch undurchführbar oder nicht angezeigt oder kann während des Hausbesuchs die erforderliche Untersuchung nicht vorgenommen werden, ist die Person erneut aufzufordern, zu einer Beratung oder ärztlichen Untersuchung zu erscheinen. (2) Die Beauftragten des

Gesundheitsamtes gemäß Absatz 1 haben das Recht, zur Verhütung von gegenwärtigen Gefahren für Leben oder Gesundheit der psychisch kranken Person oder für die öffentliche Sicherheit die Wohnung, in der die betreffende Person lebt, zu betreten. (3) Mit den Aufforderungen nach Absatz 1 und beim Hausbesuch ist der psychisch kranken Person anheim zu stellen, sich wegen der psychischen Erkrankung innerhalb einer zu bestimmenden Frist in die Behandlung eines Arztes nach eigener Wahl zu begeben, den entsprechenden

Namen unverzüglich mitzuteilen und diesen Arzt zu ermächtigen, das Gesundheitsamt von der Übernahme der Behandlung zu unterrichten. (4) Das Gesundheitsamt teilt das Ergebnis der Untersuchung nach Absatz 1 der psychisch kranken Person in geeigneter Weise mit, es sei denn, die Mitteilung wäre mit erheblichen Nachteilen für den Gesundheitszustand der betroffenen Person verbunden. Begibt sich die betroffene Person nach der Untersuchung wegen der psychischen Erkrankung in ärztliche Behandlung, so teilt das Gesundheitsamt das Untersuchungsergebnis dem Arzt mit. Dem Gesundheitsamt und den beteiligten Behörden wird die Übermittlung der für die Durchführung der notwendigen Maßnahmen erforderlichen personenbezogenen Daten der betroffenen Person im Rahmen der für die jeweilige Behörde anzuwendenden Datenschutzvorschriften auch ohne Einwilligung der betroffenen Person gestattet.

[1304] Artículo 5 ThürPsychKG vom 2/02/1994 (GVBl. S. 81).- Massnahmen des sozialpsychiatrischen Dienstes. (1) Macht der psychisch Kranke von den angebotenen Hilfen nach Paragraph 3 keinen Gebrauch und liegen Anzeichen dafür vor, dass er infolge seines Leidens sein Leben, seine Gesundheit, eigene oder Rechtsgüter anderer erheblich gefährdet, kann der sozialpsychiatrische Dienst ihn zur Abwendung eines Unterbringungsverfahrens vorladen oder einen Hausbesuch anbieten, um ihm erneut Hilfen anzubieten und eine ärztliche Untersuchung durchzuführen. In der Vorladung kann dem psychisch Kranken anheim gestellt werden, sich unverzüglich in die Behandlung eines Arztes seiner Wahl zu begeben, statt der Vorladung zu folgen. Er hat dann den Namen und die Anschrift dieses Arztes der vorladenden Stelle mitzuteilen und den Arzt zu ermächtigen, diese von der Übernahme der Behandlung zu unterrichten. (2) Steht der psychisch Kranke unter Betreuung nach dem Betreuungsgesetz, ist der Betreuer einzubeziehen. (3) Folgt der psychisch Kranke der Vorladung nicht und begibt sich auch nicht in die Behandlung eines Arztes nach Absatz 1 Satz 2, soll ein Hausbesuch durchgeführt werden, Ist der Hausbesuch undurchführbar oder untunlich oder kann während des Hausbesuches die erforderliche Untersuchung nicht durgeführt werden, ist der psychisch Kranke erneut vorzuladen. Er is verpflichtet, dieser Vorladung zu folgen und eine ärztliche Untersuchung zu dulden. Darauf ist in der Vorladung hizuweisen. Die Mitarbeiter des sozialpsychiatrischen Dienstes haben darüber hinaus das Recht auf Zugang in die Wohnung des psychisch Kranken, wenn unmittelbare Gefahren für das Leben oder erhebliche Gefährdungen für Rechtsgüter anderer, die sich aus einer psychischen Erkrankung ergeben, erkennbar un sofort abzuwenden sind. (4) Das Ergebnis der Untersuchung nach Absatz 3 wird dem psychisch Kranken, im Falle einer Betreuung auch dem gesetzlichen Vertreter, in geeigneter Form mitgeteilt. Die Mitteilung kann unterbleiben, wenn Nachteile für den Gesundheitszustand zu erwarten sind. Begibt sieh der psychisch Kranke nach der Untersuchung in ärztliche Behandlung, so teilt der sozialpsychiatrische Dienst seinen Untersuchungsbefund dem behandelnden Arzt mit. Die strafrechtlichen und berufsrechtlichen Bestimmungen der Schweigepflicht bleiben unberührt. (5) Gegen Massnahmen des sozialpsychiatrischen Dienstes kann der psychisch Kranke Antrag auf gerichtliche Entscheidug stellen. Dieser Antrag hat keine aufschiebende Wirkung. Paragraph 70 des Gesetzes über die Angelegen der Freiwillige Gerichtsbarkeit findet entsprechende Anwendung.

[1305] Artículo 7 Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung des Landes Bayern in der Fassung vom 5/04/1992 (GVBL. S. 61) Bohnert, Cornelia, *Op. cit.* Páginas 15 y 16

[1306] Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmaßnahmen des Landes Sachsen-Anhalt (PsychKG LSA) Vom 30. Januar 1992 (GVBl. LSA 1992, S. 88. Zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.11.2005, GVBl. LSA 2005, S. 698, 703). Zweiter Abschnitt. Untersuchung, Behandlung. § 8 Untersuchung, Mitteilung. (1) Bestehen Anhaltspunkte dafür, daß jemand wegen einer Krankheit, Störung oder Behinderung im Sinne des § 1 Nr. 1 sich oder anderen schwerwiegenden Schaden zuzufügen droht, so kann er zu einer ärztlichen Untersuchung geladen oder zum Zwecke einer solchen Untersuchung durch einen von der Verwaltungsbehörde dazu beauftragten Arzt in seiner Wohnung aufgesucht werden. (2) Ergeben sich aus dem Verhalten des Betroffenen dringende Anhaltspunkte dafür, daß die Voraussetzungen für eine Unterbringung vorliegen, so kann er zu einer ärztlichen Untersuchung vorgeführt werden. Der Betroffene hat die Untersuchung zu dulden und an ihr mitzuwirken. (3) Der Arzt teilt das Ergebnis der Untersuchung dem Betroffenen mit, soweit es ärztlich zu verantworten ist. Ist der Betroffene zuvor regelmäßig von einem anderen Arzt behandelt worden, so ist auch diesem der Untersuchungsbefund mitzuteilen, es sei denn, daß der Betroffene widerspricht. § 9 Behandlungsempfehlung. Wenn das Ergebnis der Untersuchung nach § 8 dazu Anlaß gibt, kann die Verwaltungsbehörde dem Betroffenen empfehlen, sich in die ambulante Behandlung eines Arztes, in ein Krankenhaus oder in eine andere geeignete Einrichtung zu begeben und diese zu ermächtigen, das Gesundheitsamt von der Übernahme der Behandlung und dem Befund zu unterrichten. Das Gesundheitsamt teilt dem Arzt, dem Krankenhaus oder der Einrichtung den Untersuchungsbefund mit, es sei denn, daß der Betroffene widerspricht. § 10 Behandlungsauflage. (1) Ist nach dem Ergebnis einer Untersuchung nach § 8 zu erwarten, daß der Betroffene untergebracht werden muß, wenn er nicht ärztlich behandelt wird, so kann ihm die Verwaltungsbehörde aufgeben, sich innerhalb einer bestimmten Frist in die ambulante Behandlung eines Arztes, in ein Krankenhaus oder in eine andere geeignete Einrichtung zu begeben, deren Anweisungen zu befolgen sowie deren Namen und Anschrift unverzüglich mitzuteilen. Dem behandelnden Arzt bzw. der behandelnden Einrichtung wird vom Gesundheitsamt der Untersuchungsbefund mit der

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

El artículo 13 de la Ley de Sajonia establece algunas peculiaridades. En su número 4 establece que el paciente tiene que soportar el reconocimiento médico según los apartados 1 y 3 y el médico encargado del reconocimiento está autorizado, según la *lex artis,* a tomar muestras de sangre necesarias con el fin del reconocimiento y realizar otras pequeñas intervenciones para el diagnóstico si con ello no se teme algún daño para la salud del paciente. El número 5 del artículo especifica que, si después del reconocimiento se espera que el paciente pueda ser objeto de internamiento, si no sigue un tratamiento médico, la oficina de sanidad (*Gesundheitsamt*) le puede obligar a que en un tiempo determinado se ponga en tratamiento médico ambulatorio en un hospital o en otra institución adecuada y tiene que cumplir las órdenes e indicar el nombre y la dirección del mismo. Si el paciente no cumple y se dan las condiciones para un internamiento, hay que seguir el procedimiento de internamiento[1379].

En esta materia, el Tribunal Supremo Alemán, en Sentencia de fecha 11 de octubre de 2000[1380], tuvo ocasión de pronunciarse sobre un caso en el que el sujeto a Betreuung, nacido en 1964, fue diagnosticado en 1986 de psicosis esquizofrénica que ha derivado en la cronicidad y tras varios internamientos, algunas veces voluntarios, en 1998 el Juzgado de Primera Instancia ordenó para el afectado su sometimiento a Betreuung que incluye determinación del lugar de residencia (*Bestimmung des Aufenthalts*) y cuidado del patrimonio (*Besorgung der Vermögensangelegenheiten*). En 1990 se amplió a la aceptación voluntaria de la administración de psicofármacos (*Einwilligung in die Behandlung mit Psychopharmaka*) y más tarde se derivó a una asistencia con el mismo fin. Desde 1989, en un mínimo de 24 ocasiones, se procedió al internamiento del afectado

---

Verpflichtung übersandt, die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Behandlung und die Nichtbefolgung von Anweisungen durch den Betroffenen unverzüglich anzuzeigen. Das Gesundheitsamt ist auch in Kenntnis zu setzen, wenn eine Behandlung nicht mehr erforderlich ist. (2) Eine Auflage nach Absatz 1 Satz 1 darf nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden. Kommt der Betroffene der Auflage nicht nach, sind die Voraussetzungen für ein Unterbringungsverfahren zu prüfen.

[1379] Artículo 13 SächsPsychKG vom 16/06/1994 (SächsGVBL. S.1097, 4/07/1994).- (4) Der Patient hat die Untersuchung nach den Absätzen 1 und 3 zu dulden. Der mit der Untersuchung beauftragte Arzt ist berechtigt, nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken erforderliche Blutproben zu entnehmen und andere einfache diagnostische Eingriffe vorzunehmen, wenn keine Nachteile für die Gesundheit des Patienten zu befürchten sind. (5) Ist nach dem Ergebnis der Untersuchung zu erwarten, dass der Patient untergebracht werden muss, wenn er nicht ärztlich behandelt wird, so kann ihm das Gesundheitsamt aufgeben, sich innerhalb einer bestimmten Frist in die ambulante Behandlung eines Arztes, in ein Krankenhaus oder in eine andere geeignete Einrichtung zu begeben, deren Anweisungen zu befolgen und deren Namen und Anschrift mitzuteilen. Kommt der Patient dieser Aufforderung nicht nach und sind die Voraussetzungen für eine Unterbringung weiterhin gegeben, ist das Unterbringungsverfahren einzuleiten. (6) Kommt die Verwaltungsbehörde zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen einer Unterbringung vorliegen, beantragt sie deren Anordnung beim Gericht. Der Antrag ist zu begründen und die Ermittlungsergebnisse nach Absatz 1 sind beizufügen. Andernfalls teilt die Verwaltungsbehörde dem Patienten mit, dass die Voraussetzungen einer Unterbringung nicht vorliegen; dies ist immer erforderlich, wenn eine Begutachtung nach Absatz 1 erfolgt ist oder der Patient schriftlich von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigt wurde. (7) Gegen eine Massnahme zur Regelung einzelner Angelegenheiten im Rahmen der Vorbereitung der Unterbringung nach diesem Gesetz kann der Patient jederzeit einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen. Der Verwaltungsrechtsweg ist ausgeschlossen.

[1380] Beschluss vom 11.Oktober 2000, XII ZB 69/00. Puede consultarse en la base de datos del Bundesgerichtshof (http://www.bundesgerichtshof.de)

para tratamiento psiquiátrico que, en algunos casos, duraron varias semanas o meses y varias veces también fue internado por aplicación de la ley regional de internamiento. El afectado no acepta el tratamiento continuado prescrito por los facultativos. Tras su abandono de la clínica, al no continuar la medicación, volvió a sufrir crisis que daba lugar a nuevos internamientos. A comienzos de 1999, el Juzgado resolvió que el afectado tenía que acudir a administrarse medicación depot cada dos semanas, siendo para este fin internado por el espacio de tiempo indispensable en la clínica y para su traslado a la misma podía ser conducido por las fuerzas de orden público. El 13 de diciembre de 1999, el Betreuer solicitó la renovación de la autorización, conforme al artículo 1906 BGB, obteniéndola. El Juzgado de Primera Instancia denegó el recurso del tutelado contra dicha resolución. Uno de los motivos alegados era el hecho de que le ocasionaba importantes efectos secundarios.

El Tribunal Supremo estimó que no se daban las condiciones para una autorización fundada en el artículo 1906 BGB. El fin no es en este caso el internamiento sino el hecho de que el tutelado sea conducido a un tratamiento médico ambulatorio contra su voluntad[1381], por lo que anuló las autorizaciones emitidas por el tribunal con anterioridad, dado que se trataba de una medida distinta.

La decisión del Tribunal originó una importante polémica sobre la posibilidad de adopción de estas medidas en el marco de la Betreuung[1382].

Desde entonces se han producido dos proyectos legislativos para la adopción de medidas de tratamiento ambulatorio involuntario de última generación. El primero concierne a una modificación de un nuevo artículo 1906 a del BGB que fue presentada en el Bundesrat en el año 2003[1383] bajo el nombre de proyecto de ley para la modificación de la Betreuung (Betreuungsrechtsänderungsgestz-BtÄndG). El tenor del proyecto era el que sigue:

> 1906 a. Autorización del Juzgado de Tutelas para la conducción involuntaria para tratamiento médico.- Una conducción involuntaria del sometido a *Betreuung* para tratamiento ambulatorio por el *Betreuer* sólo puede ser autorizada si es necesario para el bienestar del *Betreute*, cuando
>
> 1. el tutelado, por razón de un *trastorno psíquico*[1384], no puede reconocer que el tratamiento es necesario o actuar conforme a dicha decisión y
> 2. corre el riesgo de no acudir al tratamiento médico ambulatorio necesario
>
> La conducción involuntaria sólo se permite con autorización del Juzgado de tutelas. El artículo 1906 apartados 3 y 5 línea 1 es de aplicación.

[1381] «Es geht bereits vom Zweck her nicht um eine Unterbringung, sondern darum, den Betroffenen einer ambulanten medizinischen Behandlung gegen seinen Willen zuzuführen» (página 12).

[1382] De la misma se da cuenta en Marschner, Rolf. «Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie». *Recht und Psychiatrie*, 23. Jg. Heft 2, 2005. páginas 47 a 51

[1383] Bundesrat, Drucksache 865/1/03 (disponible en internet en la página oficial: http://www.bundesrat.de)

[1384] «…Auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung…»

También contemplaba la introducción de un nuevo artículo 70 o en la FGG. El tenor del mismo era el que sigue:

> Artículo 70. (1) Para la autorización de una conducción involuntaria para tratamiento médico, conforme al artículo 1906 a del BGB son de aplicación las previsiones que se recogen en el presente artículo.
>
> (2) La decisión para la autorización de conducción involuntaria para tratamiento médico tiene que contener:
>
> 1. La identificación del afectado
> 2. La indicación detallada de la medida necesaria
> 3. El período temporal de aplicación de la conducción involuntaria. Dicho período no podrá exceder de seis meses y, si la necesidad de tratamiento perdurara, el máximo de duración puede alcanzar hasta un año.
> 4. Una explicación de derechos
>
> (3) La decisión, también en el caso de denegación, debe ser razonada.

Tras su paso por el Bundestag, el proyecto inicial fue modificado, suprimiéndose los dos artículos anteriores de su texto. La reforma finalmente fue aprobada pero sin estas modificaciones [1385].

El segundo hace referencia a un proyecto legislativo que se presentó en Bremen que suponía una modificación de la ley regional (PsychKG 2000) [1386] que tampoco ha sido aprobada.

En suma, actualmente en Alemania, en el caso de la Betreuung, sólo es posible el tratamiento ambulatorio dentro del margen que permite el artículo 70 k de la Ley de los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria (FGG) y, dentro del derecho regional, existe una doble ampliación por mor de la regulación más detallada de este artículo de la FGG y, además, por la existencia de una serie de medidas de protección que algunas regiones han adoptado.

3.3.3. El proceso en España

La proposición de Ley de CiU presentada el 06/07/2004

Como ya señalamos anteriormente, a partir de la segunda mitad de la década de los 90, comenzaron a desarrollarse experiencias judiciales de tratamiento ambulatorio involuntario en el ámbito civil con una distribución geográfica muy desigual. La cuestión no permaneció ajena a las Asociaciones de Familiares [1387].

[1385] Zweites Gesetz zur Ängerung des Betreuungsrechts vom 21. April 2005 (Bundesgesetzblatt Jahrgang 2005 Teil 1 Nr. 23 ausgegeben zu Bonn am 26 April 2005, Seite 1073).

[1386] Marschner, Rolf. *Op. cit.*

[1387] Véase el artículo Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. «El tratamiento psiquiátrico obligatorio». *Encuentro,* Boletín de la FEAFES, nº 1, 1998

Desde la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (F.E.A.F.E.S.) se impulsó la creación de un Comité Técnico Jurídico en el que no sólo participaron juristas sino profesionales del ámbito sanitario, social y responsables de la Administración. Se creó como medio para intercambio de experiencias y foro de debate para el estudio y análisis de los problemas que planteaba la normativa en todos sus ámbitos[1388].

Uno de los trabajos de este Comité fue, precisamente, el problema del tratamiento involuntario. Los trabajos concluyeron en una propuesta de modificación legislativa del actual artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tuvo acogida mediante la proposición de Ley de CiU (nº expdte.122/000085). La proposición introduce un apartado nuevo en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tendría el siguiente tenor:

> Artículo 763 nº 5 LEC: «Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal.
>
> En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.
>
> El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses.»

La propuesta fue, inicialmente, acogida favorablemente por todos los Grupos Parlamentarios[1389]. Pronto se inició un importante debate de ámbito nacional. De hecho, se produjo en la Comisión de Justicia un amplio número de comparecencias de distintas personas que se posicionaron a favor y en contra[1390]. El estado actual de la proposición de ley es de ampliación del plazo de enmiendas, situación en la que lleva más de un año.

Si el debate en las Cortes ha sido importante, en la sociedad en su conjunto también. En el marco de las asociaciones de profesionales de la salud mental, han mostrado su posición a favor la Sociedad Española de Psiquiatría[1391], la So-

---

[1388] En Estados Unidos, su equivalente, la *National Alliance for the Mentally Ill,* estima que la disponibilidad de sistemas adecuados en la comunidad disminuirá la necesidad de tratamientos involuntarios y de órdenes judiciales que deben ser utilizadas como último recurso y sólo en el mejor interés del individuo afectado. El tratamiento externo obligatorio debe ser considerado como el menos restrictivo, más beneficioso y menos costoso tratamiento alternativo al internamiento. *Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment,* aprobado por el *NAMI Board of Directors* el 7 de octubre de 1995.

[1389] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 37 de 05/10/2004 (páginas 1593 a 1602).

[1390] Comisión de Justicia Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núms. 209 de 02/03/2005, 206 de 01/03/2005 y 209 de 02/03/2005

[1391] Sociedad Española de Psiquiatría. Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Biológica. Madrid, 7 de febrero de 2005

ciedad Española de Psiquiatría Biológica[1392] y la Sociedad Española de Psiquiatría Legal[1393]. En contra, se ha posicionado la Asociación Española de Neuropsiquiatría[1394].

En el marco de las Asociaciones, la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental fue la impulsora del proyecto[1395] obteniendo el apoyo del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad[1396]. Desde otro punto de vista, la asociación que más se ha destacado por la posición contraria es la Asociación de Usuarios de Salud Mental de Cataluña (ADEMM)[1397].

Por último, como ya manifestamos, también el Defensor del Pueblo ha expresado su posición estimando la reforma innecesaria debido a que estima que el procedimiento de incapacidad lo permite con las suficientes garantías[1398]. Diversas defensorías regionales se han pronunciado a favor, así el Ararteko[1399], el Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana[1400], el Procurador del Común y el Justi-

---

[1392] Sociedad Española de Psiquiatría Biológica. Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Madrid, 7 de febrero de 2005

[1393] Sociedad Española de Psiquiatría Legal. Posición de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal sobre el tratamiento ambulatorio y la observación para diagnóstico no voluntarios. Madrid, octubre de 2005. (disponible en su página web: www.psiquiatrialegal.org). El documento, de 10 páginas, contiene un total de 14 recomendaciones para la mejora del texto.

[1394] Asociación Española de Neuropsiquiatría. *Documento AEN sobre la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario.* Aprobado por la Junta Directiva de la AEN en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005 en Madrid (disponible en internet http://www.asoc-aen.es/web/docs/TAI05.pdf)

[1395] Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. Documento: *Memoria breve: tratamiento ambulatorio involuntario.* Madrid, febrero de 2004. También, Morata Andreo, Francisco (Presidente FEAFES). *Conclusiones FEAFES sobre la reforma legislativa de Tratamiento Ambulatorio Involuntario* (Art. 763.5 LEC)

[1396] Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. Comunicado público: El sector de la discapacidad pide a los grupos parlamentarios del Congreso que apoyen la regulación de los tratamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Madrid, 2 de marzo de 2005.

[1397] La asociación, radicada en Barcelona y fundada en 1992, cuenta con un total de 150 socios usuarios, 90 simpatizantes y 12 socios colaboradores (Ferrer i Pinyol, Albert/Masip i Quintana, Joan/Rodríguez Piña, María. «Que esperan los *enfermos mentales* de los jueces». Seminario *La Salud Mental a debate.* 25 de mayo de 2006) Sobre su posición puede consultarse el artículo de su presidente Ferrer i Pinyol, Albert. «Tratamiento ambulatorio involuntario» en *Encuentro,* Boletín de la FEAFES, nº 8, septiembre de 2004, página 40. Es de reseñar que en su comparecencia ante la Comisión de Justicia el 2 de marzo de 2005 el presidente de la Asociación manifestó sus simpatías por la Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatria. Las Asociaciones exclusivamente formadas por usuarios no son numerosas en España. La Asociación Extremeña de usuarios de salud mental (Asociación de Enfermos mentales para la Integración Social - AEMIS), fundada en 1999 con sede en Badajoz, se ha posicionado a favor de la proposición de ley (Comunicado de 3 de marzo de 2005).

[1398] Defensor del Pueblo. Expediente Q0411621 de fecha 11 de noviembre de 2005

[1399] La Ararteko participó y apoyó el proyecto de FEAFES desde su inicio, participando activamente en el Comité Jurídico.

[1400] Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana. *Medidas de tratamiento obligatorio externo en Salud Mental: marco de una propuesta legislativa respetuosa con los derechos humanos.* Comité Técnico Jurídico sobre Tratamiento Ambulatorio patrocinado por FEAFES, Madrid, 28 de marzo de 2003. También se presentó una ponencia en las XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en Toledo y Albacete los días 19 al 23 de octubre de 2003 (Del Rosal Blasco, Bernardo y Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. «Los derechos del enfermo mental como usuario del sistema nacional de salud» FISLEM y DPCLM, Albacete, 2004).

cia de Aragón. En sentido contrario, se ha pronunciado el Síndic de Greuges de Cataluña [1401].

La Fiscalía General del Estado no ha adoptado una posición institucional. Sin embargo, en las Conclusiones de las Jornadas para Fiscales especializados en discapacidades y tutelas celebradas en junio de 2004, se expresó:

> 29. Respecto del tratamiento ambulatorio forzoso se plantea la posibilidad de autorizar judicialmente la sumisión a este tipo de tratamientos, en los casos de enfermos sin conciencia de enfermedad y no susceptibles de protección a través del proceso de incapacidad. La colisión con el derecho fundamental de la libertad impide su autorización judicial amparada exclusivamente en el artículo 763 LEC. No se autoriza en la mayor parte de los juzgados, si bien en algunos se acuerda esta medida, con resultados beneficiosos para el enfermo. Es de destacar la conveniencia de regular de forma expresa tal medida, reclamada por las asociaciones de familiares de enfermos mentales más importantes del país, medida que en cualquier caso habrá de ser secundada por equipos socio-sanitarios de seguimiento.

Comparto plenamente la observación de BARRIOS FLORES en el sentido de que

> Las posturas a favor y en contra de la regulación del TAI en España han sido a veces encontradas y en ocasiones hasta desmedidas. Personalmente no dudo de la buena voluntad que inspira a quienes abogan a favor de la proposición de ley y quienes la critican. Pienso que unos y otros pretenden dar respuesta a un problema real que padecen los propios pacientes y sus familias [1402].

En este apartado no voy a introducirme en las diferentes críticas que ha recibido el proyecto [1403]. Voy a intentar hacer un breve análisis del mismo. Adelanto que, inicialmente siendo Fiscal y, posteriormente, como Asesor Jurídico del Síndic de Greuges, participé en el Comité Jurídico de FEAFES. En un apartado posterior, analizaré los problemas prácticos, aquí sólo voy a detenerme en el plano jurídico.

[1401] Síndic de Greuges de Cataluña. *Consideracions del Síndic de Greuges pel que fa a la proposta de tractament ambulatori forçós als malalts mentals*. Nota de prensa de 17/11/2004.

[1402] BARRIOS FLORES, Luis Fernando. «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica». En *La respuesta Judicial ante la enfermedad mental.* Consejo General del Poder Judicial. Curso realizado entre los días 26 a 28 de abril de 2006 en Madrid.

[1403] Remito a mi trabajo Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. *El tratamiento ambulatorio: cuestiones legales y prácticas.* Colección CERMI. Nº 24, Madrid, 2006 (disponible en internet: www.cermi.es) y al anterior de Barrios Flores. Quisiera citar dos artículos aparecidos con posterioridad a estos trabajos, Carrasco Gómez, Juan-José. «Tratamiento ambulatorio involuntario en personas con trastornos psíquicos» *Revista de Psiquiatria Forense y Ley* Año 2, volumen 2, núm. 1 – Santiago de Chile, Julio de 2006, páginas 14 a 23 y Hernández Viadel, Miguel/Pérez Prieto, Juan-Francisco/ Cañete Nicolás, Carlos/ Lera Calatayud, Guillem/ Roche Millán, Teresa. «Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para personas con enfermedad mental grave» *Psiquiatría Biológica*. Volumen 13, número 5, septeimbre-octubre 2006, páginas 183 a 187 y, por otro lado, dentro de la doctrina civil, el artículo de Represa Polo, Patricia. «Tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales». Revista de Derecho Privado - Número 17 (Noviembre de 2005)

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

A la hora de analizar una posible reforma, es necesario tener presente el marco legal en el que se inserta. En el plano nacional, podemos distinguir un marco general, el marco particular de las normas sobre incapacidad y el marco de la única norma que regula específicamente el tratamiento involuntario en materia de trastorno psíquico, es decir, el artículo 763 LEC.

El marco general lo constituye el contexto de regulación sociosanitaria que parte de la una normativa general, constituida fundamentalmente por la Ley General de Sanidad, en particular su artículo 20, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y, la normativa desarrollada por las distintas Comunidades Autónomas. También hay que citar, para los casos de minusvalías, entre otras, la Ley de Integración Social de los Minusválidos y las normas particulares de cada Comunidad Autónoma.

El marco de las normas sobre incapacidad está constituido por la regulación general de la incapacitación contenida en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil y por las disposiciones especiales que, en materia de consentimiento al tratamiento se contienen en la Ley de Autonomía del Paciente.

El tercer marco lo constituye el artículo 763 LEC precepto que, con sus indudables defectos, ha tenido ya un amplio desarrollo desde su inicio en su precedente el artículo 211 del Código Civil, ha sufrido la revisión del Tribunal Constitucional y constituye un marco de referencia indudable.

Sobre este marco nacional aquí esbozado y suficientemente desarrollado en páginas anteriores de este trabajo, también existe un marco internacional vigente que estaba constituido por el Convenio de Oviedo, cuya implantación en Europa todavía es bastante precaria[1404] como resulta del mapa de la página siguiente.

Como podemos observar, en buena parte de los países europeos el mismo no ha entrado en vigor (así en Italia o Francia) y otro grupo importante de países no lo han firmado (así Reino Unido o la República Federal Alemana). En nuestro país es norma vigente. Hemos ya consignado todo el desarrollo legislativo en epígrafes precedente y las recomendaciones posteriores del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por lo que no voy nuevamente a extenderme sobre ello.

Lo primero que he de manifestar es que este marco no se cuestionó, ni desde luego se pretendió como se ha sugerido desde determinados sectores que la reforma era un ataque a los principios de la reforma psiquiátrica emprendida en los años 80. La propuesta no se concibió como un cambio de sistema sociosanitario sino como las garantías para la intervención involuntaria ante muy concretos casos de personas con enfermedad severa y persistente, nula conciencia de enfermedad y alto riesgo de deterioro y perjuicio para su salud. Entrar en el debate de la reforma psiquiátrica es algo completamente estéril hoy día pues, con independencia de que el proceso de desinstitucionalización no se haya producido materialmente

[1404] Fuente página web Council of Europe. Desde esa fecha hasta el enero de 2007 sólo se han producido tres variaciones consistentes en la firma del tratado por Serbia y Montenegro (9/02/05) y Bosnia/Herzegovina (16/12/05), El 1 de febrero de 2007 el tratado entrará en vigor en Noruega.

FIG. 1. *Estado de ratificaciones (rojo) y firmas (amarillo) del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina (a fecha 27/01/2005)*

como sería de desear en cuanto a los medios, los principios emanados del artículo 20 de la Ley General de Sanidad, en cuanto a progreso de derechos humanos, hoy día son indiscutidos [1405].

En segundo lugar, el importante marco que nos proporciona la legislación general y específica sobre capacidad de obrar. Se ha reseñado que la medida es discriminatoria. Nuestro marco general se funda en que no existe legislación especial sobre trastornos mentales, aspecto ya explicado en epígrafes precedentes. En el plano sanitario, rigen los criterios establecidos en la Ley 41/2002 que abarcan tanto el problema de las instrucciones previas como el problema del consentimiento por representación. En el segundo caso, las posibilidades se centran en la incapacidad declarada y en la ausencia de capacidad de decisión. En esta estructura legal preexistente (la propia del consentimiento por representación), el paciente psiquiátrico no entra en situación de desigualdad con las restantes patologías no psiquiátricas. La involuntariedad de los tratamientos no conoce de lugares. Pueden ser administrados en el hospital o no (pensemos, por ejemplo, en la administración de insulina a un anciano demenciado y diabético). El problema

[1405] Reitero, en este sentido, la manifestación que realicé en mi trabajo anterior publicado en la Colección CERMI nº 24, página 127.

ahora surge de si, dado que el tratamiento ambulatorio psiquiátrico no es diferente a los restantes tratamientos, si es necesario suministrar una protección adicional a los casos de tratamiento involuntario en la comunidad. La respuesta es muy clara: Sí. No es necesario en aquellos casos en que la intervención sea puntual, pero por el contrario, es de estimar que es preciso una protección adicional y ello por las siguientes razones: a) porque las intervenciones en esta materia no son puntuales, suelen prolongarse en el tiempo, y el precepto del artículo 9.3.a. de la Ley 41/2002 no tiene ni siquiera limitación de plazo, b) porque la intervención en estos casos tiene un requisito adicional previsto en el Convenio de Oviedo, el grave riesgo para la salud del afectado, que introduce una diferenciación en este tipo de tratamientos en el artículo 7 y que precisa de una evaluación; c) porque el propio Convenio de Oviedo establece expresamente la necesidad de condiciones de protección, previstas por ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso que no existen actualmente en nuestro Derecho.

Puede aducirse que idéntico resultado puede obtenerse con una declaración de incapacidad, como ha hecho el Defensor del Pueblo al estimar que esta posibilidad ya existe en nuestra legislación. Efectivamente, esta posibilidad existe en nuestra legislación. Este problema ya lo abordamos en el seno del propio Comité pero hay una serie de importantes razones para estimar que la regulación es necesaria.

En primer lugar, por seguridad jurídica. Las normas de incapacidad se han caracterizado tradicionalmente por su carácter patrimonialista con ausencia de disposiciones específicas en las materias personales. Superada la fase asilar, el problema en el marco de la incapacidad radica en las formas legales de tutela y su flexibilidad para acoger medidas en aquellos casos en que sea necesario y proporcionado, problema no exclusivamente centrado en nuestra geografía, sino común en el plano internacional, como ya hemos visto en las páginas anteriores de este trabajo.

En el caso español, sí hay, a mi juicio y como ya expresé con anterioridad, margen suficiente para entender aplicable esta medida conforme al procedimiento de incapacidad. Sin embargo, la mayoría de los Juzgados que la han aplicado se han fundado en las normas de internamiento cuestión que, como ya expresé, genera dudas en algunos operadores entre los que me incluyo. Lo cierto es que parece razonable atender a lo que ocurre en la práctica. En una ciudad como Madrid en la que existen tres Juzgados especializados, uno lo aplica, el otro no porque considera que no existe suficiente apoyo legal y el tercero no se ha pronunciado todavía. Creo que esta situación, que se repite en bastantes lugares de nuestra geografía, es absolutamente desconcertante.

El marco internacional nos ofrece un buen número de regulaciones, de experiencias y de recomendaciones para saber que existen unos principios básicos cuya raíz, pese a los distintos modelos, se estructura en dos: la prevalencia del entorno comunitario al institucional en aplicación de la alternativa menos restrictiva y la equiparación de garantías jurídicas en el caso de tratamientos involuntarios en salud mental en ambos contextos.

La regulación separada, centrada en el criterio expresado en el artículo 9.3.a (ausencia de capacidad de decisión sin declaración de incapacidad) ofrece una serie de ventajas muy importantes, primero la revisión automática que en el marco de la incapacidad no se produce (artículo 761 LEC); segundo, la ausencia de publicidad (la resolución no tiene acceso a Registros públicos como sí la tiene la incapacidad conforme al artículo 755 LEC) y la evitación de tutelas innecesarias; tercero, la tramitación ágil.

El último de estos apartados merece una mayor atención. El fundamento de la declaración legal de incapacidad radica la persistencia de la enfermedad y, en este caso, se estima que en un plazo razonable va a producirse una importante mejoría que dará lugar a que no sea necesaria la continuidad de medidas de protección constituyendo un estadio intermedio antes de llegar a constituir una tutela que podría ser innecesaria. La medida generalmente se aplica tras un período de internamiento y exige una tramitación ágil, que no permite esperar a la conclusión del proceso. Si se utilizan las medidas cautelares del procedimiento de incapacidad (lo que permite el artículo 762 LEC, de oficio o a instancia de los legitimados) ello daría lugar, en la práctica, a que estas medidas se convirtieran en el procedimiento habitual para la adopción de este tipo de medidas, desvirtuando su función dado que, en su fundamento, las medidas cautelares tienen un carácter excepcional y accesorio del procedimiento principal.

Como hemos reseñado, el propósito del texto fue la introducción de unos principios mínimos. Partíamos que todo el sistema de garantías del artículo 763 LEC ya consolidado en nuestra doctrina y se añadieron cinco garantías más:

- El plan de tratamiento
- Los mecanismos de control
- La concreción del dispositivo sanitario responsable
- Un margen temporal de revisión más estrecho
- Un plazo máximo de duración de la medida

La idea que se perseguía con la concreción del plan de tratamiento no era «petrificar» la actuación del médico ni que se consignasen en la resolución aspectos como la dosificación de la medicación u otros que suponen una paralización del actuar de los equipos de salud mental. La idea se centra en el derecho del paciente a ese plan de tratamiento y a una serie de especificaciones mínimas sobre los aspectos en que va a consistir y los grados de acuerdo alcanzados, cumpliendo en este sentido los criterios de la Ley 41/2002 sobre la máxima participación del afectado en los casos de consentimiento por representación. Las distintas variaciones que pueda experimentar se ponen de relieve en los informes periódicos que deben remitirse.

Los mecanismos de control son diversos, como veremos posteriormente al analizar los sistemas de aplicación, pero su marco debe quedar expreso en la resolución judicial puesto que el afectado debe tener la posibilidad de recurrir y

debe intentarse el consenso con el mismo en la medida de lo posible, fijando también el papel de la persona que ejerce el consentimiento por representación. Junto con la dificultad de fijar unos criterios comunes para el caso de incumplimiento, la idea que presidía esta intervención era una muy clara: las posibilidades concretas sólo pueden materializarse teniendo presentes las condiciones de cada localidad. Por eso se estimó que era preferible el dejar este apartado a la elaboración de protocolos en aquellas localidades en que fuera posible la aplicación de la medida pues resultaba patente que, en atención a los medios y a las propias características de los Equipos de Salud Mental de cada zona geográfica, la aplicación de la medida podía o no tener aplicación. Una crítica razonable que he escuchado directamente de mi estimado compañero el Fiscal D. Fernando SANTOS URBANEJA en los diferentes seminarios que se han desarrollado en todo el Estado[1406] es que «le gustaría que sus derechos figurasen en la ley y que sus obligaciones figuraran en protocolos». Al margen del buen humor, sí que es verdad que sería razonable fijar unos mínimos. A un posible desarrollo de estos mínimos dedicaré parte de la exposición referente al apartado práctico.

La concreción del Equipo tiene un sentido claro. No se puede aplicar esta medida sin un equipo, público o privado, que tenga unos recursos mínimos en función de la situación y que acepte el tratamiento. Esto es un principio que resulta de la mayoría de las legislaciones. No se puede imponer por el Juzgado. Por otro lado, hay que recordar que tanto la adopción como la cesación de las medidas son competencias médicas. Hemos observado que se ha entendido el artículo en alguna ocasión como que el Juez puede imponer al equipo la adopción de la medida y que tanto esta como su cesación es judicial. Esto no es cierto. La idea que se perseguía era la equiparación de garantías con el internamiento y este aspecto ya fue había sido suficientemente debatido con ocasión de la modificación de la LEC[1407]. El problema de la revisión se analizó teniendo en cuenta

---

[1406] El último se desarrolló recientemente en Cuenca en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo durante los días 14 al 16 de junio de 2006, bajo el título «Salud mental y conductas adictivas: Atención sanitaria, Ética y Derecho» que dedicó una mesa específicamente a este problema.

[1407] A título de ejemplo, cito el trabajo de Santos Urbaneja, Fernando sobre «incapacidad e instituciones tutelares» contenido en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1999, páginas 413 y ss.) en cuya página 418 se hace referencia expresa a este problema. También sobre la clara posición de FEAFES, en boca de su presidente, D. Francisco Morata Andreo sobre el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento civil que contenía en su artículo 765, un apartado que señalaba que «cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento lo comunicarán inmediatamente al tribunal para que resuelva lo procedente» (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LII, suplemento al número 1832, de 1 de noviembre de 1998). La Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales (FEAFES) consultó a sus miembros con el siguiente resultado: la mayoría de los miembros se opuso a la redacción del párrafo último del apartado 4 del citado artículo 765 del proyecto, al considerar que podría suponer una prolongación innecesaria del internamiento, perjudicando gravemente con ello el derecho a la libertad de los enfermos internados. Los que se mostraron a favor alegaron la falta de dispositivos alternativos para hospitalización en la Comunidad para el adecuado seguimiento del enfermo, así como la mejor protección que supone de su derecho a la salud, Ambas posturas coincidieron en la falta de dispositivos alternativos para la asistencia de los enfermos en el ámbito comunitario, cuya creación evitaría las posturas encontradas en el seno de la confederación ante el proyecto relacionado con la salud mental (Consejo General del Poder Judicial/Ministerio de Sanidad y Consumo. *Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales*

que en buena parte de las legislaciones consultadas se fijaba bien un plazo de 6 o en algunas un plazo de tres y estimamos que el seguimiento de estos casos debía ser más intenso.

Por último, el problema de la duración máxima tenía una doble vertiente. En primer lugar evitar la indeterminación de las medidas, cuestión que había sido denunciada en varias ocasiones en el contexto comparado como expusimos en su momento al analizar las diferentes legislaciones y, por otro lado, poner en consonancia la medida con el proceso de incapacidad. La fijación del plazo concreto se fundó en los estudios que se consideraron más fiables (SWARTZ et al.) y en las primeras estadísticas de aplicación de la Ley de Nueva York. Se consideraba en dichos informes que un período inferior a seis meses no lograba objetivos y, en el caso de las estadísticas, más de un 85 % de los afectados finalizó la medida en dicho período[1408]. Puede que la medida siga siendo necesaria, pero en este caso ya no cabe duda de la persistencia de la enfermedad y de que es preciso acudir al procedimiento de incapacitación al existir causa para ello, conforme al artículo 200 C.C., reforzando las garantías en los casos de imposición de una medida de mayor duración.

Por último reseñar la novedad de la existencia de regular el reconocimiento involuntario en el ámbito comunitario. La necesidad de crear un sistema de observación para diagnóstico fuera del hospital era evidente. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1991 por la que se establecen los principios para la protección de las personas que padecen enfermedades mentales y para la mejora de la atención en salud mental (A/RES/46/119) recoge en su principio 5 que «ninguna persona será compelida a soportar un examen médico con miras a determinar si padece o no una enfermedad mental, salvo de acuerdo con el procedimiento autorizado por la legislación nacional». La ausencia de mecanismo específico daba lugar a la práctica de peticiones de internamiento destinadas a averiguar la situación de tales pacientes en las que la única observación que se hacía era la de un médico forense, en breve tiempo, con mínimos medios y escasa información.

No nos cabe duda de que los textos no son sagrados. Todos son evidentemente mejorables pero, a nuestro juicio, la medida presentaba muchas ventajas, una exposición de principios mínimos y una alternativa menos restrictiva al internamiento o la incapacidad.

Es evidente que tiene aspectos mejorables pero la idea de fijación de un marco mínimo era lo que se pretendía y no fue sencillo dado que se tardó un buen

---

y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999. Estudios de Derecho Judicial, número 26, Madrid 2000, páginas 106 y 107). También reseño mi propia posición, expresada en *Enfermedad y Deficiencia Mental…, cit.,* páginas 510 y 511 en la que me opongo radicalmente al tenor del proyecto por razones similares a las expuestas por Santos Urbaneja.

[1408] La estadística de aplicación de la Ley Kendra en Nueva York (desde noviembre de 1999 a diciembre de 2002) arrojó los siguientes resultados: el 50% de los afectados estuvo sujeto a la medida durante 6 meses, el 14 % entre 6 y 12 meses, el 22% entre 12 y 18 meses, el 10% entre 18 y 24 meses y el 4% restante estuvo sujeto a la medida más de 24 meses. (New York State Office of Mental Health. *Kendra's Law. An interim report on the status of Assisted Outpatient Treatment.* January 1, 2003, página 6)

período de tiempo desde la constitución del Comité hasta la confección del texto y un buen número de trabajos y discusiones.

De las críticas, las cuales son muy sanas dentro de un espacio en el que los propios Convenios recomiendan el debate, tenemos que distinguir aquellas que, en los planos jurídicos hemos coincidido sin tener ningún problema en ello porque formaban parte de nuestra concepción general de las medidas desde el principio y que pueden ser debidas al problema de que los preceptos en nuestro sistema están dispersos y deben integrarse a la hora de realizar una interpretación y al posible defecto de explicación por nuestra parte.

Otras vuelven a plantear problemas ya debatidos como la necesidad de regulación de todas estas materias por ley orgánica en un cuerpo separado, el tema de la peligrosidad en las medidas involuntarias en el ámbito civil, o cuestiones como las expuestas sobre la concordancia con las medidas de internamiento o incluso la supresión del 763 LEC al existir ya la Ley 41/2002. Estos problemas, salvo el último, ya han sido debatidos con anterioridad en el marco de la discusión del artículo 211 C.C. (actual artículo 763 LEC) y creemos que son discusiones estériles.

Aunque volveré a referirme al problema de la peligrosidad en otro apartado, puesto que es una indicación afortunadamente suprimida en nuestro Derecho a diferencia de otros países, el último de los problemas anotados, la supresión del 763 LEC, exige una cierta consideración. El 763 LEC supone la garantía judicial de los internamientos involuntarios, al igual que el proyecto supone la garantía judicial de los tratamientos ambulatorios involuntarios. Su exigencia radica en el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del artículo 7 del Convenio de Oviedo. No se puede suprimir sin más. La cuestión es ¿dónde deben figurar las garantías procesales sino en la ley general de procesos?

Por último indicar que se trataba de un problema concreto de la salud mental no de dar una solución global. Naturalmente que hay otros problemas y más importantes que este como el debate de los medios o, incluso dentro del tratamiento involuntario, los problemas de los centros psiquiátricos penitenciarios o las medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio. Ahora bien, nosotros no teníamos capacidad para abordar un problema que es fundamentalmente de modelo socio-sanitario y que lleva debatiéndose en el Consejo Interterritorial del Sistema de Salud y en otros muchos ámbitos durante años sin haber todavía llegado a materializarse soluciones (pese a la existencia de legislación) y consideramos que es lícito abordar problemas concretos que afectan a ciudadanos concretos y a los que no se está dando respuesta, máxime cuando existía una comprobación de la existencia de prácticas judiciales en este terreno y una más que comprobada normativa de derecho comparado.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria presentado el 20/10/2006

Mientras la anterior proposición de ley se encontraba (y todavía se encuentra) en situación de renovación continuada del plazo de ampliación de enmiendas, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de octubre de 2006 se ha publicado el Proyecto de Ley 121/000109 denominado «Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil». En el título IV del proyecto, que regula la «jurisdicción voluntaria en materia de personas», se encuentra un Capitulo IV bajo la rúbrica «De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos» con un total de cuatro artículos (84 a 87) destinados a la regulación de una modalidad de tratamiento ambulatorio involuntario civil[1409]. Dichos artículos versan sobre su ámbito de aplicación, la legitimación, la solicitud y procedimiento y la resolución. Seguidamente se transcribe el contenido de los citados artículos.

> Artículo 84. Ámbito de aplicación.
>
> Se aplicarán las disposiciones del presente Capítulo a los supuestos en los que sea necesario autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, ante la falta de capacidad de decisión del paciente y cuando así lo requiera la salud del enfermo.
>
> Artículo 85. Legitimación.
>
> 1. Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.
>
> 2. Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido.
>
> Artículo 86. Solicitud y procedimiento.
>
> 1. La solicitud de autorización de tratamiento no voluntario para el enfermo psíquico se realizará mediante propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del mismo.
>
> 2. Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia al solicitante, al paciente, así como al Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones, el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[1409] Boletín Oficial de las Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A: 27 de octubre de 2006 Núm. 109-1 Proyectos de Ley, Proyectos de Ley 121/000109 Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.

> 3. En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual. Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad del tratamiento.
>
> Artículo 87. Resolución.
> 1. En la resolución que se dicte mediante auto motivado, deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.
> 2. Asimismo, se establecerán los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas. El tribunal podrá acordar que los informes periódicos sean remitidos en plazos inferiores, atendida la naturaleza del trastorno psíquico.
> 3. En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez.
> 4. En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del internamiento o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.

Desde una perspectiva general, podemos observar que el Ministerio de Justicia y el propio Gobierno han estimado la necesidad de proceder a una regulación adecuada de este problema, en línea con el proceso general que se está experimentando en el Derecho comparado y las recomendaciones internacionales ya expuestas en otros apartados de este trabajo.

La Asociación Española de Neuropsiquiatría emitió un comunicado ante el nuevo proyecto, posicionándose en contra[1410], en el que se afirmaba:

> En el año 2004 la propuesta de FEAFES nos pudo parecer «inoportuna» (porque en algunas Comunidades Autónomas ya se estaban dando pasos en otra dirección), pero a la postre debe reconocérsele el mérito de haber suscitado un debate serio y prolongado sobre la atención de salud mental y el haber orientado en buena medida las cosas.

[1410] Asociación Española de Neuropsiquiatría. *Comunicado aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría ante el nuevo proyecto de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario.* Madrid, 13 de Noviembre de 2006.
(Disponible en internet: http://www.asoc-aen.es/web/docs/infoTAI06.pdf)

En este contexto, la inclusión en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de un capítulo dedicado a «La autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos» resulta sorprendente y perturbadora.

Resumidamente, podemos señalar que las críticas fundamentales que se realizan en el documento de la AEN son:

1) Es contraria a la nueva estrategia que se está realizando por el Ministerio de Sanidad y Consumo tendente a avanzar en el *abordaje integral y la provisión de recursos* de las que son muestra la reciente promulgación del Real Decreto 1030/2006 de 15 de Septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (BOE nº 222 de 16 de Septiembre de 2006) que dedica el apartado 8 del anexo II y el apartado 7 del Anexo III a la Atención a la Salud Mental y los contactos que el citado Ministerio está desarrollando con las distintas Comunidades Autónomas para que, en el seno del Consejo Interterritorial, se presente una «propuesta de estrategia en salud mental», en cuya elaboración ha tenido intervención la propia FEAFES.
2) La aparición de la regulación en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria es sorpresiva puesto que no figuraba en el Anteproyecto y tampoco en el texto remitido al Consejo General del Poder Judicial para informe. Una cuestión como ésta, que afecta a derechos fundamentales *no puede «colarse» en una ley procesal menor como la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuando el amplio debate político y social motivado por la propuesta de FEAFES determinó su paralización y, en buena medida, su rechazo*.
3) El proyecto excede con mucho la propuesta anterior de FEAFES puesto que no se dirige sólo a los tratamientos ambulatorios no voluntarios sino a los «tratamientos no voluntarios» en general y, además, en la propuesta anterior de FEAFES la iniciativa tenía que partir ineludiblemente de «la previa propuesta razonada del especialista» mientras que ahora se amplia extraordinariamente el quién y el cómo ha de pedirse trasladando *al colapsado ámbito judicial, para que decida en unas horas, los siempre graves supuestos de negativa a tratamiento, negativa que puede partir de ausencia de conocimiento de enfermedad pero también de una opción de* libertad.
4) La judicialización no puede adoptarse en una situación de insuficiencia de medios, es decir, *cuando el ámbito sanitario no ha hecho aún sus deberes, ni ha cumplido con las previsiones contenidas en el Art. 20 de la Ley General de Sanidad de 1986, máxime cuando lo que se pide al ámbito judicial que valore es un concepto de máxima dificultad, como es el de «la capacidad para decidir por sí mismo»* y cuando en el ámbito judicial hay mucho que hacer puesto que aunque en *los últimos años se*

está consiguiendo en algunas capitales de provincia, la concentración en un solo Juzgado de las cuestiones civiles relativas a la Discapacidad, lo cierto es que *aún son más las capitales donde tal atribución no existe y la meta-mito de los Juzgados Especializados, esto es con personal específico y formado, no se adivina ni en el horizonte más lejano.*

5) El proyecto atenta contra el mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas[1411] y, concretamente, contra la autonomía de las personas que padecen trastornos mentales. Así, l*a atención de salud mental tiene que contar con que una parte de sus pacientes van a rechazar el tratamiento y tendrán que establecer las estrategias de abordaje de este colectivo con equipos de actuación externa, seguimiento individualizado, apoyo y coordinación con familiares, instituciones, etc. Sólo cuando todas estas medidas previas hayan fracasado se podría pensar en acudir al Juzgado. Con la actual propuesta se corre el riesgo de que el acudir al Juzgado sea el «único recurso» con la finalidad de imponer un tratamiento «coercitivo» impropio del Juez Civil.*
6) La denominada «función terapéutica del Juez» *no se encuentra ni en la Constitución ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Siempre con el respeto que he mantenido por las posiciones que son contrarias a la regulación de esta figura y también con la Asociación Española de Neuropsiquiatría, no puedo compartir el núcleo central de las argumentaciones que se realizan en el comunicado puesto que son exactamente las mismas que se realizaron con motivo de la proposición de Ley de CiU. Junto con la insistencia en la incompatibilidad de las propuestas y el debate sobre los medios, lo único que puede considerarse nuevo es la validez de introducir esta cuestión en la normativa procesal sobre jurisdicción voluntaria y en una mala comprensión de lo que constituye la mal llamada «función terapéutica del Juez». A responder todas y cada una de estas cuestiones se dedica, además de las páginas precedentes, particularmente el apartado XII del presente trabajo.

En este epígrafe voy a emitir mi parecer sobre si es técnicamente correcto incluir esta cuestión en la normativa de jurisdicción voluntaria y, por otro lado, valorar aquellas cuestiones que, en mi opinión, son susceptibles de mejora.

La introducción de estas materias en la futura ley de jurisdicción voluntaria supone un cambio de escenario puesto que establece dos regulaciones: una para el internamiento (artículo 763 LEC) y otra para el tratamiento (artículos 84 a 87 de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria). A mi juicio, aunque se establece una dicotomía no deseable dado que las recomendaciones internacionales estiman que debe equipararse, no hay especial problema en que existan normas separadas.

[1411] Artículo 9.2 de la Constitución Española

Históricamente, la regulación del internamiento se ha venido realizando dentro de la denominada jurisdicción voluntaria. En el ámbito de las personas con enfermedad mental, hemos sufrido un proceso de cambio legislativo que arranca de los años 80 que abarca la definición de tal derecho (derecho material) y la forma de aplicarlo ante los tribunales (derecho procesal). Examinadas en las páginas precedentes el proceso histórico de constitución de estas normas, resta analizar sucintamente esta concreta cuestión referente a las exigencias procesales en el ámbito del internamiento.

En el año 1979 entró en vigor en España el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1412], cuyo artículo 5 establece una serie de exigencias legales, fundamentalmente de tipo procesal, para el internamiento. El Convenio remite a la legislación nacional para la determinación del procedimiento aplicable que, sin embargo, tiene que guardar sus exigencias mínimas entre las que se encuentran las de sencillez y celeridad. La reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre reintrodujo la presencia judicial en los internamientos y derogó la hasta entonces vigente legislación especial constituida por el Decreto de 3 de julio de 1931 [1413]. La disposición adicional única de dicha norma determinó que el procedimiento aplicable al internamiento se rigiera por las normas de la jurisdicción voluntaria [1414]. De hecho, el derogado artículo 211, pese a que se encontraba ubicado en el Código Civil, contenía normas propiamente procesales. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil introduciendo nuevas disposiciones sobre la declaración de incapacidad legal. Su disposición adicional tercera vuelve a remitir al procedimiento de jurisdicción voluntaria para los casos de internamiento introduciendo algunas especificaciones como son la intervención de oficio de Jueces y Fiscales, el carácter no preceptivo de la intervención de abogado y procurador y que el hecho de existir oposición no torna el expediente en contencioso (esto último ya era de interpretación común puesto que, pese al tenor del artículo 1817 de la LEC de 1881, la interpretación jurisprudencial había introducido excepciones distintas a las previstas en el artículo 1824, desde los comienzos de la aplicación de esta norma decimonónica).

En el año 2001 entró en vigor la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula, en su artículo 763, el internamiento no voluntario por razón de

---

[1412] BOE 243/1979, de 10 de octubre de 1979

[1413] Respecto a la regulación de la intervención judicial en el Decreto de 1885, los procesalistas de la época incluían, dentro de los actos de jurisdicción voluntaria concernientes a las relaciones de familia, el procedimiento para obtener la reclusión definitiva de los dementes (Fabrega y Cortes, Magín. *Lecciones de práctica forense*, Barcelona, 1921, páginas 402 y 409)

[1414] Expresaba la referida disposición adicional: «Entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción. *Los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del Libro I del CC se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria*». (El subrayado es mío.)

trastorno psíquico, derogando las disposiciones anteriores del Código Civil. Hay divergencias entre los autores sobre la naturaleza del procedimiento aplicable en el artículo 763 (como proceso especial dentro del marco de la propia norma o como proceso de jurisdicción voluntaria). Es de reseñar que la Ley no deroga la disposición adicional tercera de la L.O. 1/1996 antes citada ni tampoco otros preceptos de interés como son los artículos, 216 nº 2, 271 y 273 del Código Civil. La Fiscalía General del Estado se pronunció expresamente señalando[1415]:

> Se trata de un procedimiento que habrá de sustanciarse con arreglo a las normas de la jurisdicción voluntaria. El proceso tipo del artículo 753 (juicio verbal con contestación escrita a la demanda) es incompatible con la celeridad con que normalmente se debe desarrollar y resolver el proceso[1416].

Esta interpretación es discutible. Incluso puede entenderse que son aplicables ambos tipos de procedimiento si observamos lo dispuesto en el artículo 760 nº 1 de la Ley 1/2000 y entender que lo que regula el artículo 763 son requisitos procesales mínimos a aplicar en cualquiera de ellos, en el entendimiento correcto de que la intervención judicial en los internamientos se trata de un proceso de autorización de una actividad inicialmente lícita en garantía de derechos que se encuadra dentro del sistema de medidas de protección general de personas que presentan excepciones en ámbitos concretos de la capacidad de obrar, como es el caso del consentimiento por representación.

Lo cierto es que, en su día, nuestro Tribunal Constitucional estimó, con la regulación del artículo 211, que en el procedimiento de jurisdicción voluntaria existían garantías suficientes[1417] y que en el Derecho Continental europeo el procedimiento de jurisdicción voluntaria es de aplicación corriente a estas cuestiones, como por ejemplo en Alemania[1418] e Italia[1419].

No hay, pues, incorrección alguna en regular estas cuestiones en una ley de estas características y tampoco creo adecuado juzgar a esta norma como ley procesal «menor», en el sentido de «poco importante», dadas las diferentes cuestiones que abarca dentro de las materias referentes a los ámbitos de la persona y familia.

En cuanto a la determinación del supuesto de hecho, la rúbrica del capítulo IX (De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos) y el contenido del artículo 84 sí que merecen objeciones. El «tratamiento no voluntario» puede ser practicado tanto en situación de internamiento

---

[1415] Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del fiscal en los procesos civiles*. Memoria. Madrid, 2002, páginas 467 a 533.

[1416] *Op. Cit.*, página 489

[1417] TC Pleno, Sentencia de fecha 5-7-1999, nº 129/1999, rec. 19/1994, BOE 181/1999, de 30 julio 1999. Pte: Garrido Falla, Fernando (EDJ 1999/13066)

[1418] § 70 a § 70, letra n de la *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*

[1419] Cobreros Mendazona, Eduardo. *Los tratamientos*…., página 133.

como en situación ambulatoria y además puede aplicarse a otros tratamientos que no deben incluirse en el ámbito de este procedimiento (Terapia Electro Convulsiva y Psicocirugía) e intervenciones sanitarias que no son tratamientos (contención y aislamiento) y podría interpretarse, además, que incluye a los que no son propiamente por razón de salud mental (intervenciones excepcionales que tienen regulación especial, como las esterilizaciones, o más corrientes, como puede ser un tratamiento por diabetes u oncológico, por ejemplo). El artículo 84 delimita mejor el supuesto de hecho puesto que remite a aquellos que lo son «por razón de trastorno psíquico», por lo que debe tratarse de supuestos de salud mental y no somáticos. Ahora bien, también presenta una serie de problemas.

> Primero, debería excluir y remitir al 763 LEC para los casos de internamiento y especificar que se trata de situaciones de tratamiento ambulatorio (para no recoger los tratamientos especiales y las intervenciones antes señaladas).
>
> Segundo. No distingue si el paciente está o no incapacitado (entiendo que puede entenderse que vale para ambos casos puesto que sólo se exige la pérdida de capacidad de decisión, situación que debe concurrir tanto en el legalmente incapacitado como en el que no lo está).
>
> Tercero. No recoge la totalidad de elementos que configuran el supuesto de hecho previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina dado que falta el elemento diferenciador: el riesgo grave para la salud del paciente (no basta simplemente que sea conveniente).

Considero por ello que habría sido preferible utilizar la expresión *tratamiento ambulatorio involuntario* puesto que goza de cierto consenso en cuanto a su posible contenido y que el artículo 84 debería especificar que el supuesto de hecho se refiere indistintamente a las dos situaciones citadas, es decir, haya sido o no declarado incapaz el paciente y cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud, con independencia de que lo anterior entrañe ciertas diferencias.

Otro problema es el derivado de la competencia territorial. El artículo 14, apartado 2, del Proyecto recoge la siguiente norma:

> 5.ª En los expedientes sobre autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, será competente el Juzgado de Primera Instancia del *domicilio* del paciente.

Para los efectos que aquí nos interesan, es de aplicación el concepto de domicilio que fija el artículo 40 del Código Civil que señala que «para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». El Código Civil no regula lo que entiende por residencia pero algunas veces se alude a este concepto como contrapuesto al de domicilio (por ejemplo, artículos 181 y 183 del C.C. ó 69 de la L.E.C. de

1881, hoy derogado). Indudablemente la residencia tiene un sentido genérico y el domicilio un sentido más concreto y específico de residencia fija o estable. Todavía puede distinguirse en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 un tercer concepto, el paradero. Así se desprende del derogado artículo 69, según el que «los que no tuvieran domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen…».

Hasta aquí concuerdan la generalidad de los autores, pero llegados a este punto las discordancias se centran en que, algunos autores estiman que la locución «residencia habitual» significa que el concepto de domicilio se compone de dos elementos, el primero el hecho de residir en un lugar (elemento material, *corpus*) y, el segundo, el propósito o intención de la persona de hacerlo de modo permanente (elemento espiritual, *animus*). Por otro lado, otro grupo de autores estiman que nuestro Código ha abandonado la doctrina romanista de que el concepto de domicilio se formaba por la unión de «corpus» y «animus», considerando que el término residencia habitual sólo requiere, en primer lugar, estar de asiento (*residere*) en un lugar y, en segundo, que se trate de residencia normal y presumible para el futuro próximo (ese es el sentido de habitual)[1420].

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1246/1992 de 30-12[1421]

> *El concepto de domicilio no es precisamente uno de los mejor delimitados en nuestro derecho positivo tanto sustantivo como procesal* y como consecuencia de ello, tampoco en nuestra doctrina lo mismo científica que jurisprudencial, habida cuenta el empleo por el legislador de términos tan conexos aun cuando no exactamente coincidentes como son el de domicilio y residencia, no siempre suficientemente precisados tampoco por nuestra jurisprudencia que suele acudir en estos casos para intentar una mejor delimitación, a términos tan reales a la vez que de estancia-permanencia como es el de la habitualidad para deter-

[1420] Sin duda, fue la opinión y el excelente trabajo del profesor De Castro lo que motivó un giro en la concepción tradicional de la doctrina atinente al domicilio. Es por ello por lo que merece reproducirse parcialmente su opinión: «La fórmula es inequívoca, se exige y basta una residencia que tenga el carácter de habitual. La residencia significa el estar de asiento en un lugar (*residere*); está la residencia allí donde se vive o habita, como lugar de la propia vivienda (casa-habitación, hogar u hospedaje no transitorio). La habitualidad es el signo distintivo del domicilio y el que le separa de la mera residencia. Le caracteriza, más que la duración o permanencia, la nota de ser la residencia normal y la presumible para el futuro próximo; pudiera decirse que es aquella que en sí misma (en potencia) manifiesta su continuabilidad. No ha de confundirse con la perpetuidad ni con la residencia indefinida, pues puede haber domicilio cuando la residencia tenga señalado un plazo. El domicilio no se contrapone a residencia temporal, sino a residencia accidental, circunstancial o de tránsito» (De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España*. Reedición de la editorial Civitas, Madrid, 1991, página 459).

Respecto a la necesidad de acudir a la residencia en defecto de domicilio, el autor citado, con fundamento en el artículo 69 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala que «la redacción del artículo, al contraponer domicilio y residencia fija, impone esta graduación de situaciones: a) Domicilio o residencia habitual (artículo 40 C.C.) y domicilios especiales (artículo 64-68 L.E.C.); b) Residencia fija la que, sin tener la condición de habitualidad ofrece ciertas condiciones de permanencia, comprendiendo la estancia que no llega a ser domicilio por su carácter accidental, ocasional o de temporada; c) Residencia de paso o de tránsito, el lugar donde la persona tiene un paradero conocido, lo mismo la persona que está de viaje que la que vive viajando» (*Op. cit.* página 461)

[1421] TS Sala 1ª, S 30-12-1992, nº 1246/1992, rec. 2266/1990. Pte: Martín-Granizo Fernández, Mariano, Fundamento de Derecho cuarto (EDJ 1992/12915). El subrayado es mío.

minar el domicilio. Por otra parte, a estas dificultades delimitativo-conceptuales contribuye también el hecho de que el propio legislador nos sitúe ante unas tan diversas manifestaciones del mismo como son el legal, el electivo, el real y el habitual.

Nuestro Tribunal Supremo ha acogido indistintamente las tesis espiritualista y objetivista. Así la Sentencia 21/1993 de 30-01[1422] señala refiriéndose al domicilio real, «que corresponde a la residencia permanente e intencionada en un precisado lugar o como también ha sostenido esta Sala de forma objetivizada (Ss. 3-12-1955 y 18-5-1956), al tenerse sólo en cuenta la efectiva vivencia y habitualidad con raíces familiares y económicas». Sentencias que han exigido el «animus manendi» son, entre otras, las de 28 de noviembre de 1940, 26 de mayo de 1944, 18 de septiembre de 1954, 21 de enero de 1968, 21 de abril de 1972 y, más recientemente, parece referirse al mismo la Sentencia 622/1996 de 13-07[1423] al señalar que «el artículo 40 del Código Civil fija el domicilio de las personas naturales en el lugar de su residencia habitual, que equivale a domicilio real, *ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar*». Es importante reseñar que la apreciación de lo que sea residencia habitual es competencia del Tribunal de Instancia, es decir, la apreciación de los hechos que demuestren la residencia habitual se deja a criterio del juzgador. La residencia puede probarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (como el padrón municipal de habitantes, emplazamientos judiciales anteriores, empadronamiento del cabeza de familia, acta notarial de declaración del portero del edificio, cartilla de abastecimiento, vivir con los hijos, tener un establecimiento mercantil, presunción de continuar residiendo en el anterior domicilio). Ninguno de ellos por sí sólo es acreditativo de la residencia habitual que deberá decidirse por el Juez de instancia[1424].

Tanto para la declaración de incapacidad (regla 1ª del artículo 63 de la LEC de 1881, hoy derogada), como para los internamientos sometidos a autorización judicial (conforme a la interpretación realizada por la Circular 2/1984 de la Fiscalía General del Estado que partía del tenor de las reglas nº 1 y 20 del derogado artículo 63 de la LEC de 1881), las normas procesales establecieron el criterio

---

[1422] TS Sala 1ª, S 30-1-1993, nº 21/1993, rec. 1283/1990. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso (EDJ 1993/700), Fundamento de Derecho segundo.

[1423] TS Sala 1ª, S 13-7-1996, nº 622/1996, rec. 2083/1993. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso (EDJ 1996/5669), Fundamento de Derecho primero.

[1424] Tampoco parece ser determinante el lapso temporal, así parece desprenderse de supuestos analizados por el Tribunal Supremo en los que el sujeto permaneció fuera de su «residencia habitual» por motivo de la guerra civil (Ss. 26 de mayo de 1944 y de 27 de septiembre de 1945). Mención aparte merece la Sentencia de 27 de abril de 1956 - Aranzadi 1956/1950- que resuelve una cuestión de competencia derivada de un incidente sobre incapacitación de una señora domiciliada en Vera y residente en un sanatorio de Madrid al tiempo de promoverse la demanda de incapacitación. El Tribunal Supremo declara la competencia del Juzgado de Vera, pues considera que en dicha ciudad tenía su domicilio la demandada con arreglo al artículo 40 del Código Civil y que por tanto su residencia en un sanatorio pendiente de curación no puede tener más que un carácter accidental y transitorio.

del domicilio[1425], manteniendo una diferenciación para los casos de aprobación judicial (juzgado donde radique el centro de internamiento). Lo cierto es que esta atribución competencial planteó dos problemas prácticos importantes:

- La necesidad de examen personal por el Juez de la persona afectada por el procedimiento de incapacidad o la solicitud de internamiento.
- El derivado de la necesidad de realizar un seguimiento y revisión periódica en los casos de internamiento cuando la sede del juzgado que lo autoriza es distinta de la del centro donde se realiza el internamiento o se produce un traslado del paciente a otro centro.

Ambos motivaron no pocas discusiones en cuanto a la atribución de los criterios de competencia[1426] [1427]. Los problemas tanto de concepto como prácticos expuestos motivaron, sin duda, que la LEC 1/2000 cambiase el criterio competencial del domicilio al de la residencia tanto para la declaración de incapacidad (artículo 756) como para la autorización de internamiento (artículo 763, manteniendo el criterio diferencial respecto a la ratificación de los casos urgentes). Tratándose de problemas comunes a los casos de tratamiento ambulatorio involuntario, creemos

---

[1425] El Decreto de 1885 no recogía cuál era el Juzgado competente para tramitar el expediente judicial para la reclusión definitiva pero la R. O. de 1 de junio de 1908 aclaró que se trataba del «juez de primera instancia del último domicilio del enfermo». El Decreto de 1931 diferenciaba el Juzgado de la última residencia y el del Distrito del Manicomio (artículos 10 y 24), pero siempre se enviaban las comunicaciones, en principio al del domicilio salvo que este fuera desconocido. La intervención judicial, en este último caso, era nula. El cambio fundamental del problema de la competencia surgirá cuando el Juez tenga necesidad, tras la reforma de 1983, de examinar personalmente a la persona cuyo internamiento se pretende o se ha realizado por razones de urgencia.

[1426] Al margen de los problemas propios de la «perpetuatio iurisdictionis», es de citar, en este sentido, Fiscalía General del Estado. *Consulta 6/1997, de 15 de julio, sobre el criterio determinante de la competencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal.* Memoria. Madrid, 1998, páginas 633 a 647.

[1427] La interpretación que parece prosperar en el segundo de los problemas analizados es la que entiende que el seguimiento debe realizarlo el Juzgado en el que se ubique el centro sanitario, aunque la competencia la mantenga el Juzgado que dictó el auto de autorización. La Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado (nº ref. 3/4/90) se pronunció a favor de que el seguimiento del internamiento debía realizarse por la Fiscalía en que se ubique el Centro sanitario. Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha señalado al respecto una tesis diferente pero que viene a señalar una solución similar a la expuesta (TSJ Cataluña, A 15-9-1994. Pte: Corbal Fernández, Jesús. EDE 94/13449): «Ocurre en la práctica que, por razones de índole administrativa, el internamiento tiene lugar en el Centro que radica en una localidad perteneciente a un partido judicial distinto del que dictó la resolución. Es obvio que en tales casos se dificulta notablemente, o se puede hacer prácticamente imposible, un correcto seguimiento del internamiento por parte de quien lo acordó. Pensar para resolverlo en una posible *transmisión* del expediente carece de base legal. La única solución posible es, como ya advirtió uno de los informes del Mº Fiscal, recurrir al auxilio judicial. El seguimiento debe hacerse por el Juez del lugar del Centro, y en caso de ser distinto del que autorizó el internamiento, éste exhortará a aquél con remisión de los particulares correspondientes (o fotocopia del expediente en lo que sea preciso) para que controle con plenas facultades la situación del incapaz, devolviendo el despacho cuando cese el internamiento o se traslade el enfermo a un Centro sito en un partido judicial diferente». En idéntico sentido, AP Barcelona, sec. 18ª, A 4-6-2004, nº 147/2004, rec. 128/2004. Pte: Bachs Estany, José María (EDJ 2004/88350), AP Alicante, sec. 5ª, A 15-3-2005, nº 41/2005, rec. 54/2005. Pte: Trascasa Blanco, Cristina (EDJ 2005/63042) y AP Alicante, sec. 5ª, A 8-9-2005, nº 109/2005, rec. 293/2005. Pte: Ubeda Mulero, José Luis (EDJ 2005/180647)

preferible la opción por la norma que atribuye a la residencia la determinación de la competencia territorial frente al del domicilio que recoge el texto del Proyecto.

Las personas legitimadas para promover el expediente deben ser, en principio, las que pueden ejercer el consentimiento por representación o sustitución[1428]. Sin embargo, el artículo 85 del Proyecto incluye además al «facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito». Si bien es cierto que varias de las legislaciones que regulan formas de tratamiento ambulatorio involuntario examinadas optan por otorgar a los médicos tratantes o a los responsables de los servicios de salud mental facultades para su imposición, lo cierto es que, a mi juicio, estas fórmulas se apartan de nuestra estructura legal. Como ya se ha expresado en páginas anteriores, nuestro sistema tiene una estructura para la aplicación de estos tratamientos en vía civil pero, para la aplicación en los casos del artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002, carece de la previsión de condiciones de protección que incluyan procedimientos de supervisión, control y recurso, como exige el artículo 7 del Convenio de Oviedo. Las garantías procesales deben respetar los contenidos de derecho material que configuran en nuestra legislación el derecho al consentimiento informado. La relación médico paciente se funda en un equilibrio entre las partes de una relación de arrendamiento de servicios especialmente tutelada en atención a la protección de los derechos fundamentales de una de ellas. Con las solas excepciones de los casos de salud pública (protección de terceros) y urgencia médica (porque no puede esperarse hasta recabarlo sin riesgo grave para la salud o vida del paciente), la relación es dual. La excepción de falta de capacidad de decisión exige la existencia de un representante que ejerza el derecho y no sólo lo ejerza sino que se ajuste lo más posible a lo que sería la decisión de la persona afectada si poseyera en ese momento capacidad de decisión, como ya examinamos en páginas anteriores. Si otorgamos la legitimación al facultativo le hacemos titular del mismo estatus que al pariente que otorga el derecho de representación dando lugar a un desequilibrio entre las partes que la norma material no prevé, lo que pugna con la propia esencia de este derecho que surge precisamente contra los excesos del «poder médico» sobre las facultades de decisión de los pacientes sobre la propia salud. El facultativo tiene un papel muy importante a la hora de «proponer» el tratamiento pero la decisión sólo puede corresponder al paciente (si posee capacidad de decidir) o a la persona que puede otorgar el consentimiento por sustitución (en caso de que carezca de capacidad de decisión) para que se mantenga el equilibrio antes citado.

Si lo anterior lo hemos calificado de exceso, el artículo incurre también en el defecto de no contar con una persona que también está llamada al citado ejercicio: la designada en instrucciones previas realizadas con arreglo al tenor del artículo

[1428] El Proyecto expresa una regla general sobre legitimación: «Artículo 3. Legitimación. Podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o de un interés legítimo sobre la materia que constituya su objeto».

11 de la Ley 41/2002 de autonomía del paciente. La legitimación resulta, a mi juicio, evidente y su introducción además estaría en plena sintonía con las últimas reformas del Código Civil sobre la autotutela y también con el amplio despliegue de esta figura en las legislaciones autonómicas como, por ejemplo, el artículo 172 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia[1429], los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia [1430] o el artículo 95 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón[1431].

Por último la norma sigue sin delimitar el problema ya expresado en el VI.1.4.6 de que, en caso de divergencias en el grupo familiar, a qué persona se otorga tal facultad. Recordamos que la configuración legal no es igual en las distintas Comunidades Autónomas. En principio, si el sujeto no está incapacitado, cabe que esta atribución sea realizada a la familia (lo que nos obliga a distinguir entre sus distintos integrantes) o que el paciente haya atribuido esta facultad en «instrucciones previas» a un tercero. En el caso de incapacidad, en principio, se otorgará al representante legal nombrado pero sí la persona afectada hubiera designado a otra en instrucciones previas estimo que, en principio y al tratarse de un ámbito de representación sujeto a regulación especial (artículo 267) debe prevalecer esta designación, lo que resulta, además, plenamente acorde con otras disposiciones del Código Civil que regulan aspectos similares como los artículos 236 nº 1, 223 párrafo 2 y 234 nº 1.

En los supuestos de ausencia de capacidad de decisión, a criterio del médico responsable (es decir, supuestos de hecho que regula el apartado 9.3.a de la Ley 41/2002 en los que no concurre incapacidad legal) se otorga esta facultad a las «personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho». Es perfectamente posible que los familiares decidan como grupo o que exista una persona a la que todos consideren que debe atribuirse tal derecho, pero la situación de posiciones enfrentadas, sea entre familiares con el mismo vínculo (por ejemplo, entre hermanos) o distinto (mujer e hijos, por ejemplo) es perfectamente posible. El artículo 85 no determina una prioridad entre ellos puesto que sólo les faculta para promover el expediente de forma indistinta. Las soluciones que presentan las normas de las diferentes Comunidades Autónomas, como ya examinamos en páginas anteriores, no son homogéneas ni precisas pero podemos establecer dos posibilidades, bien atender al orden establecido en la concreta regulación, bien aplicar los artículos del Código Civil referentes al nombramiento de tutor (artículos 234 y 235) o el artículo 179 del Código de Familia (en el caso de Cataluña) o los artículos 101 y 102 de la Ley de Derecho de la Persona (en el caso de Aragón) por analogía. Los artículos 234 y 235 del Código Civil ofrecen una solución razonable (el número 1

[1429] EDL 1998/45031;BOE 198/1998, de 19 agosto 1998 Ref Boletín: 98/20137; DOGC 2687/1998, de 23 julio 1998

[1430] EDL 2006/83329; DOG 124/2006, de 29 junio 2006; BOE 191/2006, de 11 agosto 2006 Ref Boletín: 06/14563

[1431] BOE núm 23, de 26 de enero de 2007, páginas 3713 a 3739

sería el llamado en instrucciones previas) y aunque no ha recogido al convivente de hecho, si el interés del paciente lo exige, el Juez puede nombrarlo utilizando una facultad excepcional que deberá ser motivada. Habrá que atender, en cualquier caso, a la legislación sobre uniones de hecho de cada Comunidad Autónoma ante la ausencia de norma estatal.

Por último, el apartado 2 del artículo 85 regula dos problemas prácticos importantes que son los de ausencia de personas legitimadas y los de inactividad por parte de las mismas. Atribuye la facultad de promover al Fiscal. No tengo nada que oponer a la intervención del Ministerio Público en estos casos, sin duda fundada en el supuesto análogo del artículo 757.2 de la LEC para el proceso de incapacitación. Sin embargo tengo que fijar una precisión y es que algunas legislaciones autonómicas otorgan este derecho directamente a los jueces con carácter general para los casos de ausencia de personas que puedan otorgar el consentimiento por representación o sustitución (Andalucía [1432], Canarias [1433]) y que, pese a que la norma recoge en sus disposiciones generales las facultades de intervención de oficio (así, artículos 22.4 ó 23.3) se aparta de disposiciones análogas que atribuyen competencias más amplias a los jueces en estos casos como la disposición adicional tercera de la L.O. 1/1996, el artículo 216 párrafo segundo C.C., el artículo 303 C.C. o el artículo 762 nº 1 de la LEC. En mi opinión, considero que ya se había avanzado en este terreno y, ante situaciones de riesgo, creo que tanto Juez como el Fiscal deben actuar de oficio.

En cuanto a la forma de la solicitud y al procedimiento, aspectos que se recogen en el artículo 86 del Proyecto, a mi juicio es necesario distinguir entre el solicitante y el contenido de la solicitud. La propuesta razonada debe incluir necesariamente el juicio del médico (puesto que el artículo 9.3.a exige que la ausencia de capacidad de decisión sea puesta de manifiesto por éste), la posibilidad real y los resultados que esperan obtenerse con el tratamiento ambulatorio involuntario, la ausencia de mecanismos alternativos, el riesgo que derivaría de no aplicarlo, las necesidades mínimas de control y auxilio del juzgado que se precisan y el plan de tratamiento que se propone. Este es el verdadero papel del clínico, proponer el tratamiento y no la atribución de una legitimación de la que carece, como ya se expresó anteriormente.

[1432] El artículo 6, apartado 1, letra ñ, de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (en redacción dada por la Disposición Adicional Única de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada) expresa que es necesario el previo consentimiento escrito del paciente para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos: «2.º Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas, *y en el caso de no existir éstos, o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial*». (EDL 1998/44814). El subrayado es mío.

[1433] El artículo 6.1, letra o) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias exige el consentimiento previo por escrito del paciente para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: «2. Cuando no estén capacitados para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares, *y en el caso de no existir éstos o no ser localizados, comunicárselo a la autoridad judicial*». (EDL 1994/17067). El subrayado es mío.

VII. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN

Por otro lado, no se puede introducir una solicitud sin que exista un equipo médico, público o privado, que vaya a asumir el tratamiento involuntario. Proceder de otro modo supondría un mero intento de «obligar» a las unidades de salud mental a realizar estas intervenciones lo que no es positivo porque daría lugar al fracaso ante la carencia de medios y preparación de los profesionales para trabajar en formas involuntarias. Tres apuntes más sobre este artículo:

> El primero es que el término «incapacidad» del número 1 puede llevar a confusión (no es lo mismo incapacidad que falta de capacidad de decisión). El médico no puede pronunciarse sobre la situación de «incapacidad» puesto que es una cuestión legal pero sí puede (ver el citado artículo 9.3) sobre la capacidad para adoptar decisiones, circunstancia que, aunque no lo dice la ley 41/2002, también debe concurrir en el incapacitado judicial por interpretación aceptada del Convenio de Oviedo.
>
> El segundo es que es necesario incluir los requisitos básicos del principio de prohibición del exceso por lo que la propuesta deberá justificar que la intervención es idónea (posible y adecuada), necesaria (no hay alternativas materiales disponibles, justificando los anteriores intentos de llevar a cabo el tratamiento de forma voluntaria) y proporcionada.
>
> Tercero. No basta la mera citación del paciente (podría no acudir y el procedimiento seguiría, según lo que señala el artículo 22 del proyecto), es precisa a mi juicio su audiencia y examen por el Juez para llevar a cabo el tratamiento. Por otro lado, en este caso, es necesario también oír a los restantes familiares que sean distintos del que ha efectuado la solicitud por las razones antes expresadas en atención al otorgamiento del consentimiento por representación. Estas pruebas deben constituir también pruebas necesarias en este procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Por último, el artículo 87 se refiere a la resolución. Debería quedar más claro en el texto de la norma que el juez no «establece» el plan de tratamiento. La resolución debe limitarse a expresar su contenido sucintamente a efectos de impugnación. Sólo debe hacerse una mención general y, en ningún modo, inmiscuirse en problemas clínicos. No se trata de petrificar el tratamiento que puede variar en atención a las circunstancias.

Por otro lado, es de reseñar que no se establece el plazo máximo de duración de la medida (las sucesivas prórrogas pueden dar lugar a que esta carezca de limitación temporal). En los casos de personas no incapacitadas, es una crítica generalmente aceptada en el plano internacional que no debe prolongarse la situación de forma indefinida. El plazo máximo de duración creo que no debe exceder de dieciocho meses. Si el paciente no incapacitado precisara seguir el tratamiento transcurrido el plazo referido, es claro que estaría incurso en causa del artículo 200 del Código Civil (enfermedad *persistente* que le impide el *autogobierno* en este ámbito, conforme al artículo 9.3.b de la Ley 41/2002) lo que permite armonizar las distintas situaciones ya que en el procedimiento de incapacidad también pueden adoptarse este tipo de medidas. Si el paciente ha sido declarado incapaz y se

solicita la intervención judicial mediante este procedimiento de jurisdicción voluntaria, la medida debería poder mantenerse por el tiempo en que se estime necesario, siendo razonable atribuir al tribunal la facultad de acordar un período de revisión superior al de tres meses, sin que en ningún caso pueda exceder de seis.

Es evidente que el facultativo debe ser enteramente libre para cesar el tratamiento conforme a la *lex artis*. La intervención judicial cesando la medida se reduce a los casos en que los presupuestos que exige la ley no concurren (tratamiento por salud mental, ausencia de capacidad de decisión, representante, riesgo para la salud y garantías procesales). Vuelvo a reiterar que no puede obligarse a los dispositivos sanitarios a realizar estas medidas. Si el médico responsable es quien la propone, la cuestión no abriga dudas. En el caso de que el equipo que debe realizarla sea distinto al del facultativo que elaboró la propuesta, debe aceptar dicha responsabilidad y, en todo caso, ser oído. No puede hacerse una solicitud con la finalidad de obligar a un determinado equipo a adoptar estas medidas. Sería contraproducente, rechazado por los médicos por falta de medios y abocado al fracaso. Uno de los principios básicos de aplicación de este tipo de medidas es que el tratamiento debe estar disponible y ser adecuado a las circunstancias del paciente y que el equipo debe estar de acuerdo en su realización.

Creo que debería haberse insistido más en la necesidad de intentar, de forma permanente y en la medida de las posibilidades, la negociación con el paciente de las condiciones del plan de tratamiento y la revisión constante de las mismas a fin de adaptarlas a sus circunstancias individuales.

Nada tengo que objetar a la regulación del período de observación para diagnóstico, en la medida en que estimo adecuada una fijación de plazo máximo. Igualmente estimo adecuado que, como medida de control, deba remitirse informe al tribunal. Lo anterior, sin perjuicio de la solicitud, bien de internamiento o de tratamiento ambulatorio no voluntarios, si concurren los presupuestos que legitiman su procedencia.

En enero de 2007, FEAFES[1434] y CERMI[1435] han elaborado propuestas de enmiendas con contenidos similares a los expuestos en estas páginas.

[1434] Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. *Propuestas de enmiendas que propone FEAFES a determinados artículos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.* Madrid, enero de 2007.

[1435] Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. *Propuestas de enmiendas que propone el CERMI a determinados artículos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.* Madrid, enero de 2007. Disponible en internet: http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/EFAB36A2-DA60-4C42-AA89-73469618997A/9390/Propuestas-deenmiendasCERMILJVenero2007.doc

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

1. INTRODUCCIÓN

Junto con las situaciones propiamente derivadas de problemas sanitarios o sociales, en los que el afectado se encuentra en una situación de riesgo grave, el tratamiento involuntario en salud mental también se justifica por razones que pueden resumirse en la existencia de peligro para terceras personas. Esta indicación, tradicional en todos los países, se encuentra expresamente recogida en el artículo 26 del Convenio de Oviedo, cuyo tenor es el que sigue:

> Artículo 26. Restricciones al ejercicio de los derechos. 1. El ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas (...)

En el Informe Explicativo, MICHAUD expresó la aplicabilidad de este artículo a aquellas personas que, debido a su trastorno mental, pueden causar serio daño a terceros, los cuales pueden ser sometidos, sin su consentimiento, a internamiento o tratamiento. Aquí, además de los casos previstos en el artículo 7 (que comprende sólo el riesgo para la salud del propio paciente), se añade la restricción en razón de la protección de los derechos y libertades de otras personas. De los trabajos preparatorios, es de destacar la atención prestada a hacer coincidir el texto con el tenor del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Desde el ámbito propiamente civil, muchas de las reformas legales que han surgido en Estados Unidos y en el ámbito anglosajón en general tienen una relación directa con el problema de la peligrosidad. Las leyes Kendra (Nueva York), Laura (California), Brian (Ontario), Kevin (Michigan) llevan ese nombre por víctimas de homicidio cometido por personas que padecían trastornos mentales. También en Europa, las reformas realizadas en el Reino Unido en 1995 parecen tener relación con el homicidio de Jonathon Zito por Christopher Clunis en 1992, en circunstancias similares a las expuestas.

Como señala APPELBAUM[1436], parte del problema radica en que se utiliza la herramienta correcta para el propósito erróneo. El tratamiento externo involuntario tiene sentido como parte de un arsenal terapéutico en un sistema de salud mental para pacientes que han demostrado que no podrán o no buscarán tratamiento y que se deteriorarán sustancialmente o precisarán de hospitalizaciones repetidas, cuya capacidad para realizar decisiones competentes sobre su tratamiento está seriamente dañada. Pero lo cierto, señala el autor, es que muchos Estados han caído en la trampa de intentar solucionar con esta herramienta un problema distinto: la violencia de algunas personas afectadas de padecimientos mentales.

[1436] APPELBAUM, Paul S. «Ambivalence codified: California´s new outpatient commitment statute». *Psychiatric Services,* January 2003, Vol. 54, nº 1, páginas 26 a 28.

Las dificultades de predicción de la violencia, especialmente los actos atípicos de brutalidad que soliviantan a la opinión pública y a los medios, hacen del tratamiento externo involuntario una herramienta mediocre para tal propósito. El porcentaje de pacientes que presentan este tipo de conductas es muy reducido. Por otro lado, este estándar difícilmente identificará a personas para las que la aplicación de la medida pueda ser beneficiosa. Por último, hay que reseñar que es posible que la etiqueta de «violento» disuada a los facultativos para utilizar esta herramienta terapéutica precisamente para evitar posibles responsabilidades por los posibles actos en los que el paciente pueda incurrir[1437].

La petición de desvincular los criterios de orden público del internamiento era una cuestión que, en Europa, tiene su origen en los años 70. Así, la *Red Internacional de Alternativas a la Psiquiatría* estimaba que en las legislaciones específicas de internamiento, los estatutos de excepción ponen en juego reglas de policía y fuertes riesgos de arbitrariedad. En particular este tipo de leyes prevé estructuras especializadas que en su mayor parte, y a pesar de los progresos de la Psiquiatría, presentan normalmente aspectos totalitarios, desocializadores, despersonalizadores y degradantes. Consideraban, en suma, que debía suprimirse la legislación que asociase peligrosidad y alienación a la enfermedad mental comportando respuestas de orden público a problemas psiquiátricos.

En mi opinión, nuestra regulación felizmente se ha apartado de este criterio (que sí que existía en nuestra normativa precedente, así la R.O. de 20 de junio de 1885 y el Decreto de 1931 y se mantiene en numerosas legislaciones de otros países) y ha admitido la hospitalización únicamente por razones terapéuticas, eliminando todo vestigio que permita el internamiento simplemente por razones de orden público[1438]. La proposición de ley sobre tratamiento externo involuntario presentada por CiU también excluye toda referencia a este particular.

Excluida la aplicación de la legislación civil, en este apartado del trabajo veremos, primeramente, cuáles son los mecanismos penales para imposición de tratamiento externo involuntario a personas que padecen enfermedades mentales. Distinguiremos tres apartados:

1) La aplicación de consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de una infracción penal (sistema de las medidas de seguridad)
2) La aplicación de tratamientos externos involuntarios como consecuencia de vicisitudes procesales (medidas cautelares, capacidad procesal, capacidad para decidir sobre el sentido de la pena)

[1437] Appelbaum, Paul S. «Thinking carefully about outpatient commitment». *Psychiatric Services,* March 2001, Vol. 52, nº 3, páginas 347 a 350.

[1438] Cuestión distinta, como pone de relieve Santos Morón, es que el comportamiento violento, irracional o agresivo del que se deduce el posible riesgo para terceros pueda constituir un síntoma de la enfermedad padecida o de la agravación de la misma y se den los presupuestos requeridos para el internamiento terapéutico. (Santos Morón, María José. *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2002. Página 94.)

3) La aplicación de tratamientos externos derivada de la aplicación de los sustitutivos de las penas privativas de libertad (suspensión de la ejecución, sustitución y libertad condicional).

No vamos a abordar el tratamiento psiquiátrico de los pacientes ingresados en prisión, ni tampoco algunos problemas que guardan cierta relación con la materia objeto de estudio, en particular los problemas relativos al tratamiento psicológico de los delincuentes sexuales[1439] y de los maltratadores[1440], cuestiones que considero que tienen otros fundamentos distintos a los problemas que van a ser objeto de análisis.

Antes de iniciar el recorrido por las distintas formas jurídicas, sí que quisiera reseñar que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental, Rec(2004)10, contiene un precepto específico sobre estos problemas que estimo es necesario traer a colación.

> Artículo 34. Implicacion de los tribunales.
>
> 1) Al amparo de la legislación penal, los tribunales pueden imponer internamiento o tratamiento para el trastorno mental, consienta la medida o no la persona afectada. Los Estados miembros deben asegurar el derecho efectivo de revisión por un tribunal de la legalidad de la medida o sus prórrogas a intervalos razonables.
>
> 2) Los tribunales deben resolver las cuestiones relativas a internamientos o tratamientos médicos para el trastorno mental con arreglo a estándares médicos válidos y fiables, considerando la necesidad de la persona de ser tratada en un lugar apropiado a sus requerimientos de salud. Esta medida se entiende sin perjuicio de la posibilidad, de acuerdo con la ley, de que el tribunal imponga reconocimiento psiquiátrico y un programa de cuidados psiquiátricos y psicológicos como alternativa a la prisión o a la adopción de la decisión final.

2. SUMISIÓN A TRATAMIENTO EXTERNO POR SALUD MENTAL MOTIVADO POR LA IMPOSICIÓN DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD

2.1. Principios y presupuestos que resultan directamente de la ley

El Código Penal de 1995 recoge en el título IV de su libro I las medidas de seguridad ofreciendo una regulación completa y sistemática de las mismas. Junto

---

[1439] Sobre este tema remito a Carrasco Gómez, Juan-José/Maza Martín, Jose-Manuel. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense* (3ª Edición). Editorial La Ley. Madrid, 2005, páginas 237 y ss.

[1440] Sobre esta materia sólo poseo escasas referencias. Remito al trabajo de Busto Lago, José Manuel «Violencia de género y relaciones de familia (especial consideración de la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género)». El Derecho Editores. Bases de Datos de Bibliografía El Derecho. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2005 (EDB 2005/206589), apartado VIII.2.

a esta novedad son de destacar las garantías que se establecen en el Título Preliminar. No es ocioso recordar algunas de ellas que nos serán útiles en nuestra posterior exposición:

1) Principio de legalidad: El artículo 1, apartado 2, del C.P. establece que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la ley». Como señala VIVES ANTÓN, este precepto viene a reconocer la necesaria extensión del principio de legalidad a los estados peligrosos y a las medidas de seguridad que les sean aplicables, de conformidad con las exigencias constitucionales que no se hallan expresamente formuladas en el artículo 25 de la Constitución[1441]. El principio de legalidad comprende la garantía formal que exige que el establecimiento de los presupuestos y la sanción esté reservada a la ley y la garantía material de certeza dimanante de las exigencias de seguridad jurídica que imponen al legislador la obligación de redactar las normas penales de modo claro, taxativo y terminante y a los tribunales imponiendo límites estrictos en su labor de interpretación y aplicación. El artículo 3 del C.P., por su parte, establece que no podrá ejecutarse medida de seguridad «en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto». El principio de legalidad sufre una cierta matización en la ejecución puesto que no impide el desarrollo reglamentario de algunas materias.
2) Garantía judicial. El artículo 3 expresa que no podrá ejecutarse medida de seguridad «sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» (reserva de jurisdicción). También señala el citado artículo que «la ejecución de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes» (control judicial de la ejecución). En lo concerniente al control judicial de la ejecución habrá que distinguir, en su momento, entre las competencias propias del Tribunal sentenciador y las atribuidas a los jueces de vigilancia penitenciaria.
3) Fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto. El artículo 6.1 recoge este principio que exige que el pronóstico de comisión futura de infracciones penales en que se centra el principio de peligrosidad sólo tendrá relevancia si previamente se ha cometido un delito, con lo que quedan excluidas las denominadas medidas de seguridad «predelictuales». El artículo 95.1.1ª volverá a recordar la exigencia de que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. El artículo 95.1.2ª exigirá nuevamente que la peligrosidad resulte constatada, es decir, «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

[1441] VIVES ANTÓN, Tomás-S. (coordinador) *Comentarios al Código Penal de 1995;* Tirant lo Blanch; Valencia, 1996, página 46.

4) Principio de proporcionalidad. El artículo 6.2 del C.P. establece una serie de limitaciones, esto es, «las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». El artículo 95.2 del Código volverá a subrayar este principio al establecer que «cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3», es decir, las medidas no privativas de libertad que en dicho artículo se recogen.

Junto a estas garantías establecidas en el título preliminar, el Título IV establece los presupuestos de aplicación. Tales son:

1) Declaración de exención de la responsabilidad completa o incompleta. Lo establece el artículo 95 al señalar que las medidas se aplicarán a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código. En lo que a nosotros nos concierne, el artículo 101 se refiere a los supuestos de exención completa y el artículo 104 a los de eximente incompleta en el caso de las medidas privativas de libertad. El artículo 105, destinado a las medidas no privativas de libertad, reitera que el juez o tribunal podrá razonadamente acordarlas «en los casos previstos en los artículos 101 a 104».
2) Revisabilidad. El artículo 97 establece los requisitos para la revisión periódica que puede comportar el mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la ejecución de la medida.
3) Sistema vicarial. Lo establece el artículo 99 del C.P. que fue modificado en la reforma introducida por la L.O. 15/2003. Se refiere al supuesto de concurrencia de pena y medida de seguridad privativa de libertad. Junto al principio general de cumplimiento inicial de la medida de internamiento y abono para el de la pena, en lo que a nosotros nos interesa, este principio tiene interés por la posibilidad de aplicar las medidas no privativas de libertad, una vez alzada la medida de seguridad de internamiento, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de ella.
4) Consecuencias del incumplimiento. El artículo 100, modificado tras la reforma de la L.O. 15/2003, establece que, en el caso de quebrantamiento de medidas no privativas de libertad y con independencia de deducir el oportuno testimonio, «el juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad».
5) Posible aplicación simultánea de varias medidas complementarias. El artículo 105 permite la posibilidad de cumplimiento simultáneo de diversas

medidas no privativas de libertad que pueden ser complementarias a la medida de sumisión a tratamiento externo que estamos tratando.

6) Colaboración de la Administración. La medida de sumisión de tratamiento se cumple en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario, conforme a lo dispuesto en el artículo 105. El artículo 106 expresa que el Juez o Tribunal sentenciador «dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad».

Junto a estos elementos básicos, creemos que también han de traerse a colación otros aspectos que resultan directamente de la normativa:

1) El primero resulta directamente del artículo 25.2 de la Constitución que establece que las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados.
2) El segundo resulta de la disposición adicional primera de la L.O. 10/1995 que expresa que «cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º a 3º de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera ya sido anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil». Este apartado exige, pues, la coordinación entre los mecanismos penales y los civiles de protección cuyos presupuestos no son los mismos.
3) Un último elemento que tenemos que traer a colación es de carácter procesal. Siempre que el sujeto presente capacidad procesal, es posible la conformidad prevista en los artículos 655, 784.3, 787 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que introduce un margen de negociación en la práctica judicial al que aludiremos en la parte final de este trabajo.

2.2. Problemas de aplicación práctica en la medida de sumisión a tratamiento externo

Podemos distinguir los siguientes apartados:

1) Distinción con el dispositivo civil. Hasta fechas relativamente recientes, los dispositivos penales y civiles participaban de características bastante similares en lo concerniente a los criterios de imposición de tratamientos involuntarios, generalmente en régimen de internamiento). En el momento presente, la peligrosidad deja de ser un criterio de aplicación de un tratamiento involuntario (en internamiento o en régimen ambulatorio) para la

aplicación de un tratamiento en los ámbitos no penales. Esto da lugar a que puedan existir supuestos en que las indicaciones concurran (caso de que el sujeto revista la indicación penal y además carezca de capacidad de decisión) y de supuestos en los que no se dé esta circunstancia, en cuyo caso, la posibilidad de utilización alternativa al régimen penal o posterior al mismo ya no es posible.

2) Alcance de los mecanismos de diversión. Nos referimos con este concepto a «todas aquellas vías utilizadas en aras a no intervenir penalmente ante la comisión de un hecho delictivo» [1442]. En el caso español, hemos de referirnos necesariamente a la posibilidad de sobreseimiento libre del artículo 637 nº 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [1443]. Tenemos que estimar que la persona afectada habrá cometido una infracción penal y que, junto con la exención de responsabilidad criminal, faltará alguno de los requisitos para la imposición de la medida de seguridad correspondiente (básicamente el pronóstico de peligrosidad). Esto no deja de presentar un amplio margen de discrecionalidad en los casos concretos que da lugar, de hecho, a una discreta entrada del principio de oportunidad que se ejerce, ordinariamente, en casos de escasa gravedad.

3) Imposición discutible en los casos de simple falta. No hay argumentos definitivos en la medida en que el término «delito» se utiliza en muchas ocasiones no en su acepción estricta sino como sinónimo de infracción penal en sentido amplio, independientemente de su gravedad [1444]. Desde un punto de vista teleológico, sin embargo, es de apreciar que debe excluirse su aplicación en estos casos pues los límites cuantitativos y cualitativos que determinan la medida de seguridad privarían de idoneidad a la medida para alcanzar su fin [1445].

[1442] Sanz Mulas, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad.* Ed. Colex, Madrid, 2000, página 259.

[1443] Bajo la vigencia del Código Penal derogado fueron impuestas medidas de seguridad aplicando este artículo. Esto dio lugar a bastantes críticas en el plano doctrinal. Incluso en sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril y 5 de noviembre de 1979, se estableció que «sólo mediante sentencia en juicio contradictorio es viable aplicar la medida de seguridad». Hoy día está práctica judicial en España puede entenderse erradicada. Ello no significa que, en el Derecho comparado, las decisiones de sobreseimiento e imposición de medida de duración indeterminada no existan (así, por ejemplo, el caso francés del artículo L.3213-7 y L.3213-8 del *Code de la Santé Publique)*

[1444] Con la legislación derogada, el Tribunal Supremo entendió que podían decretarse medidas de seguridad por hechos constitutivos de simple falta en sentencia de 31-3-93 (TS Sala 2ª, S 31-3-1993, nº 718/1993, rec. 787/1992. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique, EDJ 1993/3199), sentencia que, recurrida en amparo, fue tácitamente confirmada al declararse la inadmisión del recurso en Auto 1775/93 del TC.

[1445] Gónzalez-Cuellar Serrano, Nicolás. «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal (II),* 1997, página 176. En el mismo sentido, Gracia Martín, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 317, criterio que ha modificado en la 3ª Edición de la obra, páginas 390 a 392, estimando que esta interpretación no es la única posible y concluyendo que «también la comisión de faltas puede dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad en nuestro Derecho», que «cuestión diferente es la relativa al margen de posibilidades que quede para su aplicación y a la clase de medidas que puedan aplicarse a estos casos en virtud de las restricciones que impone la deficiente regulación del principio de proporcionalidad de las medidas en nuestro Código». Las razones que esgrime para el cambio son que «puesto que la comisión de una falta puede constituir ya un

4) Imposición discutible en el caso de simples atenuantes por analogía. Las opiniones no son coincidentes[1446]. A mi juicio esto no es posible por aplicación del principio de legalidad.
5) Dificultades de determinación del límite máximo de aplicación de la medida. El nuevo Código Penal expresa en su artículo 6.2., que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor». Con relación a ese límite máximo, se planteó inicialmente si el plazo de duración debía tomarse respecto de la pena abstractamente considerada o de la pena concreta, esto es, tomadas en consideración todas las circunstancias que hubieran influido en la individualización de la misma si hubiera sido impuesta (grado de ejecución, grado de participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad).

La Consulta número 5/1997 de 24 de febrero de la Fiscalía General del Estado[1447] se inclina por la fijación del límite con relación a la pena abstractamente señalada a la infracción dado que «cualquier intento de fijación *in concreto* de la duración de la pena para, a partir de ella, fijar la referencia cuantitativa, obligaría a un proceso de individualización que, por su propia naturaleza, es incompatible con la declaración de inimputabilidad». Razona la Fiscalía General que «la falta de tal presupuesto de la culpabilidad introduce una quiebra en el esquema analítico del delito, vetando la posibilidad de descender hacia una solución dosimétrica que jamás resultaría real, por cuanto que habría de hacer

---

relevante y decisivo indicio de la peligrosidad del sujeto, y puede aparecer además como probable la comisión por él de delitos de suma gravedad en el futuro, y puesto que la intervención sobre dicha peligrosidad para prevenir en lo posible que esto suceda es precisamente la finalidad de las medidas, de ahí se tiene que deducir, por fuerza, que únicamente la interpretación del término delito en un sentido amplio y comprensivo, pues, de las faltas, se muestra conforme con los fundamentos y con los fines de las medidas de seguridad» (Gracia Martín, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* [3ª Edición], Tirant lo Blanch, Valencia, 2004)

[1446] Admite la posibilidad de adoptar medida de internamiento en caso de atenuante analógica en relación con la eximente incompleta del art. 21.1 del CP, Sierra Lopez, Maria del Valle, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal,* en Tirant Monografías, Valencia, 1997, página. 404; en contra, Gracia Martín, Luis, *op. cit.(3ª Edición),* página 394. La STS Sala 2ª de 25 marzo 2002, Pte: Jiménez Villarejo, José (EDJ 2002/9851) expresa, en este sentido: «lo que se solicita es que se aplique al sentenciado la medida de seguridad prevista en el art. 102 CP y que su cumplimiento proceda al de la pena, según el sistema vicarial establecido en el art. 99 del mismo Cuerpo legal, basta decir, por una parte, que la medida de seguridad está prevista para los supuestos en que se aprecia una eximente incompleta en relación con los números 1º, 2º y 3º del art. 20 CP -siendo la circunstancia atenuante núm. 6º del art. 21 CP en relación con el núm. 1º del mismo artículo y el 20.1º CP la que ha sido declarada concurrente en el caso por el Tribunal de instancia- y, por otra, que la aplicación de la medida de seguridad es en todo caso facultativa como claramente se deduce de la expresión «el Juez o Tribunal podrá imponer» utilizada por el art. 104 CP. Precisamente porque la aplicación de la medida de internamiento a los sentenciados semiexentos de responsabilidad criminal en un centro adecuado a su anormalidad, es una facultad —y no un deber— del juzgador, cuyo ejercicio le está encomendado exclusivamente, en razón del conocimiento directo que el mismo ha tenido de las circunstancias personales del acusado, es por lo que el uso que de la misma hiciera no está sometido a la censura casacional. Es forzoso, en consecuencia, desestimar el único motivo de casación que se ha intentado formalizar en el recurso.».

[1447] Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, páginas 627 a 632

abstracción del radical efecto excluyente que genera la afirmación de la inimputabilidad».

Nuestro Tribunal Supremo ha estimado, efectivamente, que el límite máximo debe atender a la pena abstracta fijada por el artículo que define el delito pero teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 61 a 64 a propósito del grado de ejecución y de participación y sin consideración de las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (STS, Sala 2ª, de 12 de septiembre de 2003[1448]). Admiten, sin embargo, la apreciación de atenuantes las sentencias de 20 febrero 2002[1449], y de 12 noviembre 2001[1450], (siempre que estén desconectadas de aquello por lo que se aplicó la eximente-completa o incompleta-).

6) En el caso de la medida no privativa de libertad de sumisión a tratamiento externo, el límite máximo lo impone el artículo 105, es decir, cinco años. Sin embargo, a la hora de determinar el límite por las razones de proporcionalidad del artículo 6.2, el problema tiene lugar con la comparación con cualquier clase de pena que no sea la privativa de libertad (por ejemplo la multa o la privación del permiso de conducir) en la que no existe un referente de comparación homogéneo[1451]. En cualquier caso, recuerda la Circular 1/2005, de 31 de marzo de la Fiscalía General del Estado la obligación de establecer la duración máxima de la medida aunque el artículo 96.3 del C.P. no establezca la duración máxima de las medidas de seguridad no privativas de libertad que regula.

7) Los problemas que plantea la ausencia de regulación de las normas de acumulación jurídica. El principio general de que la medida no debe exceder en su duración del límite de la pena permite resolver afirmativamente, a mi juicio, la cuestión de la posibilidad de aplicar en el terreno de las medidas las normas de acumulación jurídica del artículo 76 del Código Penal y las de la refundición del artículo 988 párrafo tercero de la LECrim. Es perfectamente posible que un sujeto sea penado con pena privativa de libertad en un procedimiento y sometido a una medida de seguridad privativa de libertad en otro. A mi juicio, pese a que el artículo 99 del Código Penal no estaba concebido para esta situación, siempre debe cumplirse primeramente la medida y luego la pena, aunque los efectos de suspensión de cumplimiento previstos en dicho artículo no sean aplicables, en principio, por tratarse de procedimientos distintos. El problema práctico que se plantea es el de qué Juzgado (salvo en el supuesto de que las diferentes ejecutorias procedan del mismo) sería el competente para dictar tal orden, aspecto que no regula la L.E.Crim. ni el C.P. En el caso de que en diferentes procedimientos se impongan penas privativas de libertad y

[1448] Pte: Delgado García, Joaquín. EDJ 2003/108138
[1449] Pte: Soriano Soriano, José Ramón. EDJ 2002/3113
[1450] Pte: Delgado García, Joaquín EDJ 2001/46055
[1451] Gracia Martín, Luis, *op. cit. (3ª Edición),* páginas 401 y 402

medidas de seguridad no privativas de libertad, parece razonable atender a lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal para las penas y comprobar si son susceptibles de cumplimiento simultáneo, en la medida en que la pena privativa de libertad no da lugar a que el sujeto se vea obligado a seguir tratamiento involuntario dentro de la prisión.

8) Por último, reseñar el problema que plantea la aplicación de medidas no privativas de libertad simultáneas. La medida de tratamiento es perfectamente compatible con cualquiera de las previstas en el artículo 105. De hecho, algunas de ellas pueden estar íntimamente ligadas al tratamiento, como puede ser el hecho de la residencia en una vivienda tutelada (que supone un sistema diferente al del internamiento) y muy particularmente la custodia familiar. Esta última medida introduce aspectos análogos a los sistemas de guarda legal establecidos en el Código Civil y tiene amplia tradición histórica.

3. SUMISIÓN A TRATAMIENTO EXTERNO POR SALUD MENTAL MOTIVADO POR CUESTIONES PROPIAS DEL PROCESO PENAL

3.1. Aplicación de medidas de seguridad con carácter cautelar

Ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni el Código Penal recogen la posibilidad de medidas de seguridad cautelares[1452]. El artículo 17 nº 1 de la Constitución señala que nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. Del mismo modo se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a toda intervención que suponga una ingerencia en la integridad física[1453] lo que concuerda con el artículo 26 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997 que expresa: «el ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para (…) la prevención de las infracciones penales». No existiendo norma habilitante, estimamos que no puede existir ni «internamiento cautelar» ni «sumisión a tratamiento externo cautelar» acordado en proceso penal.

[1452] El artículo 100 del Anteproyecto de Código Penal (versión de 30 de diciembre de 1991) señalaba: «El Juez o Tribunal podrá decretar, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida en relación con el sujeto sometido a proceso penal por delito. Por su parte el artículo 101 señalaba: 1. El tiempo de duración de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior en ningún caso podrá exceder del plazo máximo señalado para la prisión provisional. 2 Este tiempo se computará en la aplicación de la medida o en el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta, en su caso».

[1453] TC 1ª, S 16-12-1996, núm. 207/1996, Fecha BOE 22-01-1997. Pte: Gimeno Sendra, Vicente (FJ 4º)

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

La Fiscalía General del Estado formuló una propuesta de reforma legislativa[1454], reseñando que dicha reforma ya había sido sugerida por el Defensor del Pueblo en el citado informe de 1991, refiriéndose al internamiento[1455].

Lege ferenda, la aplicación de la medida de seguridad de tratamiento externo involuntario podría ser útil, si fuera necesaria y posible, en aplicación del principio de la alternativa menos restrictiva.

El uso de la medida de prisión provisional tiene unos principios comunes en el marco europeo que se condensan en la Recomendación Rec(2006)13, de 27 de septiembre de 2006, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros *sobre el uso de la prisión provisional, las condiciones en que esta tiene lugar y la puesta en práctica de garantías contra los abusos*[1456]. Su uso debe ser excepcional y no debe utilizarse nunca con fines punitivos.

Uno de los principios generales que recoge la recomendación para evitar el uso inapropiado de la prisión provisional consiste en que esté disponible una amplia gama de medidas alternativas menos restrictivas[1457]. La propia recomendación realiza un catálogo no exhaustivo de tales medidas[1458].

Nuestro Tribunal Constitucional fue imponiendo requisitos para que la institución de la prisión provisional fuera lo más respetuosa posible con el derecho a la libertad y que su imposición se ajustase a las exigencias de excepcionalidad y proporcionalidad. Su regulación ha sufrido varias modificaciones desde la aprobación de la Constitución siendo la más importante la L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la LECr en materia de prisión provisional[1459]. El artículo 502, apartado 2, expresa que la medida «sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional». El artículo 503 define los requisitos de imposición y, entre ellos, los fines, que abarcan los de evitar que el riesgo de fuga del imputado, la posible obstrucción del proceso o la reiteración de conductas delictivas.

La inexistencia de medida cautelar de internamiento ha venido provocando una amplia variedad de respuestas judiciales. La más destacable es la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional de fecha 2 de noviembre de 2004[1460] que resuelve un recurso de amparo interpuesto por una persona para la que, diagnosticada de

---

[1454] Memoria de la Fiscalía General del Estado, Año 2001, páginas 464 a 466.

[1455] Defensor del Pueblo, *op. cit.*, página 681

[1456] Council of Europe. Committee of Ministers. *Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse* (Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies)

[1457] Appendix to Recommendation, I. Definitions and general principles. 4

[1458] Appendix to Recommendation, I. Definitions and general principles. 2

[1459] BOE 257/2003, de 27 de octubre de 2003, Ref. Boletín: 03/19748 (EDL 2003/103451)

[1460] TC, Sala 2ª, Sentencia de fecha 2-11-2004, nº 191/2004, rec. 6674/2002, 126/2003; BOE 290/2004, de 2 de diciembre de 2004; Pte: Sala Sánchez, Pascual (EDJ 2004/156810)

esquizofrenia paranoide, habiendo sido con anterioridad declarada plenamente ininputable en otro proceso previo, declarada incapaz en sentencia civil e internada en un centro residencial para personas con enfermedad mental crónica, se acordó su prisión provisional por delitos de asesinato intentado y lesiones y, posteriormente, se acordó su ingreso, en calidad de preso, en el centro psiquiátrico penitenciario de Alicante.

La sentencia desestimó las alegaciones de la representación del recurrente en el sentido de que la no celebración con carácter previo de la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2 de la LECrim fuera un obstáculo insalvable porque la omisión fue debida a la situación del imputado que le impedía la mínima capacidad de discernimiento y declaración, finalmente se realizó esta última con el letrado del procesado, subsanándose el defecto, constituyendo una mera irregularidad procesal. Sin embargo el Tribunal sí estimó que no existían razones para la adopción de la medida en atención a las circunstancias concurrentes puesto que no había riesgo de desaparición de pruebas ni de fuga, aspectos que ya habían quedado patentes en el anterior procedimiento. La Audiencia Nacional justificó el fin en la reiteración delictiva pero lo singular es que la condición de preso en centro psiquiátrico penitenciario no está prevista en el artículo 184 del Reglamento Penitenciario, salvo para los casos de observación y por el tiempo que requiera la emisión del informe, siendo soberano el centro directivo para decidir el traslado al centro correspondiente una vez realizada tal función, si la autoridad judicial no decide la libertad del interno. Por ello, fue remitido posteriormente a un centro penitenciario ordinario. El Tribunal no apreció razón alguna para estimar que el tratamiento que ya estaba recibiendo en el centro no penitenciario no fuera suficiente para evitar la reiteración delictiva, estimando que las resoluciones carecían de motivación suficiente y no resultaban proporcionadas.

La Sala otorgó el amparo. Es de reseñar un pronunciamiento que se encuentra al final del fundamento de derecho séptimo de la resolución en el que expresa:

> La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo «provisional», a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada.

Una posibilidad parece que podría ser atender a la prisión atenuada. La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre [1461], introdujo una nueva posibilidad aplicable al ámbito de las dependencias y una mejor redacción de la denominada prisión atenuada [1462]. Con independencia de que su aplicación sería discutible en el caso

[1461] Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE 283/2003, de 26 noviembre 2003 Ref Boletín: 03/21538 (EDL 2003/127520)

[1462] Dispone el artículo 508: 1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón

de inimputables, dado el tenor del anterior párrafo de la Sentencia del T.C. citada, sí que cabría una puerta para los casos de semiimputabilidad, aunque el trastorno no tiene necesariamente que estar vinculado a la infracción penal. No obstante, en estos supuestos, tanto en el caso de la prisión provisional propiamente dicha como en el de la prisión atenuada, pese a que la relación médico-paciente se desarrolla en un contexto coercitivo, se trataría de contingencias sanitarias a resolver conforme a los principios del consentimiento informado y no bajo los aspectos de imposición directa característicos de la medida de seguridad. Es un principio general, recogido en la Recomendación Rec(2006)13 permitir la continuidad de los tratamientos médicos necesarios iniciados con anterioridad a la imposición de la medida de prisión provisional[1463].

Pese a lo señalado en el citado párrafo de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la prisión provisional sigue aplicándose en estos casos, sin que resulte clara la razón de no incorporar una previsión de medida de seguridad cautelar como ya vimos que ocurre en otros ordenamientos europeos[1464]. Sólo he escuchado una explicación por parte de un miembro de la sanidad penitenciaria sobre este problema en la que se hacía hincapié en el hecho de que, ante la inexistencia de centros civiles de internamiento de larga duración, podría tener lugar una posible utilización de los centros penitenciarios no deseable. Con independencia del fondo de verdad que pueda tener este aserto, lo cierto es que la ausencia de este tipo de medidas genera no pocos problemas en el plano práctico y, además, esta interpretacion choca con los propios criterios de localización de los centros psiquiátricos penitenciarios previsto en el artículo 191.2 del Reglamento Penitenciario[1465], precepto que ha sido sistemáticamente incumplido pese a la situación de sobrecarga que experimentan estos centros especiales en nuestro país y su lejanía de los lugares de residencia habitual de estos pacientes.

Desde otra perspectiva, no hay ninguna razón especial para que los casos de libertad provisional no puedan condicionarse con reconocimientos o tratamiento psiquiátrico. Por ejemplo, en el Reino Unido, la *Bail Act* de 1976 lo permite[1466] junto con las medidas alternativas características de designación de domicilio,

---

de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida.

[1463] Appendix to Recommendation, II. The use of remand in custody. 37

[1464] Ver supra, parte V, apartado 2.2 de este trabajo.

[1465] Artículo 191 2. La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes.

[1466] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003, páginas 255 y 256.

fianza y requerimientos de personación periódica. No obstante, para que esta posibilidad sea real es preciso, como señala el Tribunal Constitucional, que haya sido «autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley» y la norma habilitadora de la injerencia reúna «las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho»[1467], lo que no concurre en el caso de nuestra legislación.

Sin embargo, como ya he señalado, estas cuestiones generan problemas prácticos importantes y soluciones judiciales singulares. Esta es el caso, por ejemplo, del Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de agosto de 2005[1468]. En esta resolución se admite la existencia de la medida cautelar de internamiento psiquiátrico como menos gravosa que el ingreso provisional en prisión y señala en su fundamento de derecho quinto:

> Del alta médica recomendada por el Dr. (…) no se colige que haya desaparecido la peligrosidad criminal del apelante, así como en que dicha peligrosidad criminal todavía no se había materializado cuando el apelante se hallaba simplemente sometido a tratamiento ambulatorio hasta el día de los hechos, sobre cuya gravedad huelgan mayores razonamientos. De todo lo hasta aquí razonado, resulta que procede la estimación parcial del recurso, pues si bien debemos revocar la prisión provisional decretada nuevamente en el Auto apelado, no procede dejar en libertad provisional al apelante sin más cautela, ni siquiera con la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio, sino que lo que procede es volver a la situación personal que tenía antes de dictarse el Auto apelado, ésta es, la de libertad provisional pero acordando a la vez su internamiento cautelar en centro psiquiátrico, debiendo el Juzgador acordar su inmediato traslado del centro penitenciario en el que reingresó el mismo día 7 de julio al centro psiquiátrico que resulte más adecuado a la actual situación del apelante.

En el fundamento de derecho sexto señala también:

> Lo que mediante la presente resolución se auerda no es más que una medida cautelar, sin que la decisión de decretar una u otra medida cautelar prejuzgue nada sobre cuál sea la concreta enfermedad que padece el apelante ni sobre su imputabilidad.

Resulta, desde luego, singular un razonamiento de libertad provisional en el que el afectado sigue efectivamente privado de ella mediante un internamiento psiquiátrico y, por otro lado, adopta criterios de imposición directa de tratamien-

---

[1467] TC, Sección 3ª, Auto de fecha 29-11-2004, nº 474/2004, rec. 4905/2004(EDJ 2004/267463). La Sentencia aborda las diferencias con otra resolución precedente, la STC 169/2001, de 16 de julio en relación a la medida de retención del pasaporte que ha sido objeto de regulación en el artículo 530 de la LECrim con la reforma de la L.O. 13/2003.

[1468] Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, Auto de fecha 25-8-2005, nº 111/2005, rec. 98/2005. Pte: Víñez Argüeso, Silvia (EDJ 2005/207532)

to en el marco del proceso penal cuando no hay disposición que permita tales medidas con carácter cautelar.

Resulta, pues, a mi modesto entender, que es necesaria una adecuada regulación que permita resolver los problemas que plantea la ausencia de respuesta en estos casos. Un último apunte a reseñar es que la Recomendación Rec(2006)13 expresa que «el incumplimiento de las medidas alternativas puede dar lugar a una sanción, pero no debe automáticamente justificar la adopción de la medida de prisión provisional», añadiendo que, en tales casos, la sustitución de la medida alternativa por la de prisión provisional precisa de motivación específica[1469], aspecto que, como señala el Memorandum, es común a las reglas de las medidas y sanciones comunitarias[1470].

3.2. Sumisión a tratamiento externo durante el período de observación

Estamos en el supuesto del artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

> Si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.
>
> Los médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título

Se trata de un acto instructorio que no puede confundirse con la posibilidad de un tratamiento involuntario sino que sólo permite el reconocimiento a tales fines y que puede realizarse también, como indica el precepto, en situación de libertad del sometido al proceso.

Se trata de descartar la posible simulación y confirmar, en su caso, el diagnóstico y alcance de la posible patología pero la norma no autoriza la imposición directa de tratamiento.

Uno de los problemas que genera esta medida es el de la indeterminación de su duración. Por ejemplo, en el Reino Unido, la *Mental Health Act* de 1983 establece un período de 28 días (máximo de 12 semanas en total, en el caso de que sea necesario un examen posterior)[1471]; en Italia, el artículo 112.2 del Reglamento Penitenciario señala un máximo de 30 días[1472]. Nuestro artículo 381 no presenta

---

[1469] Appendix to Recommendation, II. The use of remand in custody. 12

[1470] CM(2006)122 Addendum, de 30 de agosto de 2006. Apartado 12

[1471] Artículo 35 MHA.- «Remand to hospital for report on accused's mental condition». (...) (7) An accused person shall not be remanded or further remanded under this section for more than 28 days at a time or for more than 12 weeks in all; and the court may at any time terminate the remand if it appears to the court that it is appropriate to do so».

[1472] Artículo 112, nº 2 del Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della liberta (Decreto del Presidente de la República de 30 de junio de 2000, n. 230, *Gazzetta*

disposición alguna en este sentido, lo que fue objeto de recomendación del Defensor del Pueblo[1473]. *Lege ferenda* sería razonable atender a este particular.

3.3. Sumisión a tratamiento externo en los casos de pérdida de la capacidad procesal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la denominada demencia sobrevenida durante la instrucción del sumario. Así, el artículo 383 de la LECr expresa:

> Concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el tribunal competente hasta que el procesado recupere la salud, disponiéndose respecto de éste lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia.

La misma solución es aplicable a los casos de enfermedad mental que se manifiesta tras el auto de apertura del juicio oral y antes de su celebración, según la Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado[1474], más que por lo dispuesto en el citado artículo, por la aplicación de los preceptos reguladores de los procesos en rebeldía, debiendo equipararse la ausencia física del reo sano con la ausencia moral del imputado enfermo.

La Fiscalía estima que en ambos casos es procedente el archivo subsiguiente a la suspensión del curso de la causa (artículo 841 de la ley de Enjuiciamiento Criminal), que podrá llevar, con el transcurso del tiempo, a la prescripción por paralización, pudiendo instarse el internamiento del enajenado mental por los legitimados siempre que se den los presupuestos y cumpliendo las garantías del art. 211 Cc. (actual artículo 763 LEC).

Lo que no cabe es la adopción de medida de seguridad en el proceso penal, habiéndose manifestado la doctrina —y la propia Fiscalía General del Estado— en contra de la vigencia del último inciso del 383, que contempla la adopción de alguna de las medidas del 8.1 CP, por su dudosa constitucionalidad, al no existir juicio contradictorio previo sobre participación en el hecho delictivo, faltar la conexión entre enfermedad mental y delito cometido y estar en relación el diagnóstico de peligrosidad que pudiera hacerse no con el hecho cometido, sino con la enfermedad misma.[1475]

Ufficiale n. 195 de 22 agosto 2000 - S.O. n. 131): «2. L'autorità giudiziaria che procede o il magistrato di sorveglianza possono, per particolari motivi, disporre che l'accertamento sia svolto presso un ospedale psichiatrico giudiziario, una casa di cura e custodia o in un istituto o sezione per infermi o minorati psichici, ovvero presso un ospedale psichiatrico civile. Il soggetto non può comunque permanere in osservazione per un periodo superiore a trenta giorni».

[1473] Defensor del Pueblo, *op. cit.*, página 681

[1474] Publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1990, página. 447

[1475] Sanchez Yllera, Ignacio. «El cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento de enajenado en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* IX, CGPJ, 1993, página 298; Fernandez Entralgo, Jesús.

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

La STS Sala 2ª de 23 julio 2004 viene a confirmar esta tendencia[1476].

El fundamento último de la suspensión del proceso, que es una excepción a la regla general en la medida en que en la mayoría de los procesos se integra la capacidad procesal de los que carecen de capacidad de obrar mediante la designación de defensores judiciales o representantes legales (artículos 7, 8, 9 y 4 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), estriba en el adecuado ejercicio del derecho de defensa[1477].

Sin embargo, en estos casos, es cuestionable que no existan, *lege ferenda*, motivos para autorizar la imposición de un tratamiento involuntario. Así, en el caso

---

«Imputabilidad y peligrosidad. La posición del enfermo mental en el C.P. y en la LECrim», en *Cuadernos de Derecho Judicial,* XXXI, CGPJ, 1994, Pag. 202. En el derecho comparado, véanse los artículos 70, 71 y 72 del Código de Procedimiento Penal italiano (el artículo 71.2 expresa que en *l'ordinanza di sospensione* el Juez nombra al imputado un curador especial, designando preferentemente al que eventualmente desempeñará el cargo de representante legal)

[1476] STS Sala 2ª de 23 julio 2004, Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 2004/159798). La Ley procesal, en su artículo 383, disponía que: «Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose, además, respecto de éste, lo que el Código Penal prescribe para los que ejecuten el hecho en estado de demencia.»

Una tal solución, que por otra parte deja en realidad sin resolver expresamente la situación de quien ya desde el momento de la comisión del hecho planteaba problemas de capacidad psíquica para ser sometido a juicio, no resulta en la actualidad aplicable en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente Sentencia y, por ende, contraria a lo dispuesto en el articulado de dicho Cuerpo legal, cuando en su artículo 3.1, consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.»

Precepto que, a su vez, se ve completado con el contenido de los artículos 95 y 101 del Código que, expresamente, aluden a que la aplicación de la medida requiere tanto una Sentencia en la que se declaren acreditados los requisitos previstos en la primera de tales normas (art. 95) como el establecimiento, en esa Resolución, de los tiempos máximos de duración de la medida, en relación con los de la privación de libertad de la pena legalmente prevista para el hecho delictivo cometido.

No se olvide tampoco que es, precisamente, el Código de 1995, en el apartado c) de su Disposición Derogatoria, el texto que deroga expresamente la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, que era la única norma que permitía en nuestro sistema la aplicación de medidas de seguridad de carácter predelictual o sin necesidad de pronunciamiento formal previo de la comisión de delito. Con lo que no puede ya caber duda alguna acerca del tratamiento adecuado, por otro lado acorde con los principios de la Constitución de 1978, para la aplicación de la medida como consecuencia jurídica del delito, alternativa a la imposición de la pena.

En este sentido, hay que tener presente que las citas de Resoluciones anteriores a la publicación del Código de 1995, pueden resultar equívocas, pues, si bien ya desde la Constitución el tema era discutible, con la entrada en vigor del Código no puede caber duda alguna acerca de una rotunda afirmación: la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad sin previo pronunciamiento judicial, en Sentencia, de la comisión de un hecho previsto legalmente como delito, la acreditación de su autoría por el acusado y concurrencia en éste de una de las circunstancias de inimputabilidad que conducen a su absolución y correspondiente sometimiento al tratamiento, así como la necesidad de la medida desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad del sujeto. E, incluso, para el específico supuesto de la medida de internamiento, la necesidad concreta de la privación de la libertad para el progreso de la finalidad terapéutica y el que el delito que describe el hecho cometido esté legalmente sancionado con pena privativa de libertad.

[1477] Así lo expresa la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993, Rec. 323/1991. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 1993/3274). También resulta de interés la Sentencia de 14 de junio de 2006 de la Sala 2ª, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón EDJ 2006/98746

Sell v. United States[1478], el Tribunal Supremo de los Estados Unidos manifestó que, conforme a la jurisprudencia sentada en los casos *Washington v. Harper*[1479] y *Riggins v. Nevada*[1480], la Constitución norteamericana permite que el Gobierno administre antipsicóticos de forma involuntaria a una persona con enfermedad mental que se defiende de una imputación penal con el fin de conseguir que la persona adquiera capacidad procesal. Los requisitos necesarios los enumera sentencia como se indica a continuación:

1) El tribunal debe encontrar un importante interés gubernamental en juego. El interés del Gobierno en procesar a un individuo acusado de una infracción penal grave es importante, tanto si la ofensa es contra las personas o contra la propiedad. Los Tribunales deben considerar los hechos del caso concreto. Circunstancias especiales pueden disminuir la importancia del interés alegado. La posibilidad potencial de un internamiento futuro afecta, pero no elimina totalmente, la necesidad del procesamiento.
2) El tribunal debe concluir que la medicación involuntaria coadyuvará de forma significativa al interés del Estado. Debe concretarse que la administración de la medicación es sustancialmente idónea para conseguir que el procesado adquiera la capacidad suficiente para comparecer en juicio.
3) El tribunal debe concluir que la medicación involuntaria es necesaria para coadyuvar a dicho interés. El tribunal debe estimar que cualquier otra alternativa menos intrusiva es imposible para conseguir sustancialmente el mismo resultado.
4) El tribunal debe concluir que la administración de la medicación es médicamente apropiada, esto es, en el interés del paciente a la luz de su situación clínica. La medicación concreta puede tener importancia. Las diferentes clases de antipsicóticos pueden producir efectos secundarios distintos y gozar de diferentes niveles de éxito[1481].

[1478] *Charles Thomas Sell, petitioner v. United States on writ of certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit,* nº 02-5664 de 16 de junio de 2003, Ponente: Breyer, J. (FINDLAW)

[1479] 494 U.S. 210 (FINDLAW)

[1480] 504 U.S. 127 (FINDLAW)

[1481] Sobre esta sentencia y sus precedentes, los problemas que plantea, en particular la determinación de cuando una infracción penal es lo suficientemente grave para exigir la aplicación de esta doctrina (el caso Sell versaba principalmente sobre fraude al seguro médico por un dentista) y sobre la doctrina de los Tribunales Federales norteamericanos *(U.S. vs. Brandon,* 158 F.3d 947 [6th Cir. 1998]; *U.S. v. Weston,* 255 F.3d 873 [D.C. Cir. 2001]; *U.S. v. Gomes* 289 F.3d 560 [8th Cir. 2002]), Gerbasi, Joan B./Scott, Charles L. «Sell v. U.S.: Involuntary Medication to Restore Trial Competency-A Workable Standard» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law,* 32:83-90 (2004). Newman y Guyer dan cuenta de un nuevo caso, *U.S. v. Evans,* 404 F.3d 227 (4th Cir. 2005). Newman, Stewart S./Guyer, Melvin. «Involuntary Medication Administration Standards for Restoring Competency to Stand Trial» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 34:1:122-124 (2006)

3.4. Sumisión a tratamiento externo en los casos de pérdida de la capacidad para comprender el sentido de la pena

La demencia sobrevenida del penado se recoge en nuestro ordenamiento desde los inicios de nuestra codificación penal. Iniciada en el CP de 1822, el de 1928 refirió la suspensión de la ejecución exclusivamente a las penas de muerte y privativas de libertad, siendo el único en admitir el cómputo del tiempo de duración de dicha suspensión a efectos de cumplimiento de la pena impuesta. El CP de 1932 estableció la regulación vigente hasta el nuevo CP. Históricamente se justificaba la suspensión en la naturaleza aflictiva de la sanción, que obligaba a su inejecución cuando el sujeto no pudiese experimentar el sufrimiento a causa del castigo.

El supuesto está regulado en el actual artículo 60 del Código Penal, que tiene su antecedente directo en el artículo 82 del Código Penal de 1973. El anterior artículo 82 remitía al antiguo artículo 8 nº 1 para establecer la consecuencia única que era el internamiento en establecimiento adecuado, regulando que en cualquier tiempo que el delincuente recobrara el juicio, cumpliría la sentencia, salvo que la pena hubiera prescrito.

El art. 60 del Código del Código Penal de 1995, en su redacción originaria, disponía:

> Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto, garantizando el juez o tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el juez o tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en la medida que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La Consulta 5/1999 de 16 de diciembre[1482] realizó una interpretación del precepto en el sentido de que el mismo no autorizaba la imposición de una medida de seguridad de internamiento, estableciendo que, una vez acordada la suspensión, procedía el cese de toda intervención penal y, en su caso, la aplicación de las medidas civiles correspondientes.

Este fue el sistema que ha regido hasta la entrada en vigor, el 1 de octubre de 2004, de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004. El nuevo precepto dice así:

> 1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución

[1482] Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2000, páginas 549 a 558.

> de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, *para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida.* Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución *imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias*.
>
> El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.
>
> 2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

La Circular 2/2004, de 22 diciembre 2004 de la Fiscalía General del Estado[1483], expresa que el artículo reformado supone una nueva potenciación de las funciones del Juez de Vigilancia, en detrimento de las funciones del Juez o Tribunal sentenciador, atribuyéndole a aquél la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos y la imposición de las medidas pertinentes.

Con el nuevo texto se atribuye al Juez de Vigilancia la posibilidad de decretar medidas de seguridad, diferenciando según que la pena impuesta sea privativa de libertad, en cuyo caso «podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad», o sea de distinta naturaleza, pudiendo entonces imponer «las medidas de seguridad que estime necesarias». GOMEZ-ESCOLAR, acertadamente, critica que nada dice la ley sobre el procedimiento a seguir, debiendo adoptarse cuanto menos los principios generales de contradicción, defensa y audiencia[1484].

En todo caso, la medida de seguridad de internamiento habrá de imponerse sobre la base de un juicio pronóstico de peligrosidad. Los Fiscales deben oponerse, según la Circular, a una interpretación de la habilitación legal como presunción *ex lege* de peligrosidad del afectado por la enfermedad sobrevenida.

La medida de seguridad privativa de libertad que puede imponerse no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Con la utilización de este inciso, el art. 60 CP claramente asume el sistema vicarial aplicable en general a las medidas de seguridad. En cuanto a la competencia para acordar el cumplimiento, la extinción o la reducción de la condena una vez recuperada la salud mental, debe entenderse que vuelve al Juez o Tribunal sentenciador, al tratarse de una materia integrada en el núcleo de sus atribuciones. Por lo demás, la propia literalidad del art. 60.2, no modificado, abona esta interpretación.

[1483] EDL 2004/184606 (apartado XI.2)

[1484] Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. «Algunas cuestiones sobre la ejecución de las medidas de seguridad» en Seminario de Vigilancia Penitenciaria. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Aranjuez, 27-28 de marzo de 2006.

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

Dentro de las penas privativas de libertad que pueden suspenderse deben englobarse tanto la pena de prisión, como la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago y la localización permanente.

Como novedad se permite también acordar la suspensión de penas no privativas de libertad. El presupuesto para la suspensión en este caso se prevé redundantemente, pues es el mismo que para las privativas de libertad: que la enfermedad no permita al penado conocer el sentido de la pena.

A mi juicio, se ha pretendido resolver un problema práctico importante con una solución inadecuada y que rompe la estructura originaria del Código. Hay que diferenciar al enfermo mental que al tiempo de cometer la infracción penal no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión de aquellos cuya enfermedad mental se encuentra desligada del hecho, bien sea durante el procedimiento o después de pronunciada la sentencia firme. Para el primer caso se ha realizado la articulación de las medidas de seguridad, para el segundo, no puede estructurarse la aplicación de una medida con los mismos requisitos. Aquí es preciso cumplir dos condiciones: 1) la ausencia de capacidad para comprender el sentido de la pena; 2) un pronóstico de peligrosidad idéntico al previsto en el artículo 95, es decir, pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

El problema material es evidente: una respuesta sanitaria en el ámbito civil no siempre se va a encontrar y no se va a actuar con los mismos criterios de obligación de cumplir que en el caso de la medida de seguridad penal[1485].

Desde mi perspectiva, el Juez de Vigilancia, cumplidos los requisitos establecidos, puede imponer medidas de seguridad no privativas de libertad tanto en el caso de que la pena originaria fuera privativa de libertad (aunque no lo dice el Código, es obvio, en aplicación del principio de la alternativa menos restrictiva) como en el caso de las restantes penas. Siguen existiendo problemas en la determinación del plazo concreto de duración de la medida, ya referidos con anterioridad.

4. SUMISIÓN A TRATAMIENTO EXTERNO POR SALUD MENTAL MOTIVADO POR LA APLICACIÓN DE LOS DENOMINADOS SUSTITUTIVOS DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

4.1. En la suspensión de la ejecución

Como señala GRACIA MARTÍN, aunque la penas privativas de libertad superiores a seis meses de duración son necesarias desde el punto de vista de la reafirma-

[1485] Jiménez Soria, Jesús. «El enfermo mental y el cumplimiento de condena: problemas que suscita su nueva regulación», en *el Fiscal y la protección de las personas discapacitadas,* seminario organizado por la Fiscalía General del Estado en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005 (pendiente de publicación)

ción del ordenamiento jurídico y de la prevención general, resulta «razonable y conveniente establecer la posibilidad de dejar de aplicarlas en determinados casos en que su ejecución pueda resultar tan contraproducente como la de una pena inferior o en que aparezca más adecuado desde el punto de vista de la prevención especial y sin menoscabo relevante de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de la prevención general» [1486].

La aparición de la suspensión de la ejecución se produjo en España con la Ley de Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 que tomó como referencia la Ley belga de 31 de marzo de 1888 (Ley Lejenne) y la posterior Ley francesa de 26 de marzo de 1891 (Ley Berengüel) que dieron lugar a que esta fórmula se expandiera a finales del siglo XIX y principios del XX en los países de la Europa Occidental e Hispanoamérica [1487]. Tal tendencia de la política criminal no ha sido abandonada y ni siquiera debilitada a lo largo de este siglo, sino más bien intensificada [1488]. Podemos distinguir tres modelos [1489]:

- El sistema continental fundado en la *sursis* francobelga. Presupone una declaración de culpabilidad y la imposición de una pena cuya ejecución efectiva se suspende, fijando un plazo de prueba. Si no se delinque durante dicho período, la condena se tiene por definitivamente remitida.
- El sistema anglosajón de la *probation.* En este caso, el Juez, comprobada la responsabilidad penal, no se pronuncia en una sentencia, sino que le somete a una serie de condiciones o reglas de vida que ha de cumplir bajo el control y vigilancia de un funcionario especializado (*probation officer*). Si la persona afectada no delinque durante el período de prueba, el juez no dicta condena ni se computan los antecedentes por el hecho delictivo.
- El modelo mixto. Esta es la forma predominante en el Derecho continental europeo que constituye una tercera versión y que se traduce en instituciones como la *sursis avec mise à l'épreuve* francesa. En esencia, coincide prácticamente con la *sursis* simple pero otorga la posibilidad a los jueces de someter al condenado, además del período sin delinquir, a otro tipo de deberes o controles con la ayuda de personal especializado. En cualquier caso, existe un pronunciamiento de condena que se registra a efectos de antecedentes penales.

[1486] *Op. cit.*, página 233. En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, manifestando que el beneficio «vendría inspirado por la necesidad de evitar en ciertos casos el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo la ejecución de una pena de tan breve duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de resocialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo». (STC Sala 1ª de 14 diciembre 1992, Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando, EDJ 1992/12333)

[1487] Navarro Villanueva, Carmen. *Suspensión y modificación de la condena penal.* Ed. Bosch, Barcelona, 2002, páginas 27 y 28.

[1488] TC Sala 1ª, S 28-6-1993, nº 209/1993, rec. 262/1990, BOE 183/1993, de 2 agosto 1993. Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDJ 1993/6336)

[1489] Navarro Villanueva, Carmen, *op. cit,* páginas 32 y ss.; Sanz Mulas, Nieves, *op. cit.*, página 267 y ss.

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

En nuestro país, en el Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal (titulado «de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas de libertad y de la libertad condicional»), su sección primera contiene la regulación «de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad». El articulado ha sufrido modificaciones tras la L.O. 15/2003.

Las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena son las especificadas en el artículo 81:

- Que el delincuente haya delinquido por primera vez (haciendo abstracción de anteriores condenas por delitos imprudentes o de los antecedentes penales cancelados o cancelables).
- Que la pena o penas impuestas o su suma no sean superior a dos años (no se incluye la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa). Lo anterior también tiene lugar en los casos de reducción de la pena inicialmente impuesta por aplicación de un indulto parcial[1490].
- La satisfacción de las responsabilidades civiles originadas, salvo declaración judicial de imposibilidad total o parcial de satisfacerlas.

La concesión del beneficio no es automática[1491] y exige una resolución motivada en la que se atiende, fundamentalmente, a la peligrosidad criminal del sujeto y a la existencia de otros procedimientos penales contra éste[1492]. Recuerda la Circular

---

[1490] Entre otras, STS Sala 2ª de 30 octubre 1992, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 1992/10652), y, STS Sala 2ª de 21 julio 1992, Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 1992/8214). Sería cuestión de estudio más detenido el valorar si puede establecerse directamente, como condición del indulto (artículos 16 y 17 de la Ley de 18 de junio de 1870) la obligación de someterse a un tratamiento involuntario por razón de salud mental. Tratándose, en cualquier caso de una situación excepcional, en el ejercicio del derecho de gracia, no va a ser objeto aquí de exposición más detallada.

[1491] «Los jueces o tribunales podrán», señala el artículo 80.

[1492] Señala a este respecto la STC Sala 1ª de 15 noviembre 2004, Pte: Casas Baamonde, María Emilia (EDJ 2004/174008) que «una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquélla que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, y dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE, hemos exigido la ponderación judicial de "las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad" (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4). La exigencia de dicha ponderación judicial aparece ahora prevista legalmente de forma sintética en el art. 80 CP al establecer que "los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto". Además, con carácter general el art. 81 CP establece como requisitos indispensables para dejar en suspenso la pena que el condenado haya delinquido por primera, que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles». Reseñamos también este apartado de la STC Sala 1ª de 16 junio 2003, Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDJ 2003/30605): «Debemos subrayar, ante todo,

1/2005 de la FGE que no es un catálogo cerrado y de los problemas que genera la ausencia de un registro general de causas penales para poder conocer qué procedimientos penales se dirigen contra la persona, siendo obligación de los Fiscales aportar al procedimiento los datos de tales causas.

Existen modalidades especiales de suspensión que no se ajustan a los requisitos anteriormente mencionados[1493]. Los efectos de la modalidad ordinaria de suspensión de la ejecución son los que siguen:

- El condicionamiento de no delinquir durante el plazo que se fije por el juez o tribunal[1494] .
- El posible condicionamiento del beneficio al cumplimiento de una serie de obligaciones y deberes que se especifican en el artículo 83.

El incumplimiento de la primera supone la revocación del beneficio. Sin embargo, el incumplimiento de las segundas no supone necesariamente la revocación[1495]. El Juez o Tribunal puede optar en este segundo caso por la sustitución de la regla de conducta por otra distinta o por la prórroga del plazo de suspensión (sin que pueda exceder de cinco años).

El cumplimiento da lugar a la remisión de la pena[1496]. Debe observarse que la L.O. 15/2003 ha suprimido las menciones en los artículos 82 y 85 a la Sección

---

que tal como se afirmó en las Sentencias 8/2001, de 5 de enero, FJ 2, y 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, "la suspensión de la ejecución de la pena, al igual que la libertad condicional o los permisos de salida de centros penitenciarios, son instituciones que se enmarcan en el ámbito de la ejecución de la pena y que, por tanto, tienen como presupuesto la existencia de una Sentencia firme condenatoria que constituye el título legítimo de la restricción de la libertad del condenado. De manera que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión de la ejecución de la condena, si bien no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo". En definitiva una resolución que conceda o deniegue un beneficio como el que nos ocupa en este recurso debe exteriorizar la ponderación de los bienes y derechos en conflicto. Una resolución fundada en Derecho requiere que el fundamento de la decisión no sólo constituya la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino que contenga la exteriorización de la ponderación, de conformidad con los fines de la institución, de los bienes y derechos en conflicto (STC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 2, 3), lo que a su vez requiere recordar que la afección del valor libertad exige "motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de este valor superior" (SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; 88/1998, de 21 de abril, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 7)».

[1493] Son los casos de los penados aquejados de enfermedades muy graves con padecimientos incurables (artículo 80.4), la de los drogodependientes (artículo 87) y la exclusión del beneficio en los casos de pena privativa de libertad impuesta a reos militares (artículo 44 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar). La Exposición de Motivos del CPM expresa, en este sentido, que «se mantiene para los militares condenados la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena, todo ello por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina».

[1494] Los límites temporales abarcan de 2 a 5 años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años y de tres meses a un año para las penas leves. El artículo 80.2 establece, como criterios para su determinación concreta, «las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena».

[1495] Salvo en los casos de que la pena suspendida fuera por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 del Código en los casos de infracción de la orden de alejamiento

[1496] Recuerda la Circular 1/2005 de la FGE que si, tras declarar la remisión, se comprobara que no se habían cumplido las condiciones, debe declararse la revocación de la declaración de extinción de la responsabilidad

especial y separada del Registro Central de Penados y Rebeldes y la previsión de que los antecedentes penales inscritos en las mismas no tendrían acceso al Registro General y que, una alcanzada la remisión definitiva, no se tendrían en cuenta a ningún efecto[1497].

En lo que a nosotros nos interesa, la posibilidad de un tratamiento involuntario por salud mental en el ámbito de la suspensión de la ejecución sería posible si las reglas de conducta del artículo 83 lo contemplaran. En principio, mantengo mi posición favorable a dicha interpretación por los siguientes motivos:

1) Aunque el artículo 83.1 no la recoge expresamente, la regla 6ª permite al juez o tribunal establecer los deberes que «estime convenientes para la rehabilitación social del penado» siempre y cuando mantengan los requisitos de conformidad del penado y que no sean atentatorios contra su dignidad como persona. No hay, por tanto, un *numerus clausus*.
2) Si se observa la redacción del artículo 83 nº 1, es apreciable su evidente paralelismo con las medidas no privativas de libertad establecidas en el artículo 105, apartado 1, del C.P. Así, la regla 1ª es equivalente a la medida d), la regla 2ª es equivalente a la medida g), la regla 3ª es similar a las medidas b) y c), la regla 5ª es equivalente a la medida f). Incluso el artículo 83 va más allá del artículo 105 al establecer la regla de comparecencia personal ante el Juzgado o Tribunal o Servicio de la Administración que se señale para informar de las actividades y justificarlas[1498]. Esta última intervención no vinculada a las restantes medidas una intervención que más que asistencial puede calificarse de forma de control que puede ser innecesaria y excesiva[1499]. Es de señalar que el citado servicio podría ser perfectamente un servicio de público de Salud Mental. Reseñar, por último, que en las distintas formas jurídicas, la «peligrosidad criminal» es el criterio director (artículos 80.1 para la suspensión y 6.1 y 95.1, para las medidas de seguridad).
3) El artículo 87, destinado al régimen especial de la suspensión de la ejecución en el caso de drogodependientes recoge expresamente como condición que el sujeto se encuentre deshabituado *o sometido a tratamiento para tal fin,* con lo que la posibilidad de someter a un tratamiento involuntario ya ha sido considerada por la ley para estos casos.

---

criminal, de la remisión y de la propia suspensión, procediendo a la ejecución de la pena impuesta.

[1497] La Circular 1/2005 señala que, paradójicamente, con el régimen anterior, colocaba en peor situación a quien pagaba la multa frente a quien no la afrontaba.

[1498] A juicio de Navarro Villanueva, esta última regla no puede ser impuesta de forma aislada, puesto que ello podría constituir una intromisión gravísima del órgano controlador en la esfera privada de la persona vulnerando consecuentemente los derechos fundamentales de la misma, máxime cuando esa medida puede ser impuesta por un órgano distinto al propio Juez. (*Op. cit.,* página 71)

[1499] Sanz Mulas (*op. cit.,* página 289) pone de relieve que «es tónica también general en el Derecho comparado el que en la *praxis,* finalmente, se haga prevalecer la función de control sobre la de asistencia. Consecuencia: la conducción hacia una expansión de la red de control —*o net-widening*—. La población controlada aumenta porque la práctica revela como el servicio social asume alternativamente funciones de control y de asistencia, prevaleciendo sobre todo la primera.

4) Que, en el otro mecanismo sustitutivo que veremos, la libertad condicional, dicha posibilidad está contemplada expresamente.
5) Que, en el Derecho comparado, la posibilidad de aplicar un tratamiento involuntario con instituciones similares es práctica habitual. Así, podemos citar el artículo 132-43 del Código Penal Francés establece que, durante el período de prueba de la *sursis avec mise à l'épreuve,* el condenado deberá cumplir las medidas de control previstas en el artículo 132-44 y las obligaciones especiales previstas en el artículo 132-45 que le sean especialmente impuestas. Este último artículo establece expresamente que «el órgano jurisdiccional sentenciador o el *Juge d'application des peines* podrán imponer con carácter especial al condenado el cumplimiento de una o varias de las obligaciones siguientes: (…) 3º Someterse a medidas de examen médico, de tratamiento o de cuidados, incluso en régimen de hospitalización». Esta última disposición es perfectamente aplicable al caso de las personas con enfermedad mental[1500]. En el mismo sentido podemos citar el artículo 56, letra C, apartado 3 del Código Penal Alemán (para la denominada *Strafaussetzung*)[1501].

Con respecto a la medida de seguridad, es de reseñar que, con independencia de los requisitos, la aplicación como regla de conducta en la suspensión permite un abanico más amplio de infracciones, en la medida en que se extiende a las faltas y permite también abarcar a las infracciones en que se ha acreditado la atenuación simple (que ya vimos que no entraba dentro del marco de la medida de seguridad al limitarse a eximentes completas o incompletas).

El problema en el marco de las faltas es el de si la regla de conducta (que puede abarcar hasta un período que se extiende desde 3 meses a un año) no es realmente más gravosa que las penas leves de localización permanente (de hasta un máximo de 12 días de permanencia en el domicilio o lugar determinado por el juez en la sentencia, con posibilidad de cumplimiento durante el fin de semana, conforme al artículo 37) o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (multa que abarca de 10 días a 2 meses, lo que, conforme al principio de conversión del artículo 53, obliga a reducir a la mitad el tiempo posible de privación de libertad que puede, además, cumplirse mediante localización permanente).

La diferencia fundamental estriba en que, mientras la medida de seguridad es de imposición obligatoria, la regla de conducta exige el consentimiento del penado (regla 6ª), siendo, además, un beneficio renunciable puesto que, aunque el Código no lo dice expresamente, es perfectamente posible[1502].

[1500] Tribolet, Serge y Desous, George Martin. *Droit et Psychiatrie. Guide pratique.* Editions Heures de France, Thoiry, 1995, página 234. Téngase en cuenta también los artículos 739 a 747 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal francesa

[1501] StGB § 56c Weisungen (3) Die Weisung, 1. sich einer Heilbehandlung, die mit einem körperlichen Eingriff verbunden ist, oder einer Entziehungskur zu unterziehen oder 2. in einem geeigneten Heim oder einer geeigneten Anstalt Aufenthalt zu nehmen, darf nur mit Einwilligung des Verurteilten erteilt werden.

[1502] En este sentido, señala Navarro Villanueva, *op. cit.*, páginas 94 a 96: «En nuestra opinión, si la institución analizada es un beneficio, cabe perfectamente la posibilidad de renunciar al mismo. Además, el condenado es

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

Por último, reseñar que el artículo 83.2 establece que los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas. La redacción no ha variado desde 1995. A diferencia del artículo 105, el Juez de Vigilancia Penitenciaria carece de toda intervención en estos casos. Como ya señaló CEREZO:

> En el nuevo Código Penal se ha optado por la inclusión en la vieja condena condicional de elementos de la *probation* anglosajona, llegándose así a una figura híbrida, como en otros muchos países del continente europeo (...) No se prevé, sin embargo, como en el Proyecto de 1980, la posibilidad de que se le preste ayuda al delincuente, durante el período de prueba, por los organismos asistenciales de instituciones penitenciarias (art. 92). Falta, pues, un elemento esencial del tratamiento en libertad[1503].

Este elemento forma parte de los sistemas francés[1504] y alemán[1505] reseñados. Para paliar esto se ha publicado el R.D. 515/2005, de 6 de mayo al que nos referimos en epígrafe posterior.

4.2. En la sustitución de las penas privativas de libertad

En el mismo capítulo que la suspensión de la ejecución, en su sección segunda, se encuentran los artículos 88 y 89 dedicados a la sustitución de las penas privativas de libertad. Como en el apartado anterior, por exceder del propósito del presente trabajo, no haremos referencia a las modificaciones introducidas por la ley 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la

---

el principal interesado para determinar lo que más le interesa, como sostenían los autores citados en líneas precedentes (Maqueda Abreu y Del Toro Marzal). Por otra parte, no hay que olvidar la amplitud con que se regulan las reglas de conducta que pueden suponer para el penado un gravamen mayor que el cumplimiento de la pena. De este modo, sería posible que el condenado prefiriera cumplir la pena impuesta que observar las reglas de conducta que se le pueden imponer para mantener el beneficio y cuya inobservancia reiterada pueden llevarlo igualmente a prisión. Incluso, desde el punto de vista de la reeducación y la reinserción, podría suceder que el penado quisiera renunciar al beneficio porque el camino escogido por el órgano judicial para la consecución de aquellos fines no es el más adecuado en su opinión». Como opinión contraria, la autora cita la opinión de la fiscalía del Tribunal Supremo (Memoria de 1923) y la de Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco

[1503] Cerezo Mir, José. «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995» en Revista Jurídica Española LA LEY, 1996, volumen 3, D-217, páginas 1470 a 1478.

[1504] Dispone el Código Penal Francés, en su artículo 132-46: Las medidas de ayuda tendrán por objeto secundar los esfuerzos del condenado de cara a su reinserción social. Estas medidas, que adoptarán la forma de asistencia de carácter social y, si ha lugar, de ayuda material, serán aplicadas por el servicio de seguimiento de la puesta a prueba *(service de probation)* con la participación, en su caso, de organismos públicos y privados.

[1505] El artículo 56d) del Código Penal Alemán *(StGB § 56d Bewährungshilfe)* establece que el Juzgado someterá al afectado a la supervisión del equivalente a un *probation officer (Bewährungshelfer).* Este le asistirá y tutelará en el cumplimiento de las condiciones e instrucciones recibidas y remitirá informes periódicamente al Juzgado sobre el modo de conducirse del afectado y sobre si ha realizado violaciones a estas condiciones o instrucciones. El funcionario es designado por el Juzgado y recibe instrucciones concernientes a las funciones anteriormente reseñadas.

Violencia de Género[1506] ni tampoco haremos referencia al artículo 89 que regula la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a los extranjeros por su expulsión del territorio español.

El artículo 88, en su redacción por la L.O. 15/2003, faculta a los jueces o tribunales a sustituir las penas de prisión que no excedan de un año o, excepcionalmente, de dos por la pena de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad aunque la ley no las prevea para el delito de que se trate (lo que diferencia las penas sustitutivas de las alternativas). La norma somete la concesión de este beneficio, que puede otorgarse en la misma sentencia o en auto posterior motivado anterior al inicio de la ejecución, a una serie de condiciones que, a continuación, detallamos:

- Que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen y, además, en el caso excepcional de sustitución de penas de hasta dos años de prisión, que las circunstancias del hecho y del culpable permitan inferir que el cumplimiento de tales penas frustraría los fines de prevención y reinserción social de la pena privativa de libertad.
- Que no se trate de reos habituales, en el sentido del artículo 94 C.P.
- La audiencia de las partes

La norma establece el siguiente módulo de conversión: cada día de prisión se sustituye por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo[1507]. El incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva determina la ejecución de la pena de prisión impuesta inicialmente con el descuento de la parte del tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas.

Las diferencias con la suspensión de la ejecución son evidentes, la suspensión paraliza la aplicabilidad de la sanción, la sustitución subroga, dando lugar a una nueva consecuencia jurídica estable y exclusiva del delito[1508]. La opción por uno u otro sustitutivo vendrá determinada, en los casos en que ello sea posible, por las circunstancias del caso concreto[1509].

[1506] BOE núm 313 de 29 de diciembre de 2004, páginas 42166 y ss. El artículo 35 de la Ley prevé la modificación del párrafo tercero del apartado 1º del artículo 88 del C.P. la modificación radica en que sustituye la mención al artículo 173.2 C.P: por la de «delito relacionado con la violencia de género», dejando prácticamente intacta la versión introducida por la reforma de la L.O. 15/2003.

[1507] Recuerda la Circular 1/2005 de la FGE que el artículo 40.4 del C.P. señala el máximo de un año para la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad, por lo que, de conformidad con la Circular 2/2004, en los casos de sustitución de penas privativas de libertad de hasta dos años, se sustituirá la parte restante por multa para evitar que tenga un efecto desocializador.

[1508] Sanz Mulas, *op. cit.*, página 272. La autora, en la página 327, cita la sustitución por multa como una posibilidad que se recoge en numerosos códigos de América latina (así, el de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá)

[1509] Serrano Pascual estima que, en igualdad de condiciones, el Juez o Tribunal debe decidirse por la suspensión de la ejecución de la pena y no por su sustitución con una doble argumentación: 1) desde una perspectiva lógico-sistemática, el campo de aplicación de la sustitución es más amplio, puesto que es una

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

En lo que a nosotros concierne, el primer párrafo del número 1 del artículo 88 establece la posibilidad de «imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida».

No se establecen consecuencias expresas para el incumplimiento de los deberes o reglas de conducta. A juicio de GRACIA MARTÍN, sin embargo, dicho incumplimiento cabe en el concepto de incumplimiento parcial de la pena sustitutiva, lo que «dará lugar a la revocación de la misma con el correspondiente regreso a la pena primaria» [1510]. De otro parecer es SERRANO PASCUAL que estima que nos encontramos ante una «laguna imposible de llenar» dado que el incumplimiento de las obligaciones no es incumplimiento de la pena ni siquiera en parte porque no son penas y, por tanto, no pueden dar lugar a la revocación. Por otro lado, estima que ello da lugar a una desnaturalización de la institución como alternativa a la prisión abogando que, lo máximo que se podría admitir, es que la obligación impuesta e incumplida se sustituya por otra [1511].

La Circular 1/2005 de la FGE señala que el artículo 88 no establece ninguna consecuencia jurídica para la infracción de las reglas de comportamiento del artículo 83.1 cuando éstas hayan sido impuestas en virtud de lo previsto en él. El régimen previsto en el apartado 2 del artículo para el incumplimiento total o parcial de la pena sustitutiva no resulta aplicable, en primer lugar, porque el propio precepto declara expresamente la incompatibilidad de tales reglas con las mismas obligaciones o deberes que hayan sido impuestas como penas en la sentencia, lo que implica una naturaleza diferente, y, en segundo término, porque las normas para el abono de la pena sustitutiva parcialmente cumplida a la de prisión inicialmente impuesta no resultan utilizables cuando se trata de las obligaciones o deberes mencionados, en los que no existe la regla de conversión del apartado siguiente. Concluye la Circular señalando que «a pesar de ser una consecuencia profundamente insatisfactoria, no parece posible que los Sres. Fiscales asuman ninguna iniciativa cuando se constate el incumplimiento en este ámbito de las reglas de conducta impuestas».

En mi opinión, por la remisión al artículo 83, estimo que la imposición de las obligaciones o deberes son una condición de la sustitución (que es el otorgamiento de un beneficio) cuyo incumplimiento parcial debería dar lugar a su revocación pero que esta no sería automática (lo que, en el caso del tratamiento por drogas o por salud mental, sería absurdo dado el carácter crónico de la enfermedad y

---

consecuencia más grave y más restrictiva que la suspensión, de forma que el legislador ha hecho una especie de graduación de las alternativas; 2) si el fundamento de las alternativas es evitar la privación de libertad, la suspensión evita este resultado mejor dado que exige la comisión de un nuevo delito, mientras que la suspensión sólo exige el incumplimiento de la pena sustitutiva. SERRANO PASCUAL, Mariano. *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español.* Ed. Trivium. Madrid, 1999, páginas 382 y 383.

[1510] *Op. cit.*, página 272.

[1511] SERRANO PASCUAL, Mariano. *Op. cit.*, páginas 379 y 380.

la posibilidad de recidivas) sino posible en función de las circunstancias del caso concreto. *Lege ferenda*, debe modificarse el artículo en este sentido. A mi juicio, como en el caso anterior, la observancia de estas reglas sólo es posible mediante el consentimiento obtenido previamente del penado siguiendo el modelo de seguimiento del tratamiento a cambio de obtener consecuencias menos gravosas en el ámbito penal.

4.3. En la libertad condicional

En el mismo capítulo que la suspensión de la ejecución, en su sección tercera, se encuentran los artículos 90 a 93 dedicados a la libertad condicional. Claramente se diferencia de sus compañeras de capítulo (la suspensión de la ejecución y la sustitución de las penas privativas de libertad) por el hecho de que la pena que se fijó e impuso se está ejecutando en el momento de valoración de su concesión y en el hecho de que es aplicable a todas las penas privativas de libertad, con independencia de su duración. Junto con la regulación en el Código Penal, se encuentran preceptos que aluden a ella en la Ley Orgánica General Penitenciaria (con una breve referencia en su artículo 72.1) y en el Reglamento Penitenciario (en el Título VIII, artículos 192 y ss).

La redacción de los artículos del Código Penal ha sufrido una importante modificación tras la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio. Particularmente se regula un régimen especial para los casos de terrorismo y criminalidad organizada cuyo análisis excede del propósito de este apartado.

El artículo 90 del Código Penal establece los requisitos para su establecimiento:

1) Que el sentenciado se encuentre en tercer grado de tratamiento penitenciario. Conforme al sistema de individualización científica que rige nuestro sistema de ejecución de las penas privativas de libertad (artículo 72 LOGP), el primer grado se corresponde con el régimen cerrado, el segundo grado es el régimen ordinario y el tercer grado se corresponde con el régimen abierto. La progresión al tercer grado requiere que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito con las modulaciones y matizaciones que introduce el artículo 72.5 de la LOGP.
2) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena. El artículo 193 del Reglamento Penitenciario señala que para su cómputo se tendrán en cuenta las siguientes normas: a) el tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará del total de la pena impuesta, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración; b) en el caso de que el penado sufra dos o más condenas, su suma será considerada como una sola (en el caso de indulto se sumará igualmente el tiempo

indultado en cada una para rebajarlo de la suma total)[1512]. Este requisito también puede ser objeto de matizaciones: a) la primera por aplicación del beneficio de adelantamiento que permite que se establezca la libertad condicional en los casos de extinción de las dos terceras partes de la condena (artículo 91.1. C.P. y 205 del Reglamento Penitenciario); b) la segunda, introducida por la L.O. 7/2003, que faculta el adelantamiento extraordinario del plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo, siempre que se cumplan los requisitos generales expresados con carácter general para el adelantamiento y se acredite la participación efectiva y favorable en programas de reparación de las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso (artículo 91.2 C.P., para ello es requisito necesario tener extinguida la mitad de la condena); c) Los casos de sentenciados que han cumplido la edad de 70 años y de enfermos muy graves con padecimientos incurables, para los que no cuenta el requisito temporal, siempre y cuando se cumplan los restantes requisitos del artículo 90 (artículo 92 C.P. y 196 del Reglamento Penitenciario)

3) Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la LOGP[1513].

El período de tiempo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinque o no observa las reglas de conducta de las que seguidamente hablaremos, el Juez de Vigilancia debe revocar la libertad condicional, reingresando en prisión el penado en el período o grado penitenciario, sin perjuicio del cómputo de tiempo pasado en libertad condicional (artículo 93.1 C.P.)

En lo que a nosotros nos interesa, el artículo 90.2 del C.P. establece que el Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional, puede imponer motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código. El artículo 83 remite a las reglas de conducta de la suspensión de la ejecución (examinadas en el apartado anterior) y el artículo 96.3 a las medidas de seguridad no privativas de libertad. Originariamente el artículo remitía directamente al artículo 105 del C.P.

En lo que a nosotros concierne, dado que el análisis de cada una de las reglas y medidas precitadas para el caso concreto resultaría harto y prolijo, el artículo

[1512] Ténganse en cuenta las limitaciones que el artículo 78 del C.P. (referencia a la totalidad de las penas impuestas con las matizaciones que dicho precepto recoge) ha establecido para los beneficios penitenciarios, permisos de salida, clasificación en tercer grado y cómputo del tiempo para la libertad condicional, en los casos en que por el límite de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad prevista en el artículo 76 la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

[1513] En el citado artículo se expresa que en el informe «se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad».

96.3, regla 11ª, contempla «la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario». Con esto queda expreso que es posible la imposición de un tratamiento involuntario a los penados en situación de libertad condicional.

No es un secreto que las investigaciones revelan que los enfermos mentales varones que precisan intervención psiquiátrica durante su período de prisión son menos susceptibles de obtener la libertad condicional. Esta situación no significa la existencia de una constatada probabilidad mayor de recaída en el delito sino que es debida, principalmente, a la ausencia de programas en la comunidad para este grupo problemático que hace que las instancias de decisión no se muestren favorables a concederla[1514]. Una vez más la etiqueta de «enfermedad mental» supone una discriminación.

La utilización del recurso a este tipo de regla de conducta no es infrecuente en el Derecho comparado. Así, el Artículo 731 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal francesa señala que el beneficio de la libertad condicional puede ir acompañado de condiciones particulares así como de medidas de asistencia y de control destinadas a facilitar y comprobar la reclasificación de la persona puesta en libertad. Para la fijación de las medidas concretas se remite al ámbito reglamentario. El artículo 733 establece que en caso de vulneración de las condiciones o de inobservancia de las medidas enunciadas en la decisión de puesta en libertad condicional, esta decisión podrá ser revocada. En lo concerniente a las condiciones particulares, el reglamento remite a las reglas referenciadas en el apartado anterior sobre la libertad condicional incluyendo la totalidad del artículo 132-45 del Código Penal Francés que, como vimos, recoge la regla de conducta de «someterse a medidas de examen médico, de tratamiento o de cuidados, incluso en régimen de hospitalización» [1515].

El seguimiento y control del liberado condicional se efectúa por los servicios sociales penitenciarios con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento (artículo 200 del Reglamento Penitenciario). La Junta de Tratamiento elabora un programa individualizado para el seguimiento que es ejecutado por los servicios sociales penitenciarios y en el que se incorporan las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia. Los Servicios Sociales Penitenciarios son los encargados también de realizar los informes que soliciten las autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento y control de los liberados condicionales.

[1514] Con un amplio estudio sobre las decisiones del *parole board* en Nueva York, Feder, Lynette, «Psychiatric Hospitalization History and Parole Decisions» en *Law and Human Behavior,* Vol. 18, nº 4, 1994, páginas 395 a 410

[1515] Decret 59-575 1959-04-24 (Partie Réglementaire - Décrets simples) Section II : Des conditions particulières, Article D536 (Décret nº 2004-1364 du 13 décembre 2004 art. 14 II, art. 21 Journal Officiel du 15 décembre 2004 en vigueur le 1er janvier 2005). «La décision peut, par ailleurs, subordonner l'octroi et le maintien de la liberté conditionnelle à l'observation par le condamné de l'une ou de plusieurs des conditions prévues par les articles 132-44 et 132-45 du code pénal».

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

TAMARIT SUMALLA señala que la finalidad de las reglas de conducta no puede desvincularse de la propia de libertad condicional como fase de libertad a prueba o de preparación de la vida en libertad que debe facilitar la reinserción social del penado[1516]. El autor plantea una serie de problemas derivados de la parca regulación de tales reglas de conducta[1517]:

- La ausencia de plazo de duración determinado. Sólo se conoce el límite máximo: el correspondiente al resto de pena pendiente de cumplir hasta su extinción. No son aplicables los plazos previstos para la suspensión de la ejecución o las medidas de seguridad.
- La distinta naturaleza que hace que no sean de utilidad los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad o de las reglas de conducta de la suspensión de la ejecución.
- El automatismo de la revocación en caso de la inobservancia de la regla de conducta, equiparándola al supuesto de que el penado vuelva a delinquir.

Habría sido deseable una mayor precisión y adaptación a los criterios de la libertad condicional en la regulación de los presupuestos de aplicación de estas reglas de conducta. En lo concerniente a la sumisión a tratamiento externo, me parece particularmente gravoso que no se establezcan criterios de revisión periódica y que se aplique automáticamente la revocación por el incumplimiento pues, como sabemos, incumplimientos parciales no suponen el fracaso de esta medida.

5. MEDIDAS PENALES Y MEDIDAS CIVILES: SU CONEXIÓN

QUINTERO OLIVARES[1518] cuestiona las diferencias existentes entre el Derecho Privado y el Derecho Penal a la hora de analizar las formas jurídicas aplicables a las personas que padecen anomalías mentales. Es cierto, como señala el autor, que ambas parcelas del Derecho tienen misiones distintas pero no lo es menos que los principios sobre los que se asientan las soluciones no son tan divergentes como pueden parecer a primera vista. El problema, a mi juicio, está en la comparación exclusiva con la declaración de incapacidad y no con la estructura de los actos realizados por personas con anomalías mentales.

La doctrina de los hechos y de los actos jurídicos constituye, sin duda, un importante patrimonio de la sistemática moderna. Un hecho es todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad. Si éste lleva aparejada la producción de un efecto jurídico es clasificable de *hecho jurídico*. Dentro de los *hechos jurídicos* distinguimos aquellos que son humanos, producidos por voluntad consciente y

---

[1516] TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria y GARCÍA ALBERO, Ramón. *La reforma de la ejecución penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, página 101.

[1517] *Op. cit.*, páginas 105 y 106

[1518] QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999. Págs. 143 y ss.

exteriorizada y los denominamos *actos jurídicos*. Los actos jurídicos pueden ser lícitos e ilícitos y estos últimos, a su vez, ilícitos penales o civiles.

Con fines específicos del derecho privado, se construyó la doctrina del negocio jurídico fruto del trabajo de los pandectistas germanos. CASTAN define el negocio jurídico como *acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.* Dentro de los elementos esenciales para la validez del negocio jurídico se encuentra la capacidad y la voluntad no viciada por error (falta de conocimiento) o violencia (falta de libertad). La ausencia de tales elementos determina la falta de validez del acto, lo que deriva en la inaplicación de las consecuencias jurídicas que, normalmente, le acompañarían.

Distinto de lo anterior son las declaraciones de estado. La declaración civil de incapacidad origina que el afectado se encuentre inmerso en una situación que acompaña a la persona durante el tiempo en que esta dure. Hay actos excluidos de las rígidas normas de la incapacidad dependiendo de la situación de hecho (por ejemplo, el matrimonio o la prestación del consentimiento a las normas sanitarias). Participa también de estas características la realización de infracciones penales. En estos casos no prevalece la declaración formal de incapacidad sino la concurrencia de determinados requisitos psíquicos en el momento concreto en que se realizan.

Dentro de este marco, podemos analizar las distintas situaciones que tradicionalmente se plantean de incapacidad derivada de un trastorno psíquico:

- La imputabilidad o incapacidad de culpabilidad.
- La incapacidad para actuar en el proceso penal.
- La incapacidad para cumplir una pena

Además, en el Derecho Penal nos encontramos también ante una declaración de estado o situación: la que declara la peligrosidad de un individuo. Si el delito es un *acto* humano, la peligrosidad es una *situación* de la persona que ha de ser declarada judicialmente. En estos casos los mecanismos de imposición de las medidas suelen ser directos.

Junto con estas fórmulas (actos ineficaces y declaraciones de estado), hay una tercera que es común a la hora de definir los mecanismos de imposición de tratamientos que es el sistema condición/beneficio. En este caso los beneficios serían, por ejemplo, la suspensión de la ejecución o la libertad condicional, del mismo modo que los beneficios civiles pueden ser de diferentes tipos como los propios del sistema de servicios sociales, por ejemplo.

En el período asilar, las diferencias más importantes entre los internamientos civiles y penales radicaban en el hecho del mayor control judicial y, en su caso, de la posibilidad de ingresar en un centro especial penitenciario con un régimen distinto de seguridad pero, básicamente, los poderes y el régimen de vida eran

sustancialmente los mismos[1519]. Ya hemos reseñado en anteriores epígrafes los tres poderes básicos de la incapacidad en lo personal (fijación de lugar de residencia, requerimiento para tratamiento en sentido amplio y reconocimientos). La pregunta es si las medidas de seguridad los recogen. Desde luego sí en el contexto comparado y ello es tan evidente que incluso en Inglaterra y Gales tienen la misma denominación y contenido. El artículo 37 de la MHA de 1983 regula para las infracciones penales las denominadas *Guardianship Orders* con el mismo contenido y facultades que la *Guardianship* pero con la diferencia que el *nearest relative* no puede liberarle[1520].

Las diferencias no radican en los poderes sino en el hecho de que las circunstancias que justifican su imposición son distintas y el papel del Juez se modifica de ser simplemente garante de derechos a convertirse en la autoridad que impone y controla directamente la medida impuesta[1521]. Obsérvese, por ejemplo, en el artículo 105 nº 1, el tenor de los dos primeros apartados del mismo (sumisión de tratamiento externo y obligación de residencia) o en el artículo 83 nº 1, apartados 3, 4 y 6, ó en el artículo 90.2 para la libertad condicional.

Los modelos continúan siendo los dos básicos a los que ya se han expuesto en este trabajo, el modelo de beneficio/condición (en este caso los beneficios de la suspensión de la ejecución y la libertad condicional) o el de imposición directa (en el caso de la medida de seguridad), ambos recogidos en el contenido del artículo 34 de la Rec(2004)10, como vimos.

Sin embargo, sí apreciamos que en las medidas de seguridad se ha producido una ampliación de tales poderes al establecerse nuevas medidas que pueden imponerse conjuntamente con las clásicas anteriormente citadas (prohibición de acudir a determinados lugares, prohibiciones de residencia en lugares determinados, alejamiento de personas, etc.). Por otro lado, la actuación judicial genera una mayor burocracia y necesidad de entendimiento con los centros de salud mental y, como veremos posteriormente en la parte destinada a la aplicación práctica, se ha generado un órgano intermedio especializado en los servicios sociales penitenciarios.

Mención debe hacerse en este apartado de la disposición adicional primera del Código Penal que reseña que «cuando una persona sea declarada exenta de

---

[1519] De hecho, en un tiempo en que la medida de internamiento penal era indeterminada, era común el traslado de centros penitenciarios a centros civiles aunque no sin importantes reticencias de estos últimos gestionados por las Diputaciones. Así, el *Real Decreto Ley de 6-02-1928* otorgó el carácter de «ejecutiva y urgente» a las órdenes de la Dirección General de Prisiones, sin que las Diputaciones Provinciales pudieran oponer nada a su inmediato cumplimiento. El *Decreto de 3 de julio de 1933* sobre el Hospital Psiquiátrico Judicial y el *Reglamento de Servicios de Prisiones de 1948* (artículo 126 nº 1) contemplaban previsiones análogas.

[1520] Jones, Richard. *Mental Health Act Manual, cit.,* página 230. Tanto este autor como Barlett y Sandland *(Mental Health Law. Policy and Practice, cit.,* página 290) ponen de relieve el escaso uso que se ha hecho de estas medidas, reseñando estos últimos autores que se ha preferido una tipo de *probation* denominado *Community Rehabilitation Order* que permite una mayor sujeción a las condiciones de tratamiento.

[1521] Obsérvese, en un modelo diferente al nuestro como es el británico, que existen fórmulas de *conditional discharge from a restriction order, probation orders with conditions of psychiatric treatment* (que llevan desarrollándose desde 1920 por los magistrados ingleses, práctica que recibió refrendo legal a partir de 1948; en 1997, 903 órdenes de este tipo se dieron en Inglaterra y Gales, un 1'8 % del total de las *probation orders), psychiatric supervision as a condition of licence* (Davies, Steffan. «Compulsory treament in the community: current legal powers». *Advances in Psychiatric Treatment,* 2002, vol. 8, páginas 180-188).

responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a la legislación civil». Siempre he mirado con recelo esta disposición en la medida en que ya existen dos preceptos que regulan estas cuestiones en el ámbito civil cuales son el 757 nº 2 y 3 (que regula la obligación del Fiscal de instar la incapacidad y las obligaciones de autoridades y funcionarios de comunicarle tal hecho) y el 763 (para el internamiento) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aunque no hace mención del tratamiento involuntario, es perfectamente factible su adopción teniendo en cuenta las posibilidades ya expresadas en el apartado anterior en que se analizó dicha posibilidad dentro del ámbito civil. El problema es que los fundamentos de una y otra medida son completamente diferentes. A mi juicio no le falta razón a SÁNCHEZ YLLERA cuando señala[1522]:

> Esta Disposición Adicional, que se conjuga mal con la regulación de las causas de inimputabilidad y sus efectos en el resto del Código —singularmente con la nueva configuración de las medidas de seguridad privativas de libertad— es todavía un exponente de ciertas corrientes que siguen asociando erróneamente enfermedad mental /delito/inimputabilidad/incapacidad jurídica o de obrar e internamiento como las cuatro patas en las que se forma la mesa de la respuesta penal a la enfermedad mental.

Un último problema radica en la salida de los pacientes de los centros psiquiátricos penitenciarios y de las prisiones comunes. Las dificultades de reinserción en la comunidad son sobradamente conocidas[1523]. La necesidad de adopción de programas de reingreso en la comunidad suficientemente dotados y coordinados con los servicios sociales es evidente y más en los casos de los centros psiquiátricos penitenciarios en los que su concentración geográfica hace muy difícil el retorno a sus comunidades de origen. La libertad condicional en el caso de la prisión y la modificación de la medida a tratamiento involuntario puede ser una herramienta muy útil para coadyuvar a dichos objetivos evitando el brusco cambio que supone el cese de un largo período de institucionalización y facilitando los primeros contactos con los centros de salud mental comunitarios.

[1522] Sánchez Yllera, Ignacio. Comentario a la Disposición Adicional 1ª en *Comentarios al Código Penal de 1995* coordinados por Tomás S. Vives Antón. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, página 2.190.

[1523] Wolff, Nancy. «Community reintegration of prisoners with mental illness: A social investment perspective» *International Journal of Law and Psychiatry* 28 (2005) 43-58

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

Excurso: La denominada «custodia familiar»

Desde antiguo, las medidas aplicables a las personas con enfermedad mental que habían cometido infracciones penales consistieron en el internamiento o la custodia de las familias. El primer Código Penal que recogió la medida de internamiento fue el Código Penal de 1848 que expresaba:

> Cuando el loco ó demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califique de delito grave, el tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados á los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin prévia autorizacion del mismo tribunal. En otro caso será entregado á su familia bajo fianza de custodia; y no prestándola, se observará lo dispuesto en el párrafo anterior [1524]

Esta distinción entre delitos graves y menos graves para la aplicación de la denominada «fianza de custodia», persistió en el artículo 8 nº 1 del Código Penal de 1870 [1525]. El Real Decreto de 1 de septiembre de 1897 contemplaba una regulación bastante completa de esta medida que abarcaba reconocimientos médicos periódicos a los efectos de emisión de informes y seguimiento mediante determinados registros [1526].

Con la anulación del Código Penal de 1928 en el año 1932, la redacción del artículo 8 nº 1 obvió la distinción entre delito grave y menos grave, dando lugar a que la única solución posible fuera el internamiento *en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase del cual no podrá salir sin previa auto-*

[1524] Pacheco, Joaquín-Francisco, *El Código Penal concordado y comentado,* Madrid, 1856, Tomo I,. El autor también comenta que el Código de Brasil de 1830 contenía disposiciones similares (páginas 137 y 138). Expresaba su artículo 12: «los locos que cometan algún crimen, serán entregados a una de las casas destinadas para los de su clase, ó entregados a su familia, segun lo estime el juez conveniente»)

[1525] El artículo 8 nº 1 del Código Penal de 1870 señalaba: «No delinquen, y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: 1) el imbécil y el loco, a no ser que este haya obrado en un intervalo de razón. Cuando el imbécil o el loco hubiese ejecutado un hecho que la ley calificare de delito grave, el Tribunal decretará su reclusión en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin autorización del mismo Tribunal. Si la ley calificare de menos grave el hecho ejecutado por el imbécil o el loco, el Tribunal, según las circunstancias del hecho, practicará lo dispuesto en el párrafo anterior o entregará el imbécil o loco a su familia, si esta diese suficiente fianza de custodia».

[1526] El Real Decreto de 1-09-1897 en su artículo 4 señalaba que «estarán a cargo de su familia los varones y hembras exentos de responsabilidad por causa de enajenación mental, que hubiesen ejecutado un hecho que la ley calificare de delito menos grave, cuando así lo acuerde el Tribunal sentenciador, según las circunstancias del hecho y dando la familia suficiente fianza de custodia»; el artículo 13 señalaba que «a fin de que la fianza de custodia sea efectiva, las Audiencias dispondrán semestralmente que un médico (forense, auxiliar de la Administración de Justicia y de la Penitenciaria de Sanidad Penitenciaria, o municipal, según las localidades) visite a cada enajenado a cargo de su familia e informe acerca de su estado patológico, de cuyo informe se remitirá una copia a la Dirección General de Establecimientos Penales. Además remitirán las Audiencias a dicha Dirección General copia autorizada de cualquier acuerdo que modifique la situación legal de cualquiera de los enajenados comprendidos en el artículo 1º de este Decreto»; por último, el artículo 14 señalaba (puntos 1, 5 y 6 en lo que nos atañe) la documentación que debía obrar en el Negociado de Sanidad Penitenciaria de la Dirección General de Establecimientos Penales (una carpeta por cada enajenado, un libro registro de los que se hallen a cargo de sus familiares en los que se constantan los nombres y apellidos y la indicación de su Residencia y un libro registro general en que cada uno tendrá su hoja con todas las anotaciones correspondientes a su historial judicial y a su historial clínico).

rización del mismo Tribunal, solución que se mantuvo hasta la reforma operada por la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, que incorporó un nuevo texto que permitía al Tribunal Sentenciador sustituir el internamiento desde el principio o durante el tratamiento por alguna o algunas de las siguientes medidas, siendo estas cuatro: a) sumisión a tratamiento ambulatorio; b) privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo, durante el tratamiento o por el plazo que se señale; c) privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas o de la facultad de obtenerlas con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale y d) presentación mensual o quincenal, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado, o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia.

La desaparición de los familiares del conjunto de medidas en el Código Penal no fue casualidad sino fruto de la labor de los psiquiatras de la época que no consideraban que fuera adecuada[1527].

El Código Penal de 1995 introdujo en el catálogo de medidas no privativas de libertad la denominada *custodia familiar* con el siguiente contenido:

> El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

GARCIA ALBERO[1528] destaca la vinculación que puede establecerse entre esta medida y otras, como las de las letras a), d) ó f) por cuanto que permite al familiar el control directo del cumplimiento de las mismas por parte del sujeto (que acuda cuando le corresponde a tratamiento externo, o evite lugares de bebidas alcohólicas, etc), subrogándose así en una función que muy difícilmente pueden llevar a cabo los Jueces de Vigilancia y facilitando a éste la información sobre el grado de cumplimiento de otras medidas.

Es indiferente que el sujeto sea capaz o incapaz, tanto de hecho como de derecho. Plantea problemas si puede ser el familiar custodiante distinto del tutor.

[1527] Saforcada, M./Busquet, T. *Necesidad urgente de una revisión de la legislación relativa a alienados*. Madrid, 1926. Puede consultarse en Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, nº 75, Madrid, 2000. Las conclusiones expresan la necesidad de «supresión de la facultad que concede la Ley al Tribunal de entregar el loco que ha ejecutado un delito menos grave, a su familia si ésta diese «suficiente fianza de custodia» (nº 3). Xalabarder, comentando el artículo 13 del Proyecto de ley sobre creación de manicomios judiciales que contemplaba también la posibilidad de «entregarlo á su familia si ésta diere suficiente fianza de custodia», expresaba: «Esto constituye sencillamente un galimatías, que no tiene ni puede tener ningún fundamento médico-jurídico. ¿Qué garantías de seguridad puede ofrecer la entrega del loco á la familia, supuesto que á la certificación de vesánico debe juntarse la de *peligroso,* ni qué probabilidades puede tener su curación en manos de unos deudos á quienes sobrará muy buena voluntad, pero que carecerán de medios apropiados, empezando por la substracción del vesánico al medio que perturbó su mente y pervirtió su moral?»(Xalabarder, E. *Valía Higiénico-social de los manicomios judiciales*. Gaceta Médica Catalana. Tomo XXIV. Núm.2 —continúa también en los números siguientes—, Barcelona 31 de enero de 1901, núms. 566 y ss.)

[1528] Garcia Albero, Ramón. Comentario al artículo 105 del C.P. En *Comentarios al Nuevo Código Penal* dirigidos por Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (4ª Edición). Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, página 585.

VIII. EL PELIGRO PARA TERCEROS COMO CAUSA DE IMPOSICIÓN DEL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

Estimo que, a la vista del artículo 236 nº 1 del Código Civil, no habría problema alguno en que esta función la desempeñara un familiar distinto del tutor, con actuación independiente. El hecho de que el familiar designado deba ser uno y no varios parece acorde con las disposiciones del Código Civil referentes a la tutela (artículo 236). No obstante, no parece irrazonable poder distinguir períodos de tiempo (por ejemplo, si son varios hermanos, que cada uno realice tal cometido en un período anual, recordemos que la duración de la medida puede extenderse hasta cinco años) o que sean varios los que se ocupen de tal función. Creo que el término familiar debe interpretarse en el sentido más amplio posible y, desde luego, abarcar no sólo al grupo de personas recogidas en los artículos 757 nº 1 LEC y en el artículo 234 del Código Civil, sino también otros no comprendidos en dichos artículos como, por ejemplo, los sobrinos.

La medida, según se señala, se ejerce en relación con el Juez de vigilancia. No se especifica la función que debe realizar. Indica el precepto que el Juez de Vigilancia o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas y, conforme al artículo 106, dicho Juez o Tribunal dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad. Si el sujeto es incapaz de hecho, la ley (artículo 203 del Código Civil y disposición adicional primera de la L.O. 10/95) obliga a la promoción de la correspondiente demanda al Fiscal en caso de no haberlo hecho los familiares, aunque, en ocasiones, puedan encontrarse situaciones de guarda de hecho.

Es de destacar como muchas de las medidas previstas en el artículo 105 suponen la imposición de una prohibición lo que parece imposible respecto de personas que no tienen capacidad de comprenderla y comportarse de acuerdo con esta comprensión[1529].

Es necesario un mínimo de capacidad para poder cumplir con estos requerimientos (acudir a las citas para tratamiento, no acudir a determinados lugares, no visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, etc).

Las leyes, desde muy antiguo reseñan los elementos de responsabilidad civil en que incurren los familiares por las infracciones penales cometidas por las personas con enfermedad mental que tienen bajo su guarda[1530].

[1529] El Tribunal Supremo, refiriéndose al artículo 67 del C.P. Texto refundido de 1973 realizó estas consideraciones: «Sin perjuicio de otras consideraciones favorables a considerar que el art. 67 CP contiene una pena, se debe tener en cuenta que en él se establece la imposición de una prohibición y que ésta sólo tiene sentido frente a personas imputables, es decir que puedan comprenderla como tal y además comportarse de acuerdo con esta compresión. Por lo tanto, si se quisiera poner en duda el carácter de pena de esta consecuencia jurídica, de todos modos habría que admitir que por su estructuración sólo podría ser aplicada a personas capaces de culpabilidad». (TS 2ª, S 31-3-1993, núm. 718/1993, rec. 787/1992. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique, EDE 93/3199)

[1530] Así, las Partidas L.9 tít. 1, P. VII señalaban «eso mismo decimos (que no pueden ser acusados de ningún yerro) que serie del loco et del furioso, et del desmemoriado (…) Pero no son sin culpa los parientes dellos, quando non los facen guardar de guisa que non puedan facer mal á otri», principio que se ha mantenido en la actualidad. También es de interés el artículo 27 regla 4ª del Código Penal de 1822 que recoge la

Habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 118 nº 1 apartado 1º del Código Penal que, en la actualidad, y a diferencia de la anterior redacción del anterior artículo 20 del Código Penal Texto refundido de 1973, incluye a los que tengan bajo su guarda «de hecho» además de los que lo tengan bajo su potestad o guarda legal. Parece que hay coincidencia general en señalar que la responsabilidad tanto del exento como del familiar es directa y solidaria. El familiar no responde en caso de que no haya mediado culpa o negligencia por su parte. Establece también, como novedad, la graduación equitativa de la responsabilidad civil a la que ha de atender cada uno de ellos. En lo que atañe a la responsabilidad civil habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1903 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia se muestran divididas divididas respecto a si el guardador de hecho debe responder o no por la falta de enumeración de este supuesto en el citado artículo [1531]. Estimo que la nueva redacción del Código Penal parece dar la razón a la opinión favorable a la responsabilidad civil del guardador de hecho, si concurre culpa, en todo caso.

Lo que es lamentable es que exista una importante regulación sobre responsabilidad civil y una franca desatención en los aspectos sociales y sanitarios lo que aboca a difíciles situaciones a las personas que desean ayudar a su pariente. En la custodia familiar, no obstante, el pariente no está obligado a aceptarla [1532].

Desde otro punto de vista, desde el punto de vista del familiar como sujeto pasivo de la infracción, no quisiera finalizar este epígrafe sin reseñar que, en muchas ocasiones, se dan casos en los que el único soporte real del paciente que presenta una situación fáctica de dependencia es el núcleo familiar. En los casos de aplicación de las prohibiciones del artículo 48 (cuya aplicación cautelar está prevista en el artículo 544 bis LECrim y que, con contenido similar y distintos fundamentos, se regulan como reglas de conducta en el artículo 83 y como medidas de seguridad en el artículo 105) y en los que la víctima es el propio familiar que ha venido desarrollando estas funciones de cuidado, en varias ocasiones nos hemos encontrado que el familiar ha preferido obviar la situación de alejamiento y volver a traer al afectado a su propio domicilio ante la ausencia total de respuesta del sistema sociosanitario [1533].

---

responsabilidad civil de «los obligados á guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia».

[1531] Hace referencia sólo a padres y tutores. Sobre las distintas posiciones, García-Ripoll Montijano, Martín. *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Bosch, 1992, página 266 y ss. y Fábrega Ruiz, Cristóbal. «La responsabilidad civil de los titulares de las instituciones de guarda por hechos realizados por incapaces». *Estudios del Ministerio Fiscal. V-2002*. Ministerio de Justicia. Madrid, 2002, páginas 525 a 561 (concretamente páginas 544 a 550)

[1532] También en Inglaterra y Gales las *guardianship orders* no pueden dictarse si las personas encargadas de cumplir la orden (servicios locales o personas concretas) no están dispuestas a hacerlo (artículo 37.6 MHA 1983).

[1533] Sobre las consecuencias de esta decisión, véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 26-9-2005, nº 1156/2005, rec. 781/2004. Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2005/187655), que estima que no se produce quebrantamiento del artículo 468 del C.P.

IX. LOS ASPECTOS DIFERENCIALES DEL SISTEMA DE ATENCIÓN A LAS DEPENDENCIAS

IX. LOS ASPECTOS DIFERENCIALES DEL SISTEMA DE ATENCIÓN A LAS DEPENDENCIAS

1. ASPECTOS CIVILES

1.1. Introducción

El término «adicción» fue acuñado a inicios del siglo XIX, sustituyendo al término «embriaguez» para designar los efectos conductuales que producía el uso continuado tanto del alcohol como de otras sustancias (opio, morfina, cloroformo y otros depresores del sistema nervioso central). Este término, al igual que el de toxicomanía, presentaba connotaciones morales y legales [1534]. En 1964, la Organización Mundial de la Salud llegó a la conclusión de que este término no era demasiado científico, recomendando su sustitución por el de «dependencia de sustancias». Son dos los conceptos unidos a la dependencia: la dependencia conductual (hace hincapié en las actividades de búsqueda de la sustancia y la asociación de patrones de consumo patológicos) y la dependencia física (subraya los efectos fisiológicos de episodios múltiples de consumo de la sustancia y consideran los fenómenos de tolerancia o abstinencia como criterios de clasificación) [1535].

Desde mi perspectiva, la utilización de estas sustancias (lícitas o ilícitas) no es de por sí patológica, sino que depende en gran medida del contexto cultural y del patrón de consumo. Mal podría hablarse de dependencia cuando la utilización del alcohol se hace exclusivamente mediante la práctica de beber medio vaso de vino en las comidas o la utilización del arbusto de coca en las culturas precolombinas [1536]. Por ello, a los fines de nuestro estudio distinguiremos entre:

- Intoxicación aguda. Se produce a causa del consumo reciente de una o más sustancias en dosis lo suficientemente elevadas y puede aparecer en distintos niveles de gravedad (no complicada, con traumatismos, con otras complica-

---

[1534] Vallejo Ruiloba, J. et al. *Introducción a la Psicopatología y a la Psiquiatría.* Ed. Masson. Barcelona 1998. Página 670. La historia de los problemas del alcoholismo y la prohibición de las drogas es muy amplia y presenta aspectos claramente diferenciables de los problemas de la enfermedad mental en sentido estricto. Como bibliografía general a la que me remito, cabe citar Campos Marín, Ricardo. *Alcoholismo, medicina y sociedad en España (1876-1923).* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1997. Usó, Juan-Carlos. Drogas y Cultura de masas (1855-1995). Taurus, Madrid, 1995. Escohotado, Antonio. *Historia de las drogas* (3 volúmenes). Alianza Editorial (7ª Edición). Madrid, 1998. Szasz, Thomas. *Drogas y ritual. La persecución ritual de drogas adictos e inductores.* Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1990. Jervis, Giovanni. La ideología de la droga y la cuestión de las drogas ligeras. Anagrama. Madrid, 1977. Thomsen, Kathleen/Appelbaum, Paul S. «The origins of Commitment for Substance Abuse in the United States». *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law,* 30 (2002):33-45

[1535] Kaplan, Harold. I. y Sadock, Benjamín J. *Sinopsis de psiquiatría.* 8ª edición. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 1999. Página 429

[1536] Como señala Landrove, parece cumplirse respecto de la problemática de las drogas la profecía del sumo sacerdote Khana Chuyna que, durante el reinado del inca Atahualpa, se dirigió a su pueblo, consumidor de coca, con las siguientes palabras: «estas hojas que para vosotros significan la salud, la fuerza y la vida, están malditas para los opresores. Cuando ellos se atrevan a utilizarlas, la coca los destruirá, pues lo que para los indios es alimento divino, para los blancos será vicio degradante que inevitablemente les producirá el envilecimiento y la locura». (Landrove Díaz, Gerardo, «La profecía de Khana Chuyna», en *Temas penales,* PPU, Barcelona, 1994, páginas 57 a 59.)

ciones médicas, con delirium, con distorsiones de la percepción, con coma, con convulsiones o la patológica que es sólo aplicables al alcohol).

- Dependencia. Conforme a los criterios diagnósticos de la OMS (CIE-10), deben darse tres o más de las siguientes manifestaciones simultáneamente durante al menos un mes o si han durado menos de un mes debe aparecer simultáneamente en un período de doce meses: 1) deseo intenso o vivencia de una compulsión por consumir la sustancia; 2) disminución de la capacidad para controlar el consumo de la sustancia; 3) cuadro fisiológico de abstinencia cuando se consume menos sustancia o cuando se termina el consumo; 4) preocupación con el consumo de la sustancia que se manifieste por el abandono de otras fuentes de placer o diversión; 5) persistencia en el consumo a pesar de las evidentes consecuencias perjudiciales.
- Consumo perjudicial. Cuando el consumo de la sustancia ha causado al individuo un daño somático o alteraciones psicológicas, incluyendo alteración del juicio o de la conducta, que podrían llevar a discapacidad o a tener consecuencias para las relaciones interpersonales.

1.2. Proceso terapéutico

Los procedimientos terapéuticos para tratar el abuso de sustancias varían en función de cada una de ellas, del patrón de consumo, de la disponibilidad de un sistema de apoyo psicosocial y de las características individuales de cada paciente [1537]. Podemos distinguir, genéricamente, cuatro fases [1538]:

1) Desintoxicación: Proceso a través del cual se consigue que el paciente cese de consumir y pueda permanecer abstinente sin experimentar un síndrome de abstinencia agudo. La desintoxicación de la mayoría de las sustancias consumidas actualmente puede llevarse a cabo en un período de 7 a 14 días y no acostumbra a comportar ningún riesgo para el paciente.
2) Deshabituación: Proceso largo y complejo con el que se pretende que desaparezcan los efectos de la abstinencia a largo plazo y que el paciente aprenda estrategias terapéuticas que le permitan enfrentarse con éxito a los factores que tienden a abocarle al consumo.
3) Reinserción: Persigue la integración progresiva del individuo en su medio familiar y social, reestructurando su conducta hasta hacerla compatible con una forma de vida responsable y autónoma. Abarca distintos aspectos como la obtención de una formación y cualificación laboral o la superación de los conflictos vitales que normalmente se han generado con ocasión de la dependencia.

[1537] Kaplan, Harold. I. y Sadock, Benjamín J. *Op cit.*, Página 443
[1538] Vallejo Ruiloba, J. et al. *Op cit.* Páginas 674 a 676.

4) Rehabilitación: Designa todo el proceso tendente a conseguir que el paciente abandone el consumo y pueda reintegrarse a una vida personal y social plena y satisfactoria. La mayoría de las drogodependencias son consideradas como enfermedades crónicas recidivantes. Lo anterior implica que no se emplee habitualmente el criterio de «curación» al no poder asegurar que el paciente haya abandonado total y definitivamente la toxicomanía. No obstante, estudios de seguimiento arrojan cifras de hasta un 40 % de pacientes libres de droga a los 10 años de haber iniciado tratamiento. No debe considerarse como un fracaso la aparición de puntuales recaídas.

A juicio de MCHUGH y SLAVNEY[1539], *el tratamiento de la conducta se diferencia del de la enfermedad en que intenta atajar lo que las personas están «haciendo» no curar lo que «tienen». Sin embargo, lo que están «haciendo» no es pasárselo bien sino un «modo de vida».* El modelo de los tratamientos orientados a la conducta tiene varios orígenes, pero el más destacado fue la aparición en la década de los 30 de Alcohólicos Anónimos. Este grupo, liderado por pacientes, partía de principios distintos a los tratamientos psicomédicos entonces utilizados, insistiendo en que el alcoholismo es tanto el problema como la explicación. Una vez que los enfermos admiten ser alcohólicos pueden recuperarse, sobre todo si se juntan con otras personas en su misma situación dispuestos a ayudarles y seguir la máxima de abstenerse «sólo un día más».

Los objetivos, pues, no pueden explicarse en términos de curación, como las enfermedades, sino en términos de conversión de un modo de vida en otro. Los autores[1540] proponen los siguientes patrones de éxito: 1) poner a los enfermos, a veces de modo compulsivo, en tratamiento; 2) resolver los problemas y mantener la determinación de recuperarse, mediante asesoramiento grupal e individual; 3) proporcionar un alivio psico-farmacológico adecuado para la pulsión; 4) controlar el cumplimiento, observando las recaídas; 5) organizar un sistema conductual de respuesta con refuerzos y 6) comenzar la rehabilitación, re-estructurando los patrones de vida del enfermo que contribuyen a su conducta. Ciertos tratamientos suplementarios han demostrado gran valor: 1) el reemplazamiento adecuado del placer (metadona[1541], parches de nicotina); 2) una reducción de la pulsión; 3) respuestas de castigo (el empleo del disulfiram, medicamento que bloquea el metabolismo natural del alcohol y produce cantidades de acetaldehído que crean

[1539] Mc Hugh, Paul R. y Slavney, Phillip R. *op cit.* Páginas 241 y ss.

[1540] *Op cit.* Páginas 256 y 257.

[1541] Vincent Dole y Marie Nyswander, de la Universidad Rockefeller de Nueva York, comenzaron a tratar a los heroinómanos con el opiáceo sintético metadona en la década de los años sesenta. Este compuesto, con una vida media más larga que la morfina y la heroína, no provocaba que los pacientes consumiesen tanto como para quedar sumidos en la apatía. Una única dosis oral diaria de metadona, capaz de disminuir el impulso de inyectarse el opiáceo, liberaba a los afectados de su constante conducta de búsqueda de drogas. Además de ello los pacientes se beneficiaron de las terapias de apoyo, la terapia de grupo y los servicios sociales lo que permitió su rehabilitación. Tales resultados llevaron a una aceptación cualificada del tratamiento con metadona, bajo supervisión controlada, en Estados Unidos. *(Op cit.* Página 246.)

gran desazón si se consume, para los alcohólicos); 4) bloqueo de los refuerzos (naltrexona, un antagonista a los opiáceos) y 5) reducción de los daños (como el cambio de las jeringuillas para evitar la transmisión de enfermedades).

Diferentes trabajos de investigación han demostrado que los mejores tratamientos para los pacientes que padecen graves formas de dependencia son[1542]:

- Tratamientos continuados, como los de otras dolencias crónicas.
- Capaces de abordar los múltiples problemas que constituyen un riesgo para la recaída, como son los síntomas físicos y psíquicos y la inestabilidad social.
- Integrados en la sociedad para permitir fácil acceso a efectos de seguimiento y prevención de recaídas.

La bibliografía de investigación[1543] pone de manifiesto que las principales características de los pacientes relacionadas con los mejores resultados de rehabilitación son las que siguen:

- Dependencia leve
- Escasos síntomas psiquiátricos en el momento de la admisión.
- Motivación más profunda que la mera reflexión sobre el cambio.
- Ser empleado o económicamente independiente.
- Tener familia y apoyo social que impulsen al paciente a actuar con sobriedad.

En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, los tratamientos abarcan sobre todo el tratamiento para el consumo de opiáceos o de varias drogas, entre ellas los opiáceos. La opción terapéutica dominante para este grupo sigue siendo alguna forma de terapia de sustitución, aunque en los nuevos Estados miembros el tratamiento de sustitución no está extendido y los regímenes basados en la abstinencia siguen siendo habituales[1544]. La información disponible sobre las personas que solicitan ayuda para solucionar sus problemas de toxicomanía revela

---

[1542] Naciones Unidas. *¿Por qué invertir en el tratamiento del abuso de drogas? Documento de debate para la formulación de políticas*. Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2003.

[1543] Naciones Unidas. *Op cit.* Página 30

[1544] La metadona representa el 80 % de los tratamientos de sustitución que se ofrecen en Europa y más del 90 % de los tratamientos de sustitución en servicios especializados, pero la buprenorfina se va revelando como una opción farmacológica cada vez más apreciada y actualmente se utiliza en aproximadamente un 20 % de los tratamientos de sustitución en Europa. El tratamiento de sustitución no es la única opción para las personas con problemas de opiáceos, pero no existen datos suficientes sobre otros sistemas terapéuticos para realizar estimaciones fiables de la prestación de estos servicios a escala de la U.E. Se calcula que la cifra de personas que reciben tratamiento de sustitución de drogas en Europa supera las 500.000, lo cual indicaría que entre una cuarta parte y la mitad de las personas con problemas de opiáceos podría estar siguiendo ya esta clase de tratamientos (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005.Páginas 13 a 15.)

que los perfiles han cambiado. En 2002, el indicador de demanda de tratamiento del Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías mostró por primera vez que en los once países de los que se disponía información, el número de nuevos pacientes enviados a tratamiento en instalaciones ambulatorias especializadas por problemas de cánnabis había superado al número de nuevos pacientes enviados por opiáceos. A reseñar que en la República Checa, Finlandia y Suecia, los consumidores de anfetaminas por vía parenteral representan un porcentaje importante de las personas en tratamiento. En el plano europeo, parece claro que los servicios deben integrarse con los demás de tipo sanitario, sobre todo con aquellos dirigidos a los grupos marginados o socialmente desfavorecidos [1545].

La vigésima Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó una declaración de principios rectores, metas y objetivos plurianuales, especialmente para el 2003 y 2008. En dicha declaración se mandataba a todos los Estados la elaboración de respectivas estrategias sobre drogas que constituyeran los elementos operativos para la consecución de los objetivos propuestos. La Unión Europea ha aprobado su estrategia para el período 2005-2012, tras el Consejo Europeo de 17 de diciembre de 2004, y el Plan de Acción 2005-2008 en febrero de 2005. La Estrategia Nacional sobre Drogas fue aprobada por Real Decreto 1911/99 en el Consejo de Ministros celebrado el 17 de diciembre. El Plan Nacional sobre Drogas de 1985, tras casi 15 años de vigencia y permanente actualización, necesitaba adecuarse a la realidad actual del fenómeno de las drogas así como adelantarse a previsibles cambios en el fenómeno de las drogodependencias [1546].

Entre los principales logros alcanzados durante los casi quince años de existencia del Plan Nacional sobre Drogas, junto con la puesta en marcha de diferentes experiencias en materia de inserción social y laboral, pueden destacarse la consolidación de una red de atención amplia, diversificada y profesionalizada que permite ofrecer una respuesta asistencial adecuada a las exigencias de la población drogodependiente. Dentro de esta red, perteneciente principalmente a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, se cuenta con recursos de muy diverso tipo que abarca una oferta terapéutica múltiple donde se contemplan, entre otros, programas y centros de atención ambulatoria, comunidades terapéuticas, unidades especializadas en centros hospitalarios, centros de emergencia social, programas de reducción de los riesgos y los daños, talleres formativos y laborales y programas de tratamiento con sustitutivos opiáceos. Esta red cuenta con casi setecientos centros públicos o con financiación pública y es capaz de atender a más de cien mil drogodependientes al año.

La estrategia define los principios básicos de los circuitos terapéuticos del Sistema de Asistencia e Integración Social de Drogodependientes. Tales son:

[1545] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004. Páginas 12 y 13.

[1546] Plan Nacional sobre Drogas. *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008.* Edita Ministerio del Interior. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas Secretaría General Técnica.

- Realización a través del Sistema Nacional de Salud y del Sistema de Acción Social y Servicios Sociales, complementado con recursos privados debidamente autorizados, que se denominará Sistema de Asistencia e Integración Social de drogodependientes.
- Flexibilidad en las condiciones de acceso y de permanencia, incluyendo diseño de estrategias de captación activa de drogodependientes.
- Trabajo en red mediante recursos profesionalizados e interdisciplinarios debidamente acreditados.
- Recomendación de, al menos, tres niveles básicos de intervención:
  - El primer nivel del circuito terapéutico debe ser la principal puerta de entrada al Sistema, y debe estar constituido al menos por los Equipos de Atención Primaria de Salud, los Servicios Sociales y los recursos que ejecuten los programas de reducción de los riesgos y los daños así como aquellos otros recursos que desarrollen la atención de las necesidades sociales y sanitarias básicas de los drogodependientes pertenecientes a los citados Sistemas Públicos. Los recursos que forman parte del primer nivel tienen como principales funciones la detección, captación, motivación y derivación de los drogodependientes a los servicios especializados, la atención de las necesidades sociales y sanitarias básicas del drogodependiente, y la necesaria coordinación con los recursos de segundo y tercer nivel que faciliten la incorporación social de los drogodependientes.
  - El segundo nivel del circuito estará compuesto por equipos ambulatorios interdisciplinares que se responsabilizarán de diseñar y desarrollar los planes terapéuticos individualizados. Los recursos que forman parte del segundo nivel se pueden clasificar en recursos especializados de carácter general (atención primaria, especializada o salud mental) y recursos específicos. En cualquier caso, encuadrados en el Sistema Público de Salud, estos recursos deben garantizar la atención especializada, el seguimiento y la derivación al tercer nivel, así como la necesaria coordinación con los otros niveles de intervención.
  - El tercer nivel estará constituido por recursos específicos con un alto nivel de especialización. Los diferentes dispositivos de este nivel pueden ser de ámbito *supra* Área de Salud, y su acceso debe ser por derivación desde los recursos de segundo nivel. En este tercer nivel de intervención se incluyen recursos tales como las Unidades de Desintoxicación Hospitalaria, centros residenciales, etc.

- El circuito terapéutico, en sus diferentes niveles, deberá contar con recursos y programas que tengan como objetivo principal la integración social y laboral de los drogodependientes.

1.3. Datos estadísticos [1547]

1.3.1. Patrones de consumo [1548]

El alcohol es la sustancia psicoactiva con un consumo más extendido entre la población española. La encuesta domiciliaria de 2003 [1549] puso de manifiesto que un 5'3 % podía considerarse como «bebedor de riesgo», incluyendo como tales a los hombres con un consumo de 50 cc de alcohol puro día y a las mujeres con 30 cc/día en los 30 días previos. El consumo estaba bastante más extendido en hombres que en mujeres (en 2003, prevalencia de consumo semanal de 63'3 % de los hombres frente al 32'9 % de las mujeres). Por grupos de edad, entre los 15-34 años estaba algo más extendido el consumo esporádicho y mucho más extendida la práctica de emborracharse estando, por el contrario, el consumo diario más extendido entre la población de 35-64 años. En este último grupo está un poco más extendida la prevalencia de bebedores de riesgo (5'6 frente a los 5'0 del grupo de 15-34, en el año 2003). La edad media de inicio en el consumo fue de 16'7 años, siendo más temprana para los hombres (15'9) que para las mujeres (17'6). La tendencia del consumo de alcohol en el período 1997 y 2003 se ha mantenido bastante estable.

Los derivados del cánnabis son la drogas ilegales más consumidas. En 2003, un 29 % de los españoles de entre 15 y 64 años la había probado alguna vez, un 11'13 % la había consumido en los últimos 12 meses, un 7'6 % en los últimos 30 días y un 1'5% a diario en este último período. El consumo creció de forma importante en el período 1995-2003. La media de edad de inicio en el consumo oscila entre los 18 y los 19 años.

En 2003 un 5'9 % de los españoles de 15-64 años había consumido cocaína alguna vez en su vida, un 2'7% en los últimos 12 meses y un 1'1% en los últimos 30 días, prevalencias que sitúan a la cocaína como la segunda droga de comercio ilegal más extendida, tras el cánnabis. Tras haberse mantenido relativamente estable en el período 1995-1999, el consumo ha aumentado de forma importante entre 1999 y 2003. La edad media de inicio en el consumo oscila entre 20 y

---

[1547] Fuente: Observatorio Español sobre Drogas. *Informe 2004. Situación y tendencias de los problemas de drogas en España.* Edita Ministerio de Sanidad y Consumo. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. 2005

[1548] La cifra total de consumidores de drogas en el mundo asciende actualmente a unos 200 millones de personas, lo que equivale al 5% de la población mundial o al 5% de la población de 15 a 64 años de edad. Las nuevas estimaciones confirman que el cannabis es la sustancia de consumo más extendido (casi 162 millones de personas), seguida por los estimulantes de tipo anfetamínico (unos 35 millones de personas). Algo más de 13 millones de personas consumen cocaína y 16 millones consumen opiáceos (heroína, morfina, opio, opiáceos sintéticos), incluidos unos 11 millones que toman heroína. United Nations. Office on Drugs and Crime. *World Drug Report 2006, Volume 1,* página 9 (Disponible en internet: http://www.unodc.org/unodc/world_drug_report.html)

[1549] El Programa de Encuestas Domiciliarias sobre Abuso de Drogas en España (EDADES) es un programa bienal de encuestas domiciliarias sobre consumo de drogas, promovido por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en colaboración con los Gobiernos Autonómicos, que se inició en 1995, y cuenta actualmente con resultados de cinco encuestas (1995, 1997, 1999, 2001 y 2003)

21 años. El consumo tiene generalmente un carácter esporádico, siendo baja la proporción de personas que la consume de forma habitual.

Entre 1995 y 2003 ha aumentado el consumo de éxtasis (denominación genérica para una serie de drogas sintéticas estimulantes derivada de la feniletilamina). Este aumento se ha producido sobre todo entre 1999 y 2001. En 2003, un 4'6 % de los españoles de 15 y 64 años había consumido alguna vez en la vida, un 1'4 % en los últimos 12 meses y 0'4 % en los últimos 30 días. Se trata de drogas cuyo consumo se restringe casi exclusivamente a la población joven con una prevalencia mayor entre hombres (2 % entre 15-64 años la habían consumido en los últimos 12 meses) que en las mujeres (0'8%). La edad media de inicio al consumo oscila entre los 20 y los 21 años. El consumo tiene un carácter todavía más esporádico que la cocaína.

El consumo de anfetaminas (también denominadas *speed* cuando se presentan en polvo) tiene también un rango de población marcadamente juvenil apreciándose una cierta tendencia a la estabilidad en el consumo, con una edad media de inicio entre 19 y 20 años. En 2003, la prevalencia de consumo alguna vez en la vida fue de un 3'2 %, de un 0'8 % en los últimos 12 meses y de un 0'2 % en los últimos 30 días.

En cuanto al consumo de alucinógenos (LSD, ácidos, tripis y mescalina), se aprecia un carácter muy esporádico, apreciándose un cierto descenso en la prevalencia de consumo en los últimos 12 meses (0'8 % en 1995 y 0'6 % en 2003). En 2003, un 2'3 % de la población de 15-64 años había consumido alucinógenos alguna vez en la vida, un 0'6 % en los últimos doce meses y un 0'2 % en los últimos 30 días.

En cuanto a la heroína, las encuestas domiciliarias no son, quizás, la metodología más adecuada porque es difícil hallar a los consumidores en los domicilios familiares y porque la precisión de las estimaciones es más baja cuando disminuye mucho la prevalencia del consumo. En 2003, las prevalencias de consumo de heroína alguna vez en la vida, en los últimos 12 meses y en los últimos 30 días fueron, respectivamente, 0'9%, 0'1% e inferior a esta cifra en el último caso. El consumo estaba bastante más extendido entre los hombres que entre las mujeres. La experimentación con esta droga era similar por edades, lo que sugiere que es un fenómeno en declive. La prevalencia de consumo en los últimos 12 meses parece mostrar una tendencia a la estabilidad o el descenso. La experimentación con opiáceos diferentes a la heroína es minoritaria.

En 2003, un 3'1 % de los españoles de 15-64 años había consumido tranquilizantes o somníferos sin receta médica en los últimos doce meses. La prevalencia de uso fue ligeramente más alta en las mujeres (3'3 %) que en los hombres (2'9 %). En el período 1997-2003 ha aumentado la prevalencia de consumo de estas sustancias, pasando de 2'3% en 1997 a 3'1% en 2003. Este es el grupo de drogas cuyo inicio comienza más tardíamente.

En lo que concierne a los inhalables volátiles, en 2003, un 1 % de los españoles había consumido alguna vez en la vida y sólo un 0'1 % en los últimos 12

meses y una proporción menor en los últimos 30 días. La experimentación fue más elevada en hombres que en mujeres (1'7 % frente a 0'3 %) y en las personas de 15-34 años que en las de 35-64 (1'7 frente a 0'5 %).

El fenómeno del policonsumo, consumo de varias drogas en un mismo período de tiempo, está muy extendido entre los consumidores españoles. Hay que tener en cuenta que policonsumo no significa necesariamente que las drogas se consuman mezcladas, ni simultáneamente, ni siquiera una a continuación de la otra.

1.3.2. Indicadores asistenciales[1550]

En 2002 se notificaron 46.744 admisiones a tratamientos por abuso o dependencia de sustancias psicoactivas (excluidos alcohol y tabaco), procedentes de 497 centros declarantes de las comunidades Autónomas y de Ceuta y Melilla. El número de admisiones notificadas fue inferior al de 2001 (49.376) e inferior al de 1999 (51.191 casos) y 1998 (54.338). Este descenso rompe la tendencia al ascenso ininterrumpido que se observó entre 1987 y 1998 y puede atribuirse fundamentalmente al impacto de tratamientos de larga duración (programas de sustitutivos de opiáceos), que disminuyen la rotación de usuarios por los diferentes servicios asistenciales.

En 2002, la tasa global de admisiones fue de 117'3 casos por 100.000 habitantes y la correspondiente al grupo de edad de 15 a 39 años de 254'0/100.000. Las comunidades con mayores tasas fueron Canarias, Melilla, Murcia y Madrid, y las más bajas Navarra, La Rioja y Cantabria.

La mayor parte de las admisiones a tratamiento se debieron a heroína (58'2 %), aunque el número de tratamientos por cocaína es ya muy importante (11.904 admisiones, 25'5% del total), llegando a superar el 30% del conjunto de tratados en las comunidades de Valencia, Navarra, Cataluña, Murcia y País Vasco, y el 50% de los admitidos por primera vez en la vida en Murcia, Valencia, Castilla-La Mancha, Navarra y Cataluña. La cocaína fue la droga que causó un mayor número de admisiones (41'7 % frente a 28'3 % la heroína), siendo la primera droga en 13 comunidades autónomas, frente a 6 (incluidas Ceuta y Melilla) en que fue la heroína. En tercer lugar se sitúa el cannabis (10'2%). La proporción de tratamientos por otras sustancias psicoactivas es sensiblemente inferior: opiáceos distintos a heroína (2'6%), hipnosedantes (1'3%), éxtasis y otros derivados de la feniletilaminas (1%), anfetaminas (0'7%), alucinógenos (0'1%) y sustancias volátiles (0'1%).

Las admisiones a tratamiento por heroína han descendido de forma importante en los últimos años, debido sobre todo a la caída de los admtidos a tratamiento

[1550] En lo que respecta a las repercusiones para la salud, calculadas en función de las solicitudes de tratamiento, los opiáceos fueron responsables del 65% de los tratamientos en Asia y el 59% en Europa. La cocaína sigue ocupando el primer lugar en las Américas en conjunto, pero actualmente el número de solicitudes en América del Norte es mayor para el cannabis que para la cocaína. En África, el cannabis sigue encabezando las solicitudes de tratamiento (63%). United Nations. Office on Drugs and Crime. *World Drug Report...*

por primera vez en la vida a partir de 1992 (la vía de administración fundamental fue la fumada con un 64'5 %, muy superior a la parenteral, 24'2 %). Por lo que respecta a la evolución de las admisiones a tratamiento por cocaína, se constata un aumento suave entre 1991 y 1995 y un fuerte aumento entre 1996 y 1999. Sin embargo, entre 1999 (8.977 admisiones) y 2001 (9.367) se observó una cierta estabilización, para volver a ascender a partir de dicho año (11.904 en 2002). El número de admisiones por cannabis se multiplicó por tres entre 1996 y 2002.

La gran mayoría de los admitidos a tratamiento en 2002 fueron varones (84'72%) y la edad media de los tratados fue de 31'4 años). Entre los menores de 18 años, la sustancia que provocó un mayor número de tratamientos fue el cannabis (59'9%) seguida de la cocaína (19'9%). La edad media de los admitidos a tratamiento por heroína ha aumentado mucho entre 1991 y 2002 (de 25'7 años en 1991 a 31'9 en 2002) y entre los tratados por cocaína (de 26-6 a 28'8 años).

En los tratados por primera vez, el tiempo medio transcurrido entre el primer consumo de la droga principal y la admisión a tratamiento por esta droga fue de 7'9 años, observándose los más bajos en los tratados por sustancias volátiles (2'3 años), éxtasis (3'8 años) o alucinógenos (4'2 años), y los más altos en los tratados por barbitúricos (13'3 años), heroína (9'7 años) y cocaína (7'4 años). Las mujeres suelen acudir antes (7'0 años) a tratamiento que los hombres (8'1 años).

1.3.3. Urgencias hospitalarias por reacción aguda a sustancias psicoactivas

En 2002 se recogieron 2.673 episodios de urgencia por reacción aguda a sustancias psicoactivas procedentes de 60 hospitales de 11 Comunidades Autónomas, limitándose la recogida de información a una semana de cada mes seleccionada aleatoriamente.

Las sustancias cuyo consumo se mencionaba más frecuentemente en la historia clínica (lo que no significa que hayan sido provocadas por las mismas, aunque las proporciones son similares) fueron cocaína (49'0% de los episodios), alcohol (39'0%), hipnosedantes (34'1%, los más citados fueron el alprazolam —Trankimazin—, cloracepato dipotásico y lorazepam), heroína (26'8%), cannabis (22'8%) y otros opioides sin especificar (17'7%). Se observa una disminución importante de las menciones de heroína que han pasado de 61'4% en 1996 a 40'5% en 2000 y 26'8 % en 2002) y un aumento de las menciones de cocaína. En cualquier caso, a partir de 1999, la heroína ha dejado paso a la cocaína como droga más mencionada en urgencias. Incluso en 2002, las menciones de alcohol y de hipnosedantes superan a las de heroína.

En 2002, la mayor parte de los pacientes con urgencias por drogas seguían siendo varones (72'6%) pero su proporción ha descendido algo (78'6% en 1996). La edad media de las personas con urgencias por drogas fue de 29'8 años con tendencia al aumento. La edad media más baja se observa en los atendidos por alucinógenos (23'9 años), éxtasis (24'2 años) y anfetaminas (25'3 años).

La mayor parte de las urgencias siguen resolviéndose con alta médica (82'1%) sin que se observen cambios importantes a lo largo de los años.

1.3.4. Indicadores de mortalidad

En 2002 se recogieron 496 muertes por reacción aguda tras el consumo de sustancias psicoactivas procedentes de 199 partidos judiciales, con una población de 19.800.071 habitantes (48'5% de la población total española). El 88'3% eran varones y su media de edad 34'7 años. Un 2'5% presentaba fuertes evidencias de suicidio y un 2'0% algún indicio o sospecha. Un 47'2% de los casos con información para esta variable presentaba signos recientes de venopunción, lo que sugiere que al menos la mitad murieron tras inyectarse drogas.

Entre los casos con análisis toxicológico disponible, un 83'6% fueron positivos a opioides, 53'8% a cocaína, 52'8% a benzodiacepinas, 42'9% a alcohol y 20'2% a cánnabis. El resto de las drogas tuvieron una presencia inferior al 5%. Se encontró una proporción muy alta de analíticas positivas a cocaína en Valencia (92'3%), Murcia 76'5%) y Palma de Mallorca (69'8%). Se registraron 53 muertes (11'3%) en cuyos análisis toxicológicos se detectó cocaína y no opiáceos, entre las cuales en 13 se detectó sólo cocaína (a propoción de muertes en que se detectaba sólo cocaína en 1983-1989 no llegaba al 1%, no obstante, muchas de estas muertes pueden no llegar a ser objeto de investigación judicial).

Aunque se detectó cánnabis en una proporción de muertes relativamente elevada, nada permite suponer que esta droga haya contribuido a la muerte. Tampoco las hubo en que se detectara exclusivamente MDMA u otras feniletilaminas. Se registró una muerte en que se detectaron exclusivamente anfetaminas.

Se aprecian algunas diferencias geográficas importantes en cuanto a la mortalidad por reacción aguda a sustancias psicoactivas. Así las ciudades de Palma de Mallorca (13'2 muertes por 100.000 habitantes), Barcelona (4'9/100.000) y Galicia (4'1/100.000) muestras tasas excepcionalmente altas en relación al resto de las áreas (inferiores a 3'5/100.000).

El número de muertes por reacción aguda a sustancias psicoactivas ha disminuido de forma importante en los últimos años, siendo la ciudad de Palma de Mallorca una excepción. La proporción de fallecidos por reacción aguda a drogas en que se encuentran opioides o sus metabolitos apenas ha descendido en los últimos años (90'4 % en 1996 y 83'6% en 2002).

1.4. ¿Tratamiento externo involuntario?

En términos generales, podemos señalar que la dependencia a sustancias psicoactivas ha sido reconocida como enfermedad común en nuestro ordenamiento. Prueba de ello es la referencia a este particular en las distintas regulaciones auto-

nómicas (así, artículo 4 de la Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en Materia de Drogas de la Comunidad Autónoma de Andalucía[1551]; artículo 3 del Texto refundido de la Ley sobre Drogodependencias y Otros trastornos adictivos de la Comunidad Valenciana aprobado por Decreto Legislativo 1/2003, de 1 de abril[1552]; artículo 3 de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de Prevención, Asistencia e Integración Social de Drogodependientes de Castilla y León[1553]).

Bastaría, por tanto, recurrir al artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y a los supuestos que en ella se recoge.

Sin embargo, desde el campo en el que estamos trabajando (la capacidad de decisión o la incapacidad legal), la interpretación debe ser todavía más restrictiva que en el ámbito de la enfermedad mental propiamente dicha.

Nuestro Tribunal Supremo (y la práctica judicial ordinaria) ha admitido generalmente como enfermedades incapacitantes a las psicosis, tanto orgánicas como funcionales y las deficiencias (expresamente recogidas en la ley). Otros cuadros, sin embargo, presentan mayores dificultades a la hora de su inclusión como patologías incapacitantes. La inclusión del alcoholismo y las drogodependencias como enfermedades desde una perspectiva legal, supone una mejora en la comprensión social de los afectados, pero ¿son por ello enfermedad que pueda entrar dentro del marco del artículo 200 del Código Civil? Algunas legislaciones recogen expresamente el alcoholismo y el abuso de estupefacientes como causa de incapacidad o inhabilitación. Por ejemplo, el artículo 378 (Libro I, Título 16) del Código Civil holandés establece: *1. Un adulto podrá ser puesto bajo tutela por el juzgado cuando: (...) b. Sea debido al hábito del alcoholismo, que da lugar a que: 1) No perciba correctamente sus intereses; 2) Ocasione repetidos altercados públicos; 3) Ponga en peligro la seguridad propia o ajena*. También el artículo 415 del Código Civil italiano expresa, en su párrafo segundo, que pueden ser inhabilitados los que «por abuso habitual de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes, exponen a sí mismos o a sus familias a graves perjuicios económicos». En el mismo sentido, el Código Civil portugués, en su artículo 152, establece que pueden ser inhabilitados los que «por el abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se muestren incapaces de regir convenientemente su patrimonio». En términos generales, todas las legislaciones exigen una alteración de la esfera psíquica, no bastando el mero abuso.

La doctrina más autorizada estima que las drogodependencias y el alcoholismo pueden integrar el concepto de enfermedad incapacitante[1554]. No es, por otro lado, infrecuente encontrar sentencias que consideran el abuso del alcohol como

---

[1551] BOE 194/1997, de 14 agosto 1997 Ref Boletín: 97/18301

[1552] Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 3 de abril de 2003, número 4473

[1553] BOE 99/1994, de 26 abril 1994 Ref Boletín: 94/09365

[1554] Martín Granizo, Mariano. *La incapacitación y figuras afines* Editorial COLEX, Madrid, 1987, páginas 46 a 50

tal[1555]. El problema es que, salvo los casos en que la adicción o el alcoholismo hayan provocado deterioro orgánico, la situación anormal es la conducta propiamente dicha y los tratamientos para su rehabilitación no dejan de intervenir en una esfera que puede ser cuestionable desde muchas perspectivas al tratarse fundamentalmente de la conversión de un modo de vida en otro. Ello explica que algunas resoluciones expresen frases tan singulares como: *Buenos estaríamos si hubiera que incapacitar a todos/todas los que pretendidamente lleven un excesivo consumo de alcohol*[1556].

Cuestión distinta es que los afectados puedan padecer pérdida de capacidad de decisión en momentos puntuales, como puede ser el caso de una intoxicación aguda que precise ingreso hospitalario. El tratamiento ambulatorio es, sin embargo, el más natural y utilizado y se desarrollará, normalmente, en régimen de voluntariedad.

No es enteramente cierto, sin embargo, que el paciente acuda al tratamiento exclusivamente por propia voluntad. Recibe un elevado número de presiones tanto familiares, como laborales e incluso legales para la adopción del tratamiento, lo que implica que el presupuesto que durante mucho tiempo se ha considerado como básico, la motivación, deba ser reconsiderado. Aunque *es prácticamente imposible recuperar a un drogodependiente en contra de su voluntad, tampoco puede exigírsele, como premisa indispensable para iniciar un tratamiento, que demuestre poseer una gran motivación para dejar el tóxico, ya que su capacidad volitiva y de decisión está sensiblemente disminuida por la dependencia*[1557].

No obstante lo anterior, la posibilidad de un tratamiento involuntario generalmente aparece vinculada a la existencia de una sanción, bien penal o administrativa, conectada generalmente con el hecho de la posesión o consumo de sustancias y no estrictamente por motivos de índole sanitaria. Es por ello que abordaremos su análisis en próximos apartados puesto que, salvo los casos expuestos, el problema de la capacidad de decisión suele ser irrelevante en materia estrictamente vinculada a dependencia a sustancias psicoactivas y tratamiento ambulatorio.

2. ASPECTOS PENALES

2.1. Introducción

Como acertadamente señala VIVES[1558], *el derecho penal no tiene en la problemática de la droga ni la primera, ni la única, ni la última palabra,* lo que es también predicable de los aspectos concernientes a la salud mental en general.

[1555] Así SAP Ciudad Real, sec. 1ª, 10-3-1999 (EDJ 1999/10146)

[1556] Así SAP Guipúzcoa, Secc. 2ª, 18-05-2000 (EDJ 2000/75277)

[1557] Vallejo Ruiloba, J. et al. *Op cit.* Página 674.

[1558] Vives Antón, Tomás S. «Presupuestos de la prevención en el tráfico de drogas» en VV.AA. *Problemática jurídica y psicosocial de las dorogas,* Generalitat Valenciana, Conselleria de Sanitat y Consum, Monografías sanitarias Serie A (Estudis), Valencia, 1987, página 248.

Efectivamente, como señala el autor, la disminución de los efectos nocivos que la droga comporta pueden depender de la incidencia del castigo sólo en una pequeña proporción. Antes, durante y después de la intervención penal es preciso introducir mecanismos de resolución de conflictos que discurran por mecanismos menos gravosos que la pena.

Sentado lo anterior, sin embargo, es necesario destacar que es posible combinar el tratamiento con un enfoque judicial para abordar el problema del abuso de sustancias (tales intervenciones no se excluyen mutuamente)[1559].

La intervención judicial en lo concerniente a las dependencias tiene aspectos diferenciales con la propia de la atención a la salud mental.

En primer lugar, en lo que concierne al ámbito del derecho comparado, existe una gran diferencia entre los países que penalizan el consumo no preordenado al tráfico y los que no.

En segundo lugar, desde la perspectiva propia del derecho interno, es apreciable una clara tendencia legislativa a la creación de mecanismos que promuevan el tratamiento. Esto tampoco es un hecho aislado en el contexto internacional. La preocupación por la seguridad pública y el conocimiento de la relación que existe entre la delincuencia y el abuso de sustancias han obligado a los sistemas de justicia penal a considerar la posibilidad de recurrir a alternativas de tratamiento que no sean el simple encarcelamiento. Por ello, la policía, los agentes de libertad condicional y de libertad vigilada, los jueces y otros agentes del sistema de justicia penal han pasado a ser fuentes importantes de remisión de casos a los servicios de tratamiento del abuso de sustancias. Para la sociedad la «eficacia» del tratamiento se mide en función de la reducción de los índices de delincuencia y los restantes problemas socialmente perjudiciales relacionados con la dependencia y no sólo en lograr la abstinencia como factor de salud[1560].

El esquema que vamos a seguir se iniciará en el problema de la penalización de la posesión, seguidamente se abordarán las diferencias encontradas en las distintas parcelas examinadas en los epígrafes anteriores destinados a la salud mental en sentido estricto, por último, veremos otros supuestos de intervención en el ámbito penal no reseñados en tales epígrafes al constituir una novedad del sistema de atención a las dependencias.

[1559] Naciones Unidas. *¿Por qué invertir en el tratamiento del abuso de drogas? Documento de debate para la formulación de políticas*. Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2003, página 24.

[1560] Naciones Unidas. *Op. cit.*, páginas 11 y 12

2.2. La intervención penal motivada por la posesión no preordenada al tráfico. Perspectiva internacional

En principio, como señalan BOIX y MIRA[1561], la conducta del simple consumidor, al tratarse de actos que permanecen en la esfera de lo individual, sin trascendencia a lo social, no precisa de punición. Si tal conducta genera daño para la propia salud, estaremos ante la necesidad de un tratamiento debiendo considerarse a la persona afectada como enferma.

Podemos distinguir cuatro categorías de delitos relacionados con la droga[1562]:

1) Delitos psicofarmacológicos: en los que la infracción se comete bajo los efectos de una sustancia psicoactiva
2) Delitos compulsivos con finalidad económica: en los que el fin es la obtención de la propia sustancia o de fondos económicos para financiar la adicción
3) Delitos sistemáticos: cometidos dentro del funcionamiento de los mercados ilegales en el negocio de la distribución y suministro de drogas ilícitas
4) Delitos contra la legislación en materia de drogas (u otras legislaciones afines)

Los datos de las tres primeras son escasos en la Unión Europea. En cuanto a la cuarta, las estadísticas y sistemas de información difieren según los países lo que da lugar a una falta de homogeneidad en los datos.

En la mayoría de los Estados miembros, la mayor parte de los delitos contra la legislación en materia de drogas que se han notificado están relacionados con el consumo de drogas o la posesión para consumo, porcentaje que varía entre el 39% de todos los delitos en Polonia hasta el 87% en Austria y en el Reino Unido. En todos los países en los que se disponía de datos, salvo en Portugal, el porcentaje de los delitos de consumo y posesión de drogas dentro de los delitos contra la legislación en materia de drogas aumentó durante el período quinquenal 1998-2003. La tasa de aumentos fue en general lenta, pero se observaron tendencias alcistas considerables en Bélgica, Luxemburgo, Eslovenia e Irlanda hasta 2001. La razón del descenso de Portugal radica en que en julio de 2001 entró en vigor la Ley 30/2000, de 29 de noviembre de 2000, de

---

[1561] Boix Reig, Javier y Mira Benavent, Javier. «La reforma penal en relación con la problemática de la droga» en VV.AA. *Problemática jurídica y psicosocial de las Drogas,* Generalitat Valenciana, Conselleria de Sanitat y Consum, Monografías sanitarias Serie A (Estudis), Valencia, 1987, página 97.

[1562] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, página 70. Estos patrones continúan en el informe de 2005 (Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005, página 84)

despenalización del consumo y de la posesión de drogas para consumo personal[1563]. En 2003 se registraron descensos en la república Checa, Luxemburgo, Austria y Eslovenia.

La penalización del consumo varía según los países, desde completa existente en Francia y Luxemburgo[1564], por ejemplo, a la despenalización como en España e Italia[1565].

[1563] Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro, Define o regime jurídico aplicable ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica. El artículo 2 establece que el consumo constituye infracción administrativa (Artigo 2.º .- Consumo. 1 - O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenarão. 2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.). En lo que a nosotros concierne, señalar que la Ley permite la suspensión provisoria del proceso (artículo 11), la supensión de determinación de la sanción (artículo 14) y la suspensión de la ejecución de la sanción (artículo 19) en los casos de tratamiento.

[1564] En Luxemburgo, tras la Ley de 27 de abril de 2001 *(Loi du 27 avril 2001 modifiant la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances),* el consumo de cannabis, aunque continúa siendo considerado como ilícito penal, su castigo sólo considera la multa y no la prisión, salvo que el uso se realice ante menores, en escuelas o en un centro de trabajo (European Legal Database on Drugs. *Decriminalisation in Europe? Recent developments in legal approaches to drug use.* November 2001, disponible en Internet http://eldd.emcdda.org/databases/eldd_comparative_analyses.cfm) Dispone el artículo 7, apartado B.1.:

> B.1. Seront punis d'une amende de 10.001,- à 100.000,- francs, ceux qui auront, de manière illicite, fait usage de chanvre (cannabis)ou des produits dérivés de la même plante, tels qu 'extraits, teintures ou résines, ou qui les auront, pour leur seul usage personnel, transportés, détenus ou acquis à titre onéreux ou à titre gratuit.
>
> 2. Seront punis d'une amende de 10.001,- à1.000.000,- francs, ceux qui auront facilité à autrui l'usage, à titre onéreux ou à titre gratuit, des substances visées à l'alinéa B.1.du présent article, soit en procurant à cet effet un local, soit par tout autre moyen.
>
> 3. Seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 10.001,-à 100.000,-francs,ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui auront, de manière illicite, fait usage devant un ou des mineurs ou dans les établissements scolaires et lieux de travail des substances visées à l'alinéa B.1.du présent article.
>
> 4. Seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 20.000,- à 1.000.000,- francs, ou de l'une de ces peines seulement, ceux qui auront, de manière illicite, fait usage avec un ou des mineurs des substances visées à l'alinéa B.1.du présent article, ainsi que le médecin ou médecin-dentiste, pharmacien ou autre dépositaire légalement autorisé à détenir ces substances, qui en aura, de manière illicite, fait usage pour lui-même.
>
> 5. Sera puni d'un emprisonnement de un an à cinq ans et d'une amende de 20.000,-à 5.000.000,-francs,ou de l'une de ces peines seulement, le médecin, médecin-dentiste, pharmacien ou autre dépositaire légalement autorisé à détenir les substances visées à l'alinéa B.1.du présent article, qui aura, de manière illicite, fait usage de ces substances pour lui-même dans un établissement pénitentiaire, dans un établissement d'enseignement, dans un centre de services sociaux ou dans leur voisinage immédiat ou en un autre lieu où des écoliers ou des étudiants se livrent à des activités éducatives, sportives ou sociales.»

[1565] En Italia, tras la Ley 309/90 de 26 de junio de 1990, se considera la posesión, importación o adquisición para uso personal como simple infracción administrativa a castigar con la suspensión de la licencia de conducir, de la licencia de armas, pasaporte y cualquier otro documento equivalente. La regulación se encuentra en el artículo 75 del *D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenze (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 ottobre 1990, numero 255, S.O.),* cuyo texto pasamos a recoger por su interés dado que recoge el modelo administrativo también vigente en nuestro Derecho. En lo que a nosotros importa, el artículo contempla la suspensión del procedimiento por el Prefecto de Policía en caso de que el afectado «voluntariamente» acceda a un programa de tratamiento y de rehabilitación social.

> Articolo 75. Sanzioni amministrative

1. Chiunque, per farne uso personale, illecitamente importa, acquista o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope [in dose non superiore a quella media giornaliera, determinata in base ai criteri indicati al comma 1 dell'articolo 78], è sottoposto alla sanzione amministrativa della sospensione della patente di guida, della licenza di porto d'armi, del passaporto e di ogni altro documento equipollente o, se trattasi di straniero, del permesso di soggiorno per motivi di turismo, ovvero del divieto di conseguire tali documenti, per un periodo da due a quattro mesi, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle I e III previste dall'articolo 14, e per un periodo da uno a tre mesi, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso articolo 14. Competente ad applicare la sanzione amministrativa è il prefetto del luogo ove è stato commesso il fatto.

2. Se i fatti previsti dal comma 1 riguardano sostanze di cui alle tabelle II e IV e ricorrono elementi tali da far presumere che la persona si asterrà, per il futuro, dal commetterli nuovamente, in luogo della sanzione, e per una sola volta, il prefetto definisce il procedimento con il formale invito a non fare più uso delle sostanze stesse, avvertendo il soggetto delle conseguenze a suo danno.

3. In ogni caso, se si tratta di persona minore di età e se nei suoi confronti non risulta utilmente applicabile la sanzione di cui al comma 1, il prefetto definisce il procedimento con il formale invito a non fare più uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, avvertendo il soggetto delle conseguenze a suo danno.

4. Si applicano, in quanto compatibili, le norme della sezione II del capo I e il secondo comma dell'articolo 62 della legge 24 novembre 1981, n. 689. Il prefetto provvede anche alla segnalazione prevista dal comma 2 dell'articolo 121.

5. Accertati i fatti, gli organi di polizia giudiziaria procedono alla contestazione immediata, se possibile, e senza ritardo ne riferiscono al prefetto.

6. Entro il termine di cinque giorni dalla segnalazione il prefetto convoca dinanzi a sé o ad un suo delegato la persona segnalata per accertare, a seguito di colloquio, le ragioni della violazione, nonché per individuare gli accorgimenti utili per prevenire ulteriori violazioni. In tale attività il prefetto è assistito dal personale di un nucleo operativo costituito presso ogni prefettura.

7. Gli organi di polizia giudiziaria possono invitare la persona nei cui confronti hanno effettuato la contestazione immediata a presentarsi immediatamente, ove possibile, dinanzi al prefetto o al suo delegato affinché si proceda al colloquio di cui al comma 6.

8. Se l'interessato è persona minore di età, il prefetto convoca, se possibile ed opportuno, i familiari, li rende edotti delle circostanze di fatto e dà loro notizia delle strutture terapeutiche e rieducative esistenti nel territorio della provincia, favorendo l'incontro con tali strutture.

9. Il prefetto, ove l'interessato volontariamente richieda di sottoporsi al programma terapeutico e socio-riabilitativo di cui all'articolo 122 e se ne ravvisi l'opportunità, sospende il procedimento e dispone che l'istante sia inviato al servizio pubblico per le tossicodipendenze per la predisposizione del programma, fissando un termine per la presentazione e curando l'acquisizione dei dati necessari per valutarne il comportamento complessivo durante l'esecuzione del programma, fermo restando il segreto professionale previsto dalle norme vigenti ai fini di ogni disposizione del presente testo unico.

10. Il prefetto si avvale delle unità sanitarie locali e di ogni altra struttura con sede nella provincia che svolga attività di prevenzione e recupero. Può assumere informazioni, presso le stesse strutture, al fine di valutare l'opportunità del trattamento.

11. Se risulta che l'interessato ha attuato il programma, ottemperando alle relative prescrizioni, e lo ha concluso, il prefetto dispone l'archiviazione degli atti.

12. Se l'interessato non si presenta al servizio pubblico per le tossicodipendenze entro il termine indicato ovvero non inizia il programma secondo le prescrizioni stabilite o lo interrompe senza giustificato motivo, il prefetto lo convoca nuovamente dinanzi a sé e lo invita al rispetto del programma, [rendendolo edotto delle conseguenze cui può andare incontro. Se l'interessato non si presenta innanzi al prefetto, o dichiara di rifiutare il programma ovvero nuovamente lo interrompe senza giustificato motivo, il prefetto ne riferisce al procuratore della Repubblica presso la pretura o al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, trasmettendo gli atti ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'art. 76. Allo stesso modo procede quando siano commessi per la terza volta i fatti di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo].

13. Degli accertamenti e degli atti di cui ai commi che precedono può essere fatto uso soltanto ai fini dell'applicazione delle misure e delle sanzioni previste nel presente articolo [e nell'art. 76].

Otros países, manteniendo la penalización, permiten el consumo en algunos casos (así en Alemania, con respecto al cannabis, desde 1994)[1566]

Según afirman CABALLERO y BISIOU, fundándose en estudios de derecho comparado, *parece que es difícil establecer una correlación entre la severidad de una legislación y el consumo de droga*[1567]. Las políticas represivas no obtienen mejores resultados. Sin embargo, los riesgos de la despenalización del consumo no pueden pasar inadvertidos y presentan la incoherencia, como señalan los autores, de un sistema en el que se tiene el derecho de comprar pero no el de vender, lo que daría pie a un examen de los sistemas de legalización controlada, que presentan también inconvenientes y ventajas.

Estos temas son muy sugerentes pero exceden de nuestro propósito que va a ceñirse, en este apartado, al análisis de la legislación española y de la francesa como sistema de comparación.

Antes de finalizar este apartado, no obstante, vamos a reseñar que una cosa es la legalización y otra muy distinta es la despenalización que supone únicamente que estos actos no son infracciones penales pero que su utilización sigue siendo ilícita y que pueden seguir siendo aplicadas sanciones administrativas tales como la multa, suspensión del permiso de conducir o de la licencia de armas, o simple advertencia.

Las Convenciones de Naciones Unidas determinan la prohibición del uso de las drogas para otros propósitos que no sean científicos o médicos, pero permiten dejar el tipo de sanción a la discrecionalidad de cada país[1568]. Un análisis de las

---

14. L'interessato può chiedere di prendere visione e di ottenere copia degli atti di cui al presente articolo che riguardino esclusivamente la sua persona. Nel caso in cui gli atti riguardino più persone, l'interessato può ottenere il rilascio di estratti delle parti relative alla sua situazione.

15. In attesa della costituzione dei nuclei operativi il prefetto si avvale, anche ai fini del colloquio di cui al comma 6, delle unità sanitarie locali e delle altre strutture di cui al comma 10.

16. Per le esigenze connesse ai compiti attribuiti al prefetto il Governo è delegato ad emanare, nel termine di novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge 26 giugno 1990, n. 162, un decreto legislativo con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) previsione della istituzione nei ruoli dell'Amministrazione civile dell'interno di una apposita dotazione organica di assistenti sociali, complessivamente non superiori a duecento unità, per l'espletamento nell'ambito delle prefetture degli adempimenti di cui al presente articolo, e delle attività da svolgere in collaborazione con il servizio pubblico per le tossicodipendenze e con le altre strutture operanti nella provincia;

b) previsione delle qualifiche funzionali e dei relativi profili professionali riferiti al personale di cui alla lettera a) in conformità ai principi stabiliti dalla normativa vigente per i ruoli dell'Amministrazione civile dell'interno;

c) previsione che per la copertura dei posti di nuova istituzione il Ministro dell'interno è autorizzato a bandire pubblici concorsi e a procedere alle relative assunzioni in servizio con l'osservanza delle procedure previste dagli articoli 20, ultimo comma, e 13 del D.P.R. 24 aprile 1982, n. 340;

d) previsione che il prefetto possa anche avvalersi di personale volontario, previa verifica di una comprovata competenza nel campo del recupero delle tossicodipendenze.

17. L'onere derivante dall'attuazione del comma 16, lettera a), è determinato in lire 6.050 milioni annui a decorrere dal 1991.

[1566] CABALLERO, Francis y BISIOU, Yann. *Droit de la Drogue*. Dalloz, 2e édition, París, 2000, página 128

[1567] *Op. cit.*, página 129

[1568] EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. *Illicit drug use in the EU: Legislative approaches*. Lisboa, 2005, página 22. En esta publicación se contiene una descripción detallada de los sistemas legales y de las reformas operadas en Europa (páginas 13 y ss.)

estrategias nacionales sugieren que la acción se basa en: a) una mayor potenciación del tratamiento en lugar del castigo penal; b) se concibe el uso como una infracción menor en la que la privación de libertad no se considera sanción adecuada y c) la percepción de que el cannabis es menos peligroso para la salud comparado con otras drogas. Al mismo tiempo es un error definir esta corriente como una relajación o ablandamiento de las leyes sobre drogas en Europa, en primer lugar, porque los países que han modificado sus leyes no han pretendido más que simplemente modificar el tipo de respuesta, segundo, porque algunos gobiernos no han intentado modificar sus normas que están basadas en la prohibición y, tercero, porque la incorporación de nuevos países arroja que 10 más consideran la infracción como susceptible de privación de libertad.

		1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ALEMANIA	(4)	63	64	65.9	65.6	66.9	66	68	
AUSTRIA	(1)	86.5	84.7	86.7	88.5	89.8	88.9	89.5	86'7
BÉLGICA	(2)(6)	52.7	67.1	64.3	61.9	70.4	79'6		
REPUBLICA CHECA	(3)	6.2	8.5	9.4	10.5	8'6			
CHIPRE	(4)	56'6							
ESLOVENIA	(4)	73.9	87.5	85'1					
FINLANDIA	(4)	52.4	60'3						
FRANCIA	(3)	72.3	78.9	82	83.5	82.7	84.8	84	83'8
GRECIA	(4)	78'5							
IRLANDA	(4)	64.6	68.4	77.2	79.9	79.8			
LUXEMBURGO	(4)	5.6	7.9	22.9	23	31.1	19.4	23.4	11'3
MALTA	(3)	73'4	73'4	74'6					
NORUEGA	(4)	35.4	34	37.5	38.9	39.7	41.5		
POLONIA	(4)	12'1	14'3	22'8	33'1	39'2			
PORTUGAL	(3) (5)	54.3	57.5	60.6	61.7	54.8	39.4		
SUECIA	(4)	78	78.9	79.1	80	82.1	81.6	81.7	86'3
REINO UNIDO	(4)	83.7	85.2	86.3	86.3	86.2	86'3	87'5	

(1) La ley solo distingue entre pequeñas y grandes cantidades. Estos casos de posesión y tráfico en pequeña escala han sido considerados como «uso/posesión para uso».
(2) Entre todas las infracciones por droga en 1998 y 1999; entre las principales infracciones desde 2000.
(3) Entre las principales infracciones.
(4) Entre todas las infracciones por droga – varias infracciones distintas pueden estar incluidas en un mismo caso.
(5) Desde julio de 2001, el uso/posesión para uso no es una infracción penal. Por ello, la proporción se ha reducido en 2001 y se ha detenido desde entonces.
(6) En 1998 y 1999 hay un doble registro como personas notificadas por dos infracciones fueron contabilizadas dos veces en el total. Desde 2000 en adelante, sólo la infracción principal fue objeto de cómputo. Sin embargo, una persona puede ser registrada varias vecees si es arrestada vairas veces durante el mismo año. Desde 2003, cada infracción está contabilizada separadamente.

FIG 2. *Porcentaje de infracciones penales de droga relacionadas con el consumo o posesión para consumo, 1996-2003*[1569]

[1569] EMCDDA, *Statistical Bulletin 2005,* disponible en Internet en: http://stats05.emcdda.europa.eu/en/elements/dlotab04-en.html

2.2.1. La legislación española sobre consumo de drogas

CABALLERO y BISIOU señalan que, en España, a partir de 1983, el número de sobredosis presentó una progresión espectacular que situó su tasa de mortalidad al segundo lugar de Europa, tras Italia. En lo concerniente a la propagación del SIDA estos dos países presentaron también la tasa más elevada de la Unión Europea. Sin embargo, subrayan los autores que expertos españoles estiman que el aumento no tiene nada que ver con una pretendida liberalización sino, más bien, con un fenómeno social correspondiente a una apertura al mundo [1570].

En primer lugar, tenemos que afirmar que la reforma de junio de 1983 del Código Penal no supuso despenalización alguna en relación con la regulación anterior. Ni se despenalizó el consumo, puesto que anteriormente no era punible, ni se legalizó la denominada «droga blanda», dado que su tráfico seguía estando penalmente sancionado [1571]. En efecto, una larga trayectoria jurisprudencial estimaba que el antiguo artículo 344 no recogía las hipótesis de consumo propio y posesión con aquella finalidad con el argumento de que tales conductas no constituían delito debido a que sólo ponen en peligro la salud del consumidor y no la colectiva, que es el bien jurídico protegido [1572] [1573].

Sin embargo, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana tipificó, como infracción administrativa, determinadas conductas. En concreto, el artículo 25 nº 1 de la citada norma señala que constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana:

- El consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos
- La tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal [1574]
- El abandono en lugares, vías, establecimientos o trasportes públicos de útiles o instrumentos utilizados para el consumo [1575]

[1570] *Op. cit.*, páginas 128 y 129

[1571] Boix Reig, Javier y Mira Benavent, Javier. *Op. cit.*, página 104.

[1572] *Op. cit.*, página 122. Las página 124 y 125, nota 78 recogen un largo número de sentencias que consideraron impune el autoconsumo y la tenencia con dicha finalidad, anteriores a la reforma de 1983.

[1573] Para no desviarme del tema principal y por la extensión del presente trabajo, no voy a entrar en el examen de los problemas que planteó la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social (BOE núm. 187, de 6 de agosto) que incluía dentro de los supuestos de estado peligroso a los ebrios habituales y los toxicómanos (artículo 2.7), permitiendo la imposición de diferentes medidas de seguridad entre las que se encontraban el «tratamiento ambulatorio» o la «obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado y sumisión a la vigilancia de los delegados» (artículo 6, apartado 5º). Basta decir que la Disposición Derogatoria única de la L.O. 10/1995 que aprobó el Código Penal, en su apartado 1, letra «c», la deroga expresamente.

[1574] Por las razones expuestas anteriormente, tampoco voy a analizar la conducta desde la perspectiva de las infracciones administrativas del artículo 11 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (BOE número 297, de 13 de diciembre)

[1575] Téngase en cuenta que el artículo 630 del C.P. contempla, desde la promulgación de la L.O. 10/1995, con las actuales penas de localización permanente de 6 a 10 días o multa de uno a dos meses (penalidad

Las mentadas infracciones pueden ser sancionadas con multa de 300'52 € a 30.050'61 €[1576]. Expresamente señala la ley que «las infracciones previstas en el art. 25 podrán ser sancionadas, además, con la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y con la retirada del permiso o licencia de armas, procediéndose desde luego a la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (artículo 28). Las infracciones graves prescriben al año (artículo 27) y sus sanciones a los dos años (artículo 28.4). El artículo 33 de la Ley señala, por último, que «en los procesos penales en que intervenga el Ministerio Fiscal, cuando se acordase el archivo o se dictase auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria por acreditarse que los hechos no sean constitutivos de infracción penal, deberá aquél remitir a la autoridad sancionadora copia de la resolución y de los particulares que estime necesarios, cuando aquéllos pudieran ser objeto de sanción administrativa conforme a lo previsto en esta ley».

Desde luego, nada tenemos que objetar a la tipificación expresa de las infracciones reseñadas en primer y tercer lugar. Hay que distinguir, sin duda, entre un uso público y un uso privado. De hecho, también en las drogas lícitas está comenzando a restringirse el uso público (véase el ejemplo del tabaco).

Distinta consideración merece la segunda de tales infracciones, dado que recoge el uso privado. Muchos son los aspectos que pueden traerse a la balanza como son si debería restringirse sólo a las drogas menos dañinas como el cannabis o los problemas que ya hemos enunciado que genera la existencia de una contradicción entre la oferta y la demanda que genera un mercado no controlado y sin protección alguna del consumidor. No podemos detenernos en tales aspectos.

Vamos a adentrarnos directamente en la facultad que recoge el segundo apartado del artículo 25 de la L.O. 1/1992:

> 2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.

El artículo recoge la posibilidad de aplicar un tratamiento involuntario como alternativa a la sanción. La Exposición de Motivos de la Ley justifica esta novedad:

> Atendiendo al fin resocializador y no exclusivamente retributivo de la sanción, se regula en la presente ley, para estos supuestos, la posibilidad de suspensión de las sanciones en los casos en los que el infractor se someta a un tratamiento de deshabituación en un centro o servicio debidamente acreditado.

---

introducida tras la reforma de la L.O. 15/2003) la conducta de «los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores»

[1576] Cincuenta mil una pesetas a cinco millones de pesetas en el texto original. Ténganse presente los módulos de conversión establecidos por el artículo 11 de la Ley 46/1998, de 26 de diciembre, sobre introducción del euro, de acuerdo con la redacción dada por la Ley 9/2001, de 4 de junio

El precepto no impone obligación alguna de ofrecer la posibilidad sino el derecho a solicitar la medida, una vez firme la sanción y tampoco de carácter automático (señala la Ley que «podrán»...)[1577].

El Real Decreto 1079/1993, de 2 de julio, por el que se regula la remisión de las sanciones administrativas en materia de drogas[1578] tiene por objeto el régimen general de la suspensión de sanciones, la regulación del procedimiento de suspensión y del seguimiento de los tratamientos de deshabituación.

El procedimiento será de aplicación «a los infractores que puedan ser considerados consumidores frecuentes o habituales de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (artículo 1.2). Es de reseñar el amplísimo elenco que cubre esta disposición puesto que, en ausencia de tratamientos involuntarios civiles, mediante el procedimiento administrativo sancionador se puede conminar (siguiendo estrictamente la letra de la norma) al tratamiento involuntario de todas las personas que, desde un punto de vista sanitario, son consideradas enfermos, sin distinción siquiera de la gravedad.

El procedimiento de suspensión se incoa cuando el infractor, mediante la correspondiente solicitud, formula declaración libre y voluntaria, a iniciativa propia o previo ofrecimiento de la autoridad competente, manifestando que se encuentra sometido o tiene el propósito de someterse a un tratamiento de deshabituación, indicando el centro o servicio debidamente acreditado a tal fin y comprometiéndose a seguirlo en la forma y por el tiempo que se determinen. A la declaración debe acompañarse informe del centro o servicio con indicación de los antecedentes del interesado, diagnóstico y determinación de las características, y duración previsible del tratamiento. Si la resolución es favorable a la suspensión[1579], la autoridad competente declarará también suspendido el plazo de prescripción de la sanción por el tiempo previsto de duración del tratamiento y, en su caso, de las prórrogas del mismo.

El tratamiento, ya sea en régimen de internamiento o a través de visitas concertadas y periódicas al centro o servicio determinado, se prolonga por el tiempo indispensable, teniendo en cuenta el estado físico y psíquico del interesado al comenzar el tratamiento y la evolución que experimente durante el mismo, pudiendo concederse las prórrogas que resulten procedentes del tiempo mínimo inicialmente fijado, en caso de que la evolución del proceso de deshabituación sea positiva y el tiempo inicialmente concedido resulte insuficiente, siempre que el interesado manifieste su conformidad con la indicada medida.

Durante el tiempo de aplicación del tratamiento, la autoridad competente tiene obligación de efectuar un seguimiento del proceso de deshabituación, a cuyo efecto el centro o servicio responsable de su realización, sin perjuicio de la confidencia-

---

[1577] STSJ de Valencia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 15 de febrero de 1999, Pte. Vidal Más, Rosario (EDJ 1999/6187)

[1578] BOE 172/1993, de 20 de julio de 1993. Ref. Boletín: 93/18951

[1579] Para su valoración la autoridad competente puede también tener en cuenta cuantos informes médicos, psicológicos o de otra naturaleza considere necesarios)

lidad de la información, debe facilitar comunicaciones o partes sobre la evolución del tratamiento y cuantos extremos resulten relevantes, con la periodicidad que se determine.

Cuando de la información reunida se deduzca que el interesado ha cumplido satisfactoriamente su compromiso, la autoridad competente acordará la remisión total o parcial de la sanción o sanciones impuestas. El incumplimiento, total o parcial, el abandono unilateral del tratamiento, la comisión de una nueva infracción de las tipificadas en el art. 25.1 de la Ley Orgánica 1/1992, o de un delito contra la salud pública relacionado con las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, durante el tiempo de aplicación del tratamiento o de sus eventuales prórrogas, determina que se decrete la iniciación o, en su caso, la continuación del expediente de ejecución de la sanción.

En el año 2002[1580], los cifra de denunciados por consumo y/o tenencia ilícita de drogas en aplicación del artículo 25 de la L.O. 1/1992 ascendió a 121.834, lo que supuso un incremento del 85 % respecto al año anterior, continuando la tendencia alcista observada en los últimos años. El cánnabis fue la sustancia que dio lugar al mayor número de denunciados (67 %), le sigue la cocaína (21 %) que registró un fuerte incremento. En cambio, los denunciados por opiáceos se redujeron casi a la mitad. El perfil de los denunciados fue mayoritariamente masculino (95 %), en las franjas de edad de 19 a 25 (46'9 %) y 26 a 40 años (33'29 %). En 2003[1581], las denuncias por consumo y/o tenencia ilícita de drogas en aplicación del artículo 25 de la L.O. 1/1992 ascendieron a 122.634, lo que supuso un incremento del 0'7% respecto del año anterior, continuando la tendencia alcista, aunque más moderadamente. En 2003, el cannabis sigue siendo la sustancia que da lugar al mayor número de denuncias (74'9 %), seguida por la cocaína (16%). El perfil y las franjas de edad no experimentaron prácticamente variaciones.

El número total de expedientes incoados ascendió, en 2002, a 89.106 y el total de sanciones administrativas ascendió a 62.446. Tanto los expedientes como las sanciones experimentaron un crecimiento respecto al año anterior del 16 % y 18 % respectivamente. Las Comunidades Autónomas en las que se produjeron más sanciones por número de habitantes fueron Ceuta, Canarias y Baleares. En el año 2003, el número total de expedientes incoados ascendió a 98.856 y el total de sanciones administrativas a 64.448, experimentando un crecimiento respecto al año anterior del 10'9% y 3'3%, respectivamente[1582]. En 2003, las Comunidades en las que se produjeron una mayor tasa de sanciones por habi-

---

[1580] Fuente: Observatorio Español sobre Drogas. *Informe nº 6*. Edita Ministerio del Interior. Delegación del gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría General Técnica, noviembre de 2003, páginas 135 a 139.

[1581] Fuente: Observatorio Español sobre Drogas. *Informe 2004. Situación y tendencias de los problemas de drogas en España*. Edita Ministerio de Sanidad y Consumo. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. 2005, páginas 173 y ss.

[1582] Fuente: Observatorio Español sobre Drogas. *Informe 2004. Situación y tendencias de los problemas de drogas en España*. Edita Ministerio de Sanidad y Consumo. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. 2005, páginas 177 y ss.

tante fueron Melilla (58'7 por 10.000 hab.), Ceuta y Canarias (56'6/10.000) y Baleares (38'6/10.000).

Las sanciones suspendidas por sometimiento a tratamiento en el año 2002 ascendieron a 3.446, cifra algo inferior a la del año anterior. La evolución fue descendente. Canarias, Andalucía y Galicia son las Comunidades Autónomas en las que se han producido más suspensiones. Sólo el 5'5 % del total de sanciones se suspendieron por tratamiento. En el año 2003, las sanciones suspendidas ascendieron a 3.949, superando a las del año anterior, con lo que se ha roto la tendencia anteriormente descrita observada entre 1999 y 2002. Andalucía, Canarias, Castilla-León y Galicia fueron las Comunidades Autónomas en donde se produjeron más suspensiones en 2003.

	Expedientes incoados	**Sanciones administrativas**	**Sanciones suspendidas por tratamiento de deshabituación**
Andalucía	22.880	13.444	1.555
Aragón	2.909	3.312	77
Asturias	1.458	1.163	35
Baleares	4.575	3.522	87
Canarias	19.369	10.064	1.131
Cantabria	3.686	1.950	2
Castilla y León	7.122	6.645	253
Castilla-La Mancha	5.648	3.133	176
Cataluña	3.651	3.816	113
Extremadura	2.465	1.784	54
Galicia	2.973	2.528	197
Madrid	5.902	3.196	15
Murcia	2.744	2.749	10
Navarra	687	667	16
La Rioja	692	681	13
Valencia	10.246	4.995	137
País Vasco	383	43	5
Ceuta	945	405	73
Melilla	521	391	0
TOTALES	**98.856**	**64.448**	**3.949**

FIG. 3. *España, 2003. Expedientes incoados, sanciones administrativas por consumo o tenencia de drogas en la vía pública y sanciones suspendidas por someterse a tratamiento de deshabituación (números absolutos)*

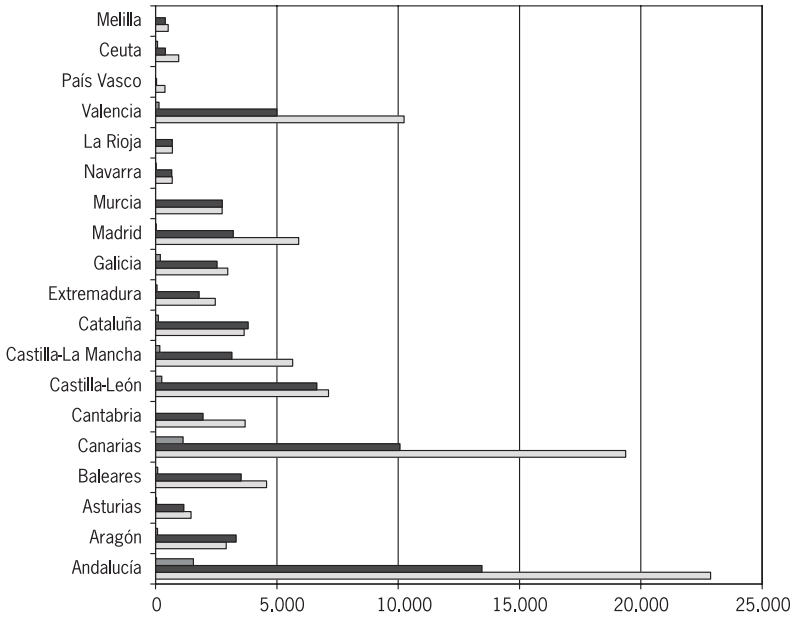

FIG. 4. *Gráfico comparativo de Expedientes, Sanciones y Suspensiones*

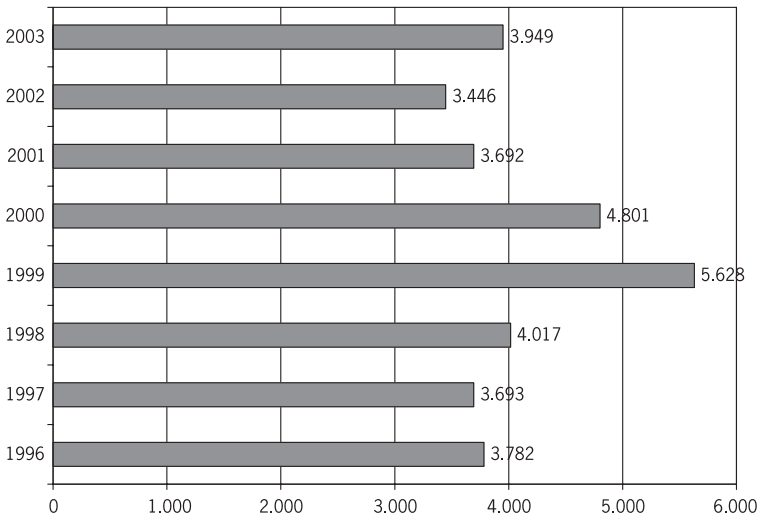

FIG. 5. *Evolución del número de sanciones suspendidas (1996-2003)*

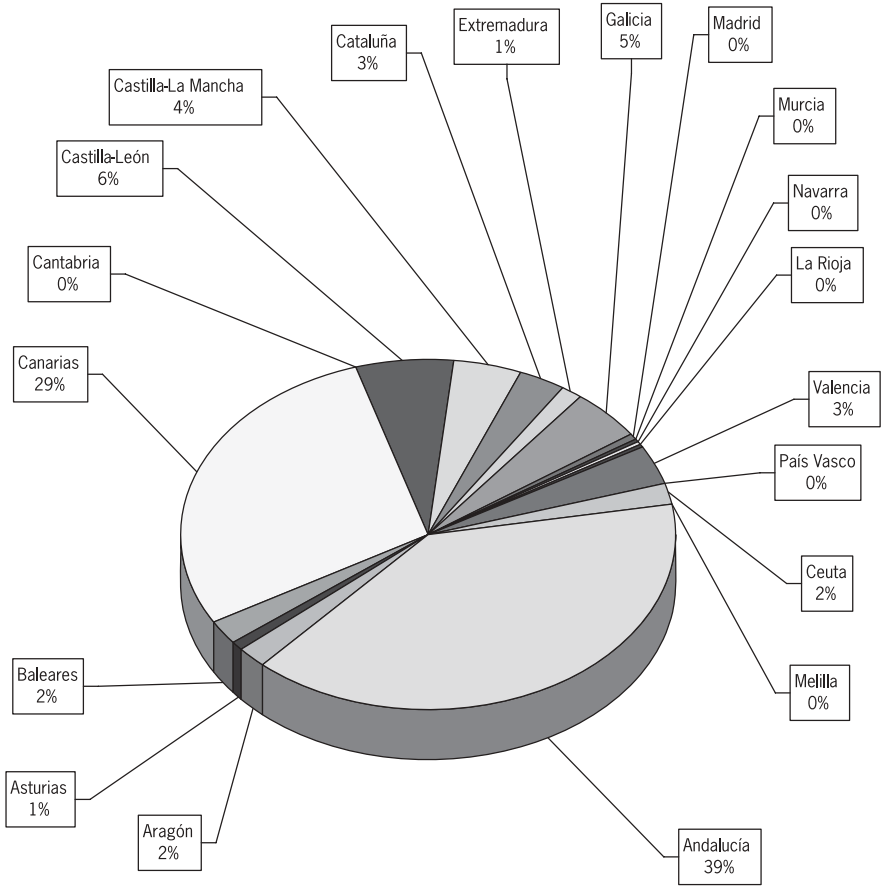

FIG. 6. *Porcentaje de suspensiones por Comunidades Autónomas (3.949 = 100 %)*

2.2.2. La legislación francesa sobre consumo de drogas: l'injonction thérapeutique

En Francia, la posesión no preordenada al tráfico constituye ilícito penal[1583]. El tratamiento obligatorio es un procedimiento original minuciosamente reglamentado

[1583] Dispone el artículo L3421-1 del *Code de la Sante Publique* (en su redacción por la Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002): «L'usage illicite de l'une des substances ou plantes classées comme stupéfiants est puni d'un an d'emprisonnement et de 3750 euros d'amende».

por el Código de la Salud Pública tras la Ley de 31 de diciembre de 1970 y cuyas condiciones de aplicación se precisan en un Decreto de 19 de agosto de 1971 y diferentes circulares. Se trata de un procedimiento controvertido particularmente en el seno de la comunidad terapéutica francesa[1584].

La ley de 1970 distingue tres momentos del proceso penal a tales efectos:

1) En primer lugar, al inicio de de los procesos, como alternativa a la persecución penal
2) Durante el curso del proceso judicial, el juez de instrucción o el juez de menores puede también establecer la vigilancia médica[1585]
3) Como consecuencia de una decisión del órgano de enjuiciamiento[1586].

También es de reseñar que la *Direction départementale des affaires sanitaires et sociales* (DDASS) tiene la capacidad de someter al proceso de conminación terapéutica a la persona que utilice de manera ilícita sustancias estupefacientes cuyo conocimiento tenga bien por certificado de un médico o por el informe de un asistente social. Se procede entonces a un examen médico y a una investigación sobre la vida familiar, profesional y social del afectado. Si tras el examen médico se constata que la persona está intoxicada, la autoridad sanitaria le ordena presentarse a un establecimiento autorizado escogido por el interesado o, en su defecto, designado de oficio, para seguir una cura de desintoxicación y aportar pruebas. Si tras el examen médico resulta que el estado de la persona no precisa de una cura de desintoxicación, la autoridad sanitaria le ordena ponerse, durante el tiempo necesario, bajo vigilancia médica, bien con un médico de su elección, bien en un dispensario de higiene social o de un establecimiento autorizado, público o privado[1587]. Como señalan TRIBOLET y DESOUS[1588], el cuidado no depende más que de la buena voluntad del toxicómano dado que ningún texto sanciona su rechazo.

En lo que a nosotros interesa, vamos a referirnos exclusivamente a la *Injonction du procureur de la République* como sistema alternativo a la persecución penal.

[1584] CABALLERO, Francis y BISIOU, Yann. *Op.cit.,* página 583 y ss.

[1585] Article L3424-1. «Les personnes mises en examen pour le délit prévu par l'article L. 3421-1, lorsqu'il est établi qu'elles relèvent d'un traitement médical, peuvent être astreintes, par ordonnance du juge d'instruction ou du juge des enfants, à subir une cure de désintoxication accompagnée de toutes les mesures de surveillance médicale et de réadaptation appropriées à leur état. L'exécution de l'ordonnance prescrivant cette cure se poursuit, s'il y a lieu, après la clôture de l'information, les règles fixées par l'article 148-1 (alinéas 2 à 4) du code de procédure pénale étant, le cas échéant, aplicables».

[1586] Article L3424-2. «La juridiction de jugement peut, de même, astreindre les personnes désignées à l'article L. 3421-1, à subir une cure de désintoxication, notamment en confirmant l'ordonnance mentionnée à l'article L. 3424-1 ou en en prolongeant les effets. Dans ces deux derniers cas, cette mesure est déclarée exécutoire par provision à titre de mesure de protection. Dans les autres cas, elle peut, au même titre, être déclarée exécutoire par provision. Lorsqu'il a été fait application des dispositions prévues à l'article L. 3424-1 et au premier alinéa du présent article, la juridiction saisie peut ne pas prononcer les peines prévues par l'article L. 3421-1».

[1587] La regulación descrita se encuentra en los artículos L3412-1 a 3 del Código de la Salud Pública

[1588] TRIBOLET, Serge y DESOUS, George Martin. *Op. cit.*, página 217

Dispone el artículo L3423-1 que el Fiscal puede ordenar, a las personas que hayan realizado un uso ilícito de estupefacientes, soportar una cura de desintoxicación o ponerse bajo vigilancia médica. Lo anterior tiene el beneficio de que la persecución penal no se ejerce en consideración a las personas que se conforman con el tratamiento prescrito y lo continúan hasta el final.

La circular de 28 de abril de 1995 [1589] deja la elección al Fiscal, que puede decidir ejercer la acción pública, si la conminación terapéutica no se justifica; perseguir penalmente a la par que se utiliza la conminación terapéutica o, finalmente, no ejercer la acción pública en beneficio de la conminación terapéutica. La elección depende, sobre todo, del tipo de estupefaciente. La circular recomienda reservar este dispositivo a los adictos a la heroína y cocaína. El uso del cannabis no justifica este procedimiento salvo que el consumo sea masivo, repetido o asociado a otros productos (medicamentos o alcohol). El importante consumo o la politoxicomanía son criterios igualmente aplicables a los menores. La utilización de este recurso no se justifica en caso de uso ocasional [1590].

El procedimiento, regulado en los artículos L3413-1 a 3 del Código de la Salud Pública, es esencialmente similar al expuesto para la conminación del DDASS, si bien el dispositivo sanitario debe informar regularmente al Fiscal sobre el desarrollo del tratamiento (en hospital o ambulatorio) y, en caso de interrupción del tratamiento, debe ponerlo inmediatamente en su conocimiento. La Circular de 1995 tiene en cuenta el carácter del fenómeno de la toxicomanía y diferencia entre abandono temporal y definitivo. El DDASS sólo tiene que informar cuando la interrupción «pueda ser considerada como definitiva» [1591].

En el terreno de las cifras, hay que señalar que la utilización de este recurso por los Fiscales dista mucho de ser homogénea. En muchas Fiscalías se constató una utilización nula de este procedimiento [1592]. En su configuración actual, su tasa de efectividad es muy débil y la solución pasa por una mejor integración de los objetivos sanitarios y sociales en la perspectiva judicial en la que está asentado este tipo de procedimientos [1593].

La medida ha experimentado diversas vicisitudes a lo largo de los más de 30 años de aplicación. Tras unos difíciles comienzos, pareció definitivamente abandonada a inicios de la década de los 80 (carecemos de estadística de algunos años). Se volvió a relanzar en 1987 y particularmente en la década de los 90. Las diferentes fases tienen su explicación en múltiples situaciones que abarcan desde la insistencia en la represión penal a la despenalización de hecho del consumo del cannabis que siguió al informe Pelletier en 1978. Son evidentes las incidencias de

---

[1589] Circulaire interministérielle du 28 avril 1995 DGLDT/CRIM/DGS nº 20 relative à l'harmonisation des pratiques relatives à l'injonction thérapeutique, BO ministére Justice nº 58 du 30 juin 1995

[1590] Caballero, Francis y Bisiou, Yann. *Op.cit.,* página 585.

[1591] Caballero, Francis y Bisiou, Yann. *Op.cit.,* páginas 586 y 587.

[1592] Observatoire Français des Drogues et des Toxicomanies. *L'injonction thérapeutique. Évaluation du dispositif legal de prise en charge sanitaire des usagers de drogues interpellés.* Etude nº 21. París, Agosto de 2000, página 45.

[1593] *Op. cit.,* páginas 141 a 146.

las concepciones médicas contrarias al uso de medidas coercitivas, la diferencia de aplicación en los distintos departamentos que pueden tener causa en la carencia de estructuras socio-sanitarias y los compromisos y prácticas de las autoridades locales[1594]. En muchos casos, se ha constatado que es el primer contacto de la persona afectada por la dependencia con el sistema sanitario[1595].

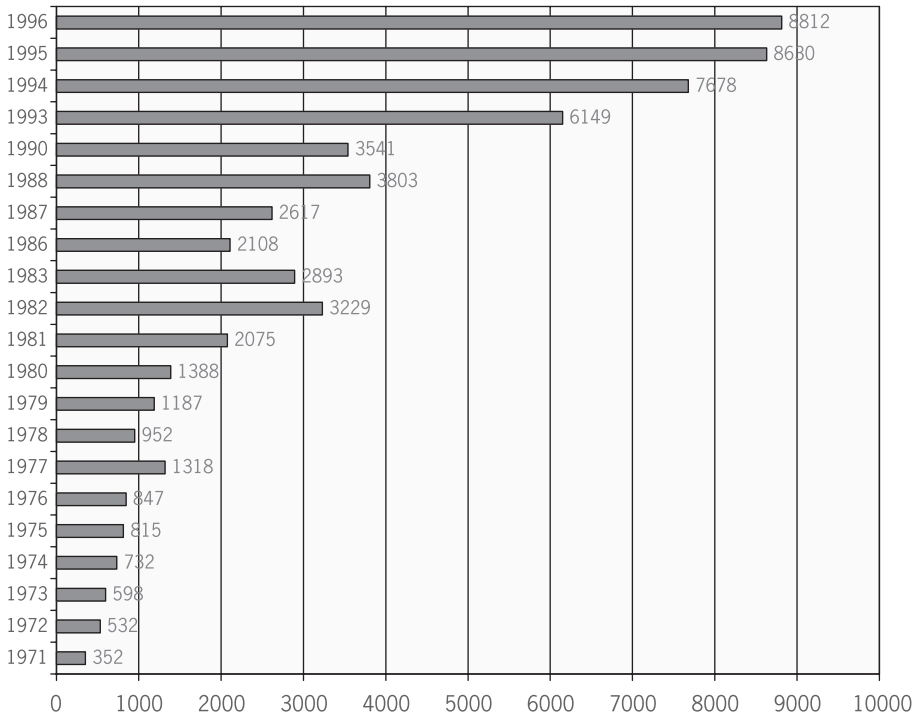

FIG. 7. *Evolución del nº de conminaciones ordenadas por el Fiscal en Francia (1971-1996)*

[1594] SIMMAT-DURAND, Laurence y ROUAULT, Thomas. «Injonction thérapeutique et autres obligations de soins». *Toxibase. Revue Documentaire,* 1997, nº 3, p. 1-28. También, del primer autor, «Principales dispositions législatives et réglementeries» en *Actualité et dossier en santé publique* n° 22 mars 1998 páginas XIV a XVIII, dedicado a la *consommation de drogues*

[1595] El modelo alternativo a la persecución no es exclusivo de Francia. Otros países como Bélgica, Alemania o Suecia también permiten interrumpir el procedimiento si el consumidor escoge seguir voluntariamente un tratamiento (GROUPE POMPIDOU. *Séminaire sur les délinquants usagers de drogues et le système pénal.* Strasbourg 12-14 octobre 1988. El Grupo Pompidou de cooperación para la lucha contra el consumo y tráfico de drogas se constituyó en el Consejo de Europa por Resolución [80]2 del Comité de Ministros de 27 de marzo de 1980).

2.3. Principales diferencias respecto al tratamiento involuntario en materia de salud mental

2.3.1. La línea jurisprudencial de aplicación de medidas de seguridad en la atenuación del artículo 21.2 y atenuación analógica del 21.6 en relación con el artículo 21.1 del Código Penal

Como ya señalamos, a nuestro entender, de la interpretación de los artículos 95, 104 y 105 sólo puede estimarse que las medidas de seguridad son aplicables a los supuestos de eximente completa (artículo 20 nº 1, 2 y 3) o incompleta (artículo 21.1). Sin embargo, el TS lo ha admitido en relación con la atenuante de drogadicción del artículo 21.2 del C.P. No todas las sentencias participan de esta corriente (así, la sentencia de 10 de diciembre de 2002)[1596]

Los argumentos que la posición favorecedora de la aplicación de medidas de seguridad en estos casos los resume la Sentencia de la Sala 2ª de fecha 11 de abril de 2000[1597]:

- El primero resulta de la aplicación de la doctrina de la Sala anterior a la vigencia del Código de 1995. Esta señalaba que las medidas de seguridad previstas para las situaciones de exención o de exención incompleta eran también aplicables a los supuestos de atenuante de análoga significación del antiguo artículo 9.10 en relación con el artículo 9.1 y 8.1 del Código de 1973 (TS SS 13 Jun. 1990; 15 Sep. 1993), pues los mecanismos previstos por el legislador para atender situaciones de exención o de menor culpabilidad por situaciones de intoxicación, crisis carencial a sustancias tóxicas dirigidas a la rehabilitación y reinserción del toxicómano deben poder ser aplicadas, también, a los supuestos de disminución de la culpabilidad

[1596] STS Sala 2ª de 10 diciembre 2002, Pte: García Ancos, Gregorio (EDJ 2002/55438): CUARTO.- Al quinto de los entablados se alega al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado el artículo 105.1 del Código Penal en lo relativo al internamiento en centros de deshabituación por el consumidor de drogas./ El referido precepto que se dice conculcado es necesario para su aplicación ponerle en relación con los artículos 101 a 104 del Código, pues así lo establece la propia norma y se infiere necesariamente de su interpretación, tanto gramatical como lógica; todos ellos y en concreto el 104 que se aplica a los supuestos en que la pena ya ha sido impuesta, requieren que el acusado, o bien hubiera sido declarado totalmente exento de responsabilidad conforme a los números 1, 20.2 ó 4 del artículo 20, o bien cuando les hubiera sido aplicada una eximente incompleta relacionada con tales preceptos. Por tanto, si como se ha razonado con anterioridad, se ha de confirmar la sentencia recurrida en orden a considerar adecuada la concurrencia en el acusado de una simple atenuante de su responsabilidad criminal, concretamente la establecida en el apartado 2º del artículo 21, obvio es decir que no puede ser acordada en esta instancia de casación la medida de seguridad que se pretende y, desde luego más imposible aún sería sustituir la pena impuesta por tales medidas. Ello no es óbice, sin embargo, para que en el trámite de ejecución de sentencia pudiera repetirse y resolverse sobre la petición que aquí se hace./ Se desestima el motivo.

[1597] T. S. Sala 2ª, S 11-4-2000, nº 628/2000, rec. 1334/1998. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/4635)

por una situación equiparable, aunque con una menor afectación de las facultades psíquicas.

- El segundo argumento es la ausencia de específica previsión normativa. La respuesta que otorga a esta situación es que el tratamiento rehabilitador adecuado se presenta, desde los estudios científicos realizados, como la única alternativa posible para procurar su rehabilitación y reinserción social conforme postula el artículo 25 de la Constitución, lo que obliga a interpretar la norma penal desde las finalidades de la pena y desde las disposiciones del legislador teniendo en cuenta que, se decía en la TS S 13 Jun. 1990 «sería absurdo renunciar a alcanzar las finalidades constitucionales de la pena a la reinserción y resocialización que la Ley penal específicamente prevé para la situación de menor culpabilidad a causa de la drogadicción». Este criterio, que los estudios realizados siguen corroborando, en opinión de la Sala, debe rellenar la aparente laguna legislativa existente y declarar que la atenuante de grave adicción del artículo 21.2 CP puede suponer el presupuesto de aplicación de las medidas de seguridad en los términos del artículo 104 CP.
- El tercer argumento es la interpretación lógica de las medidas de seguridad a un supuesto ontológicamente semejante y, también, del artículo 60 CP que al prever la posibilidad de sustituir la pena por la asistencia médica y, en su caso, de declarar extinguida o reducida la pena tras la curación, presenta como presupuestos la existencia en el condenado de una situación duradera de trastorno mental que le impide conocer el sentido de la pena, presupuestos que en el grave adicto concurren dados los daños psíquicos que produce la grave adicción y ser el tratamiento de deshabituación la única actividad sociosanitaria eficaz para alcanzar la recuperación del adicto.
- Finaliza la Sala exponiendo que esta aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la culpabilidad no se presenta con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 CP. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades, y garantías, de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento.

Esta línea jurisprudencial se ha visto sostenida por numerosas resoluciones como la de 5 junio 2000[1598], 16 octubre 2000[1599], 23 noviembre

[1598] STS Sala 2ª de 5 junio 2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/10881)
[1599] STS Sala 2ª de 16 octubre 2000, Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2000/31892)

2000[1600], 26 octubre 2001[1601], 15 de julio de 2002[1602], 23 de septiembre de 2002[1603].

ZUGALDÍA estima que la sustitución de penas y medidas de seguridad en los casos indicados no supone el uso de analogía prohibida dado que la analogía en Derecho penal es un mandato dirigido al legislador para que no establezca cláusulas generales de incriminación y también un mandato dirigido al juez que le prohíbe generar tipos de vía judicial, esto es, ampliar el ámbito de aplicación de los tipos penales, concluyendo que aún sin previsión expresa, es perfectamente posible aplicar las medidas de seguridad en los supuestos en los que concurra, bien la circunstancia atenuante de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las drogas (21.2), bien la circunstancia atenuante analógica a la drogadicción del artículo 21.6 del Código penal, estimando correcta la línea jurisprudencial anteriormente citada[1604].

Desde otra perspectiva, PADILLA ALBA estima que el tenor del artículo 95 es *claro, taxativo e inequívoco* al reseñar que las medidas se aplicarán «a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código» y que la alusión al artículo 60 tampoco es adecuada dado que si realmente el *adicto grave* existe, lo lógico es que se hubiera estimado por el Juez o Tribunal, no ya la eximente incompleta sino la completa. Concluye el autor expresando que, *lege data*, la tesis del Tribunal Supremo debe ser rechazada al ser contraria a los principios de legalidad, taxatividad y seguridad jurídica, lo que no significa que el Tribunal no tenga razón cuando estima que también deberían ser aplicables a estos casos las medidas de seguridad, tesis que el autor comparte pero como propuesta *lege ferenda*, que exigiría una modificación legislativa[1605].

[1600] STS Sala 2ª de 23 noviembre 2000, Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/39261). «En esta sentencia se admite, además que se aplique la medida de seguridad en ejecución de sentencia: La atenuación tiene los efectos en la penalidad sin que quepa considerarla como muy cualificada al no concurrir una intensidad especial que haga pertinente su consideración. La aplicación de medidas de seguridad a supuestos de grave adición ha sido admitido por esta Sala *debiendo ser acordado en ejecución de sentencia después de un minucioso examen individualizado de cada caso, comprobando las posibilidades de aplicación de un tratamiento de deshabituación y rehabilitación al condenado y las garantías de seguimiento y la voluntariedad en su realización* en los términos expuestos en la sentencia de 11.4.2000. (STS 628/2000)». El subrayado es mío.

[1601] STS Sala 2ª de 26 octubre 2001, Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2001/40284): «de acuerdo con la consolidada doctrina de esta sala iniciada en la STS núm. 628/2000 de 11 de abril, y continuada, entre otras en la STS núm. 1458/2000 de 18 de septiembre, declaramos que las posibilidades de aplicación de las medidas de seguridad previstas en el art. 104 del Código Penal, inicialmente previstas para los supuestos de eximente incompleta, están abiertos también a los casos de la atenuante de grave adicción del art. 21-2º del Código Penal. En definitiva, se sigue en este tema la doctrina de esta Sala acordada en relación al anterior Código Penal».

[1602] STS Sala 2ª de 15 julio 2002, Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDJ 2002/33116)

[1603] STS Sala 2ª de 23 septiembre 2002, Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 2002/35932): «Debemos afirmar la identidad de la finalidad de la medida en tales casos y admitir que, cuando la atenuante del art. 21,2 se estima muy cualificada, es también de aplicación el art. 104 CP, interpretación que se apoya en la analogía *in bonam partem*».

[1604] ZUGALDÍA ESPINAR, José-Miguel. «La aplicación de medidas de seguridad a drogodependientes en los casos no previstos expresamente por la Ley» *Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 288.* Editorial Aranzadi, S.A., 1997.

[1605] PADILLA ALBA, Herminio-Ramón. *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas.* Editorial Comares. Granada, 2001, páginas 234 y 235, con un amplio comentario de la sentencia de 11 de abril de 2000 (páginas 230 y ss.)

A mi juicio, la interpretación del Tribunal Supremo es discutible desde la perspectiva en que se adopta un tratamiento involuntario sin previsión legal expresa. *Lege ferenda* parece oportuno, sin embargo, incluir esta previsión en el artículo 104 del Código Penal, al menos para los casos de atenuación muy cualificada.

2.3.2. La suspensión de la ejecución en los casos del artículo 87 del Código Penal

El artículo 87 supone una ampliación de los beneficios de la suspensión de la ejecución. Las diferencias con el régimen general son las que siguen:

- De carácter subjetivo:
  - El beneficio está limitado a aquellos penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias recogidas en el número 2 del artículo 20 (lo que incluye también al alcohol). El precepto no exige que en la sentencia se consigne expresamente tal circunstancia de atenuación. A juicio de NAVARRO VILLANUEVA, dicho extremo puede ser acreditado en un momento posterior[1606].
  - No basta con lo anterior, sino que es preciso que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Dicha circunstancia debe certificarse por centro o servicio (público o privado) debidamente acreditado u homologado. El condenado no puede abandonar el tratamiento hasta su finalización.
  - El condenado puede, a diferencia del régimen general, ser reincidente. En este caso es necesario, para la concesión del beneficio, resolución motivada que atienda a las circunstancias del hecho y del autor. La reforma de la L.O. 15/2003 ya no hace ninguna mención al requisito de que el penado no sea habitual en el sentido del artículo 94 del C.P.

[1606] *Op. cit.*, páginas 100 y 101, con cita del Auto de la AP de Las Palmas, Sección 1ª, de 29 de enero de 1999 y dejando constancia de la disparidad de resoluciones judiciales en este sentido y de la imposibilidad de acceso a casación de tales resoluciones (en este sentido, STS Sala 2ª de 16 octubre 2000, Pte: Sánchez Melgar, Julián, EDJ 2000/31891, y STS Sala 2ª de 27 abril 1998, Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo, EDJ 1998/2311), que impiden la finalidad de lograr una unificación de criterios. Dubitativo se expresa el Tribunal Supremo en la STS Sala 2ª de 30 abril 2002, Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2002/13168): «En verdad resulta inocultable que el precepto invocado no exige de forma concreta y específica en la configuración del presupuesto aplicativo que el Tribunal haya apreciado formalmente en la sentencia una atenuante genérica (art. 21-2º o 21-6, en relación al 21-2 C.P.), o una eximente incompleta (art. 21-1º, en relación al 20-2 C.P.), de este tipo, pero no es menos cierto que los términos en que se expresa: «cometer el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el núm. 2 del art. 20.....» llevan implícitos los condicionamientos que hacen posible su estimación. La condición de drogadicto, como pretende el recurrente, no sería suficiente para la aplicación del precepto regulador de esa modalidad de suspensión de pena (art. 87 C.P.). Es preciso acreditar que tal estado morboso o criminológico (hábito más o menos arraigado en el consumo de sustancias psicoactivas prohibidas), vaya acompañado de cierta influencia o repercusión en la comisión del hecho delictivo, circunstancia no acreditada.

- De carácter objetivo:
  - Respecto de la gravedad de las penas que permiten alcanzar el beneficio: La suspensión se puede acordar en los casos de penas de hasta cinco años, superando el límite de 2 años establecido con carácter general.
  - Respecto al plazo de suspensión: Mantiene el límite máximo en cinco años, pero el límite mínimo aumenta a tres, en vez de los dos que se establecen con carácter general. Además, el artículo prevé que, si ha transcurrido el plazo de suspensión y no se ha acreditado la deshabituación o la continuidad del tratamiento, pueda concederse una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años si se estima necesaria la continuación del tratamiento, oídos los correspondientes informes.
  - Curiosamente, siendo la observancia del tratamiento una regla de conducta aunque así no se denomine en este artículo, las obligaciones de comunicación de los servicios centros o servicios responsables son menores que los del artículo 83.2 (exige informe, al menos, cada tres meses), mientras que el artículo 87.4 dice que «el centro o servicio responsable está obligado a facilitar al juez o tribunal en los plazos que se señale y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para conocer su comienzo, evolución y modificaciones».

La introducción de esta modalidad se realizó por Ley 1/1988, de 24 de marzo durante la vigencia del anterior Código Penal en el artículo 93 bis. Este precepto, inicialmente no estuvo exento de críticas en la medida en que tenía estrictos límites de aplicación y «bajo la apariencia de un tratamiento favorecedor del penado toxicómano, realmente endurecía las condiciones de mantenimiento de la suspensión» [1607]. Este *heredero mejorado* [1608], se presenta, como dice el Tribunal Constitucional [1609], como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, cuya existencia esta justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos.

A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurran los requisitos previstos legalmente, se une, señala el Tribunal Constitucional, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella.

[1607] Sánchez Yllera, Ignacio. En Vives Antón, Tomás-S. (coordinador) *Comentarios al Código Penal de 1995;* Tirant lo Blanch; Valencia, 1996, página 491.

[1608] STS Sala 2ª de 4 enero 2000, Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 2000/344)

[1609] STC Sala 1ª de 16 junio 2003, Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDJ 2003/30605)

Esa y no otra fue la razón por la que, ya en el anterior Código penal de 1973, se introdujo una norma especial (el art. 93 bis) en la que se contemplaba específicamente este supuesto. Sin embargo, señala el Tribunal Constitucional, al limitarse entonces a dos años de prisión el límite de la pena privativa de libertad cuya ejecución podía suspenderse, dicho precedente fue inmediatamente criticado en la doctrina, a la vista de que la pena mínima por delito de tráfico de drogas ascendía a dos años, cuatro meses y un día de prisión, lo que hacía inaplicable el beneficio en la inmensa mayoría de los casos. Precisamente por ello, dicho límite fue elevado a tres años en el art. 87.1 del Código penal de 1995, en tanto que se mantiene el límite de dos años en el régimen común de concesión del mismo. La reciente reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha elevado dicho límite punitivo a cinco años. Con ello la pena impuesta se transforma en estos supuestos de drogodependientes en un relevante incentivo para la rehabilitación, que es la finalidad que debe perseguirse esencialmente[1610].

La utilización de recursos de estas características es común en Europa[1611]. En el Reino Unido, por ejemplo, en 1998, se calculaba un total de 50.000 delincuentes toxicómanos cuya delincuencia se encontraba ligada directamente a su dependencia que se encontraban bajo *probation*. En 1997, un inspector de la Corona efectuó un examen del trabajo de estos servicios con una valoración muy positiva.

En el Reino Unido, últimamente, se ha desarrollado un dispositivo más específico: las denominadas *Drug treatment and testing orders* (DTTO). Las mismas fueron introducidas por la *Crime and Disorder Act* de 31 de julio de 1998 (artículos 61 a 64)[1612]. Se inspiran en la experiencia de la *probation*, de los dispositivos de orientación en el momento del arresto y de los tribunales especializados existentes en Estados Unidos. El período de la orden abarca un mínimo de 6 meses y un máximo de tres años. El tribunal no puede ordenarla si no ha sido notificado de la existencia de servicios disponibles en el área donde va a realizarse. El afectado debe ser drogodependiente o presentar propensión al abuso de drogas y que dicha situación requiera y sea susceptible de tratamiento. El tratamiento incluye

---

[1610] STS Sala 2ª de 12 marzo 2004, Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2004/13206). Recuerda la Circular 1/2005 de la FGE que las novedades de la L.O. 15/2003 consisten en la elevación a cinco años del límite máximo de las penas privativas de libertad cuya suspensión cabe según lo previsto en el artículo, la supresión del impedimento de la habitualidad y la necesidad de informe preceptivo del médico forense sobrelas condiciones cuyo cumplimiento exige para la concesión de la suspensión. La Circular expresa que el carácter del artículo no debe ser interpretado en desconexión con el resto de los preceptos que disciplinan la figura de la suspensión por lo que los penados a los que se haya concedido el beneficio especial «también podrán ser sometidos al cumplimiento de alguna o de todas las reglas de conducta establecidas en el artículo 83.1».

[1611] Con un modelo que presenta similitudes con el nuestro, es de citar el sistema italiano de la *sospensione dell'esecuzione della pena detentiva* previsto en los artículo 90 y ss del *D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenze (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 31 ottobre 1990, numero 255, S.O.).* La pena no debe ser superior a cuatro años (aunque sea conjunta con una pena pecuniaria), se trata de una institución específica para *tossicodipendente.* La suspensión se realiza mediante decisión del *tribunale di sorveglianza* y tiene un plazo de cinco años ligada a un programa de tratamiento y de rehabilitación social.

[1612] Posteriormente, la *Criminal Justice and Court Services Act 2000* introdujo nuevas medidas en el Derecho Penal del Reino Unido.

la situación como interno y como externo y permite al afectado beneficiarse de toda la gama de tratamientos actualmente disponibles. La orden incluye el requerimiento a someterse al tratamiento y a los test de control (por ejemplo, análisis de orina) en los períodos que se especifiquen. El afectado por la medida estará bajo la supervisión de un *probation officer* que informará periódicamente al tribunal de los progresos, de las ausencias y de cuando las circunstancias determinan la revocación de la medida. La orden se revisa periódicamente.

HAYES señala que las DTTO han sido bien recibidas por la mayoría de los observadores, pero suscitan ciertas inquietudes[1613]:

1) Expansión de las perspectivas. Las DTTO no pueden ser beneficiosas salvo que sean dirigidas a población bien determinada. Si los tribunales recurren a ellas para la pequeña delincuencia o para consumidores ocasionales se asistirá a un despilfarro de recursos ya de por sí limitados, el impacto sobre la criminalidad será mínimo y los dispendios suplementarios que entraña la medida se consagrarán a personas para las cuales cualquier otra pena de sustitución menos onerosa y eficaz podría haberse aplicado.
2) El tratamiento forzado. El carácter coercitivo ha suscitado preocupación de orden ético y práctico. En opinión del autor este planteamiento es exagerado puesto que el delincuente tendrá la opción de someterse al tratamiento o de ser condenado a prisión. Tampoco son ciertas las acusaciones de ineficacia del tratamiento. Las investigaciones desarrolladas en Estados Unidos demuestran que el hecho de que el tratamiento sea impuesto o no por decisión de la justicia no tiene incidencia en la eficacia y pueden revelarse tan válidos o más que los voluntarios. Por otro lado, hablar de «voluntariedad» cuando generalmente se reciben presiones de diferentes fuentes (parientes, empleadores, cónyuges…) es controvertido.
3) Una visión a largo plazo. Se refiere al hecho de que este dispositivo requiere de una financiación continuada y sostenida, hecho que suscita igualmente inquietud.

2.3.3. Las reglas de conducta en la libertad condicional

Aunque el artículo 90.2 no hace referencia al artículo 87, la mención del artículo 96.3 permite la inclusión del tratamiento para dependencias dentro del marco de la libertad condicional. Por otro lado, el artículo 91.2 menciona expresamente «la participación efectiva y favorable en programas de tratamiento o desintoxicación» como requisito para acceder al adelantamiento extraordinario de la libertad condicional.

[1613] HAYES, Paul «Traitement de la toxicomanie et système pénal au Royaume-Uni» en GROUPE POMPIDOU. *Séminaire sur les délinquants usagers de drogues et le système pénal.* Strasbourg 12-14 octobre 1998.

El problema no es tanto de aplicación, sino el mismo que para la salud mental. El hecho de la escasa precisión y adaptación a los fines específicos de esta medida de las reglas de conducta, dada la imprecisión del artículo 90.2 y su remisión a las normas de la suspensión de la ejecución y de las medidas de seguridad con quienes guarda analogías pero también notables diferencias.

A este respecto, creemos que pueden resultar de utilidad los criterios sentados por la Recomendación Rec(2003)22 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la libertad condicional (*parole*) de 24 de septiembre de 2003[1614].

En la misma se reseña que la libertad condicional es una medida comunitaria cuya introducción en la legislación y la aplicación a casos concretos está cubierta por las Normas uniformes europeas sobre sanciones y medidas comunitarias contenidas en la Recomendación nº R(92)16[1615] y en la Rec(2000)22[1616] sobre la mejora de la implantación de las anteriores. El propósito de la libertad condicional radica en la asistencia a los penados para la transición de la vida en prisión a una vida respetuosa con la ley en la comunidad a través de condiciones y supervisión posteriores a la liberación que permitan este fin y contribuir a la seguridad pública y a la reducción de la criminalidad en la comunidad.

En orden a reducir los riesgos de recidivas de los sometidos a la medida, el número 8 del apéndice de la recomendación señala que será posible imponer condiciones individualizadas como:

- El pago de compensación o acciones de reparación a las víctimas
- El tratamiento por abuso de drogas o alcohol o cualquier otra circunstancia tratable manifiestamente asociada con la comisión del delito
- Trabajar o seguir alguna otra actividad ocupacional, como por ejemplo, educación o preparación profesional
- Participación en programas de desarrollo personal
- Prohibición de residir en o visitar determinados lugares.

En principio, la libertad condicional debe también estar acompañada por supervisión consistente en ayuda y medidas de control. La naturaleza, duración e intensidad de la supervisión estará adaptada a las circunstancias individuales de cada caso. La realización de ajustes debe ser posible a través del período de

---

[1614] Council Of Europe. Committee of Ministers. Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states *on conditional release (parole)* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies)

[1615] Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation No. R (92) 16 of the committee of ministers to member states on the European Rules *on community sanctions and measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd meeting of the Ministers' Deputies)

[1616] Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation Rec(2000)22 of the committee of ministers to member states *on improving the implementation of the European rules on community sanchtions and measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 29 November 2000 at the 731st meeting of the Ministers' Deputies)

libertad condicional. El tiempo de duración de la medida tiene que ser proporcionado a la parte de condena que resta por cumplir.

Sobre el establecimiento de condiciones, la recomendación considera que los órganos de decisión deben asegurarse de que los penados comprendan las condiciones impuestas y la ayuda que van a recibir y los requerimientos de control y las posibles consecuencias del incumplimiento de las condiciones. La recomendación insiste en que los penados participen en programas apropiados anteriores a la puesta en libertad.

La recomendación estima que los incumplimientos menores de las condiciones impuestas deben ser manejados por la autoridad competente por la vía de la advertencia y del consejo. Los significativos deben ser rápidamente comunicados al órgano de decisión para una posible revocación de la medida. Esta autoridad debe, sin embargo, considerar si un consejo o advertencia añadidos o condiciones más estrictas o revocación temporal pueden constituir suficiente sanción.

El apartado VIII de la recomendación consagra una serie de normas de procedimiento también aplicables a la instauración o modificación de las condiciones y medidas, cuya imposición se efectuará con arreglo a los procedimientos establecidos por la ley, garantizando el acceso a un recurso. La recomendación exige en un apartado anterior (el 25) que los órganos de decisión dispongan de informes, incluso orales, adecuados en el momento de realizar su decisión sobre las circunstancias personales y sociales del afectado. En otro apartado (el 37) exige la potenciación del uso de instrumentos que permitan valorar los riesgos y necesidades en conjunción con otros métodos de tal forma que las resoluciones adquieran un grado razonable de consistencia. Las salvaguardas procesales que exige el texto son:

a) Los penados deben tener el derecho de ser escuchados en persona y ser asistidos de conformidad con la ley
b) La autoridad de decisión debe considerar cuidadosamente cada elemento, incluidas declaraciones, presentado por los penados en soporte de su caso
c) Los penados deben tener acceso adecuado a su expediente
d) Las decisiones deben establecer las razones en que se fundan y ser notificadas por escrito.

La recomendación, por último, expresa la necesidad de mejorar la formación de los integrantes de los órganos de decisión y de elaborar estadísticas adecuadas sobre el éxito o fracaso de las medidas y de las circunstancias en que se desarrollaron las mismas.

2.4. El supuesto de atenuación previsto en el artículo 376 del Código Penal

La Ley Orgánica 15/2003 ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 376 del Código Penal que dice así:

> En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

La disposición es favorable, por lo que tiene efectos retroactivos de conformidad con el artículo 2.2 C.P.

La Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas (apartado VI)[1617] hace referencia a la especial atenuación que conlleva la figura del «consumidor-traficante». En la misma se dice que «las circunstancias en que se plantea en este párrafo la facultad de rebajar la sanción penal revela que la pretensión del legislador es otorgar un trato beneficioso a aquellos que se hayan visto determinados para la comisión del delito por la situación de drogodependencia previa, es decir, a quienes intervienen en el comercio de estas sustancias como medio de subvencionarse su propio consumo, lo que explica que no sea aplicable la atenuación cuando el objeto del delito merece en atención a la cantidad de sustancia intervenida una especial consideración, al concurrir en el delincuente otras motivaciones diferentes que influyen en la ejecución del hecho criminal».

Debe resaltarse, según la referida Circular, que el legislador utiliza el termino «podrá», por lo que la reducción de la pena en uno dos grados es en cualquier caso de carácter facultativo y obviamente deberá ser motivada. Por ello, aun cuando el precepto no exige la vinculación antes mencionada entre la drogodependencia y la actividad delictiva, la Circular ordena a los Fiscales que valoren especialmente la concurrencia de dicha circunstancia a los efectos de solicitar la aplicación de este precepto en aquellos casos en los que la adicción a las drogas tóxicas sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la necesidad de obtener recursos económicos para afrontarla hayan influido en la decisión criminal del autor del hecho, sin perjuicio de su apreciación en cualquier otro supuesto en que se considere oportuno.

Como señalan CABALLERO y BISIOU[1618], la figura del consumidor-traficante es una categoría de consumidor particular conocida desde largo tiempo por los

---

[1617] Circular 2/2005, de 31 de marzo de 2005, sobre la reforma del código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas (EDL 2005/33564)

[1618] *Op. cit.*, páginas 566 a 570

especialistas en toxicomanía. Así, en junio de 1970, el Director de la División de Estupefacientes de Naciones Unidas consideraba que el tratamiento penal de los casos del pequeño traficante toxicómano debía ser parejo a los del simple consumidor y muy alejados de los del traficante profesional. El Consejo de Europa publicó en 1972 una clasificación de los consumidores en siete categorías:

1) Los simples consumidores
2) Los consumidores propagandistas
3) Los consumidores que distribuyen droga sin sacar beneficio
4) Los consumidores que ejercen un tráfico modesto que les permite abastecerse
5) Los consumidores culpables de otros delitos directamente asociados a su toxicomanía (falsificación de recetas, robos de farmacias)
6) Los consumidores culpables de otros delitos indirectamente asociados a su toxicomanía
7) Los delincuentes ordinarios que han devenido posteriormente en toxicómanos

En lo que concierne a las tres primeras categorías, el informe recomienda un recurso prudente a las sanciones represivas. El informe reconoce, asimismo, que la cuarta categoría constituye el problema más arduo en el plano de la política criminal, el caso del consumidor-traficante, considerando deseable que los tribunales dispongan en su apreciación de una amplia gama de sanciones, algunas de las cuales posean carácter terapéutico.

Los autores expresan que el *Code de la santé publique* no prevé ninguna regla específica para el consumidor-traficante, dejando a los jueces el cuidado de escoger la calificación apropiada en función de las circunstancias, lo que es criticable, dado que la política criminal sobre este tema ha oscilado en Francia al ritmo de las circulares ministeriales y los cambios de las mayorías políticas, aunque tales circunstancias sólo tienen una influencia relativa en los tribunales. La jurisprudencia francesa ha optado por la distinción entre vendedor ocasional y vendedor regular, dejando sólo al primero la cualidad de convertirse en simple consumidor mientras que el segundo es considerado sistemáticamente en su condición de traficante. Solución que, a juicio de los autores, es extremadamente rigurosa y desconoce el dato criminológico de que el hecho de la dependencia o intoxicación puede explicar la participación del consumidor en el tráfico y debe ser sistemáticamente considerado para la determinación de la sanción.

En lo que a nosotros nos concierne, la rebaja que contiene el precepto puede suponer un fuerte acicate para que el sometido al proceso penal inicie un tratamiento y lo siga con asiduidad, lo que sin duda hace que el mismo deba tener la calificación de involuntario o condicionado. El problema de este supuesto es que el tiempo de duración del tratamiento está directamente vinculado a las circunstancias temporales del proceso y la valoración del «éxito» del tratamiento

y de su «finalización» en una enfermedad crónica como la que se está analizando no puede realizarse en unos meses. Por lo menos, sí soluciona aquellos casos en que la respuesta penal llega muy alejada en el tiempo al hecho que la motivó, precisamente además cuando el proceso de reinserción social del afectado ya hace tiempo que se había producido. En este último sentido, la norma puede considerarse adecuada.

El problema que plantea es cuando el sujeto se ha sometido a un tratamiento cuyos buenos resultados están quedando patentes pero precisan de un mayor tiempo en su calificación como «finalizados» o «exitosos». La práctica judicial (que puede traducirse en suspensiones de los juicios a fin de valorar estos hechos aunque sea acudiendo al fácil recurso del artículo 746.6º de la LECrim), la presión a la que se verán sometidos los peritos (de cuyo dictamen apresurado podrá depender la situación futura de su propio paciente) y los posibles abandonos de tratamiento posteriores al proceso puede que den mucho juego en el futuro de este nuevo párrafo del Código Penal.

X. LA DENOMINADA PATOLOGÍA DUAL

X. LA DENOMINADA PATOLOGÍA DUAL

1. INTRODUCCIÓN

En un sentido genérico, la expresión «diagnóstico dual» se refiere a pacientes que presentan síntomas que se ajustan a criterios de dos o más trastornos en un momento temporal concreto. Sin embargo, suele utilizarse corrientemente en psiquiatría para identificar un supuesto de comorbilidad concreto, el de los trastornos psiquiátricos o de personalidad y el de uso de sustancias. No quiere decirse con ello que no puedan existir, además, otros supuestos de comorbilidad, tanto de trastornos psiquiátricos como no psiquiátricos (como puede ser la incidencia, por ejemplo, del VIH)

Se destaca por su elevada prevalencia, su significado pronóstico y la importante implicación de un diagnóstico correcto en el tratamiento [1619].

No es un fenómeno nuevo. Sin embargo, actualmente está empezando a ser objeto de atención en los planos político y profesional ya que existe un gran número de personas que se ve afectada por esta situación [1620]. De hecho, actualmente se acepta que la comorbilidad es tan frecuente que debería ser considerada, más que como un supuesto excepcional, como un hecho habitual [1621].

FIRST y GLADIS [1622] distinguen tres formas de diagnóstico dual fundadas en la relación etiológica entre los síntomas psiquiátricos y el abuso de sustancias:

1) Trastorno psiquiátrico primario que produce un trastorno por uso de sustancias secundario.
2) Trastorno por uso de sustancias primario que ocasiona síntomas psiquiátricos secundarios.
3) Dualidad primaria, es decir, que tanto la sintomatología psiquiátrica como el uso de sustancias son trastornos primarios

Para determinar cuál de estas tres formas se aplica a cada caso es preciso confeccionar una buena historia clínica que establezca la secuencia temporal de la sintomatología. SHOLLAR expresa que, cuando el abuso de sustancias es primario, acostumbra a presentar un patrón estructurado con respuesta a diversos estímulos externos e internos y asociarse al *craving* o anhelo, en ausencia de síntomas físicos de abstinencia. Cuando, por el contrario, los trastornos psiquiátricos son primarios, suelen persistir tras varias semanas o meses de la abstinencia a sus-

---

[1619] First, Michael B. y Gladis, Madeline M. «Diagnóstico y diagnóstico diferencial de los trastornos psiquiátricos y por uso de sustancias» en Solomon, Joel et al. *Diagnóstico dual,* Ediciones en neurociencias, S.L., Barcelona, 1996, páginas 41 a 56

[1620] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, página 94

[1621] El-Guebaly, Nady. «Simultaneidad de trastornos relacionados con sustancias y enfermedad mental: la experiencia norteamericana». En *World Psychiatry. Revista Oficial de la Asociación Mundial de Psiquiatría (WPA),* Volumen 2, Número 3, diciembre de 2004, páginas 182 a 187

[1622] *Op. cit.*

tancias. La coexistencia de ambos trastornos, tanto en su forma primaria como secundaria, suele producir una activación y potenciación mutua que da lugar a que los pacientes sean más vulnerables a las recaídas en las fases agudas de los trastornos[1623].

2. PROBLEMAS QUE PRESENTA EL TRATAMIENTO A LARGO PLAZO

Pretender dar, en una disciplina que no es la propia y que no lleva mucho tiempo de evolución en este caso concreto, un tratamiento exhaustivo de todos los problemas que presenta la denominada patología dual es, además de pretencioso, prácticamente imposible. Nuestro estudio, necesariamente fragmentario, se centrará en aquellos aspectos que hemos considerado que revisten importancia en la intervención judicial en el concreto campo de los tratamientos involuntarios por razón de salud mental o dependencia a sustancias de abuso.

2.1. Sistemas de atención separados

Durante el período comprendido entre 1950 y 1980, en los países occidentales, los sistemas que se ocuparon de la atención de las personas dependientes a sustancias de abuso y las que se ocuparon de las personas con trastornos de salud mental fueron distintos. La necesidad de dar una respuesta adecuada y específica a este grupo de pacientes ha dado lugar a que se diseñen distintas estrategias que pueden resumirse en tres:

1) Tratamiento secuencial, en el que el paciente es tratado por un sistema y después por el otro.
2) Tratamiento paralelo, en el que el paciente, de forma simultánea, es tratado por ambos sistemas que actúan coordinadamente.
3) Tratamiento integrado, en el que el paciente es tratado en un programa terapéutico unificado y global dirigido a personas que presentan este tipo de patologías.

La primera modalidad presenta el inconveniente de que el paciente sea remitido de uno a otro sistema sin que ninguno de los dos atienda adecuadamente a sus necesidades. La segunda modalidad presenta el problema de que los enfoques terapéuticos y modelos de atención de ambos sistemas presentan puntos de fricción y de que no

[1623] Shollar, Edward. «Tratamiento a largo plazo del paciente con diagnóstico dual», en Solomon, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 97 a 126.

es tan sencillo lograr una coordinación adecuada. El tercer modelo, el tratamiento integrado, es considerado por todos los autores como el modelo ideal[1624].

La mayoría de los países europeos cuenta con escasos programas o unidades integrados especializados en este tipo de pacientes y la demanda es muy superior a la oferta. El modelo más utilizado es el de que, en un sistema o en otro, se contratan profesionales especializados de la otra rama. La existencia de sistemas administrativos distintos o de sistemas financieros diferentes puede complicar aún más dicha integración.

PAÍS	SERVICIOS DE TRATAMIENTO INTEGRADO
Bélgica	Desarrollo de servicios integrados en fase de viabilidad
Alemania	Primeras iniciativas hace 20 años. La disponibilidad del tratamiento integrado sigue siendo inadecuada
Grecia	Un programa integrado desde 1995 que ofrece dos opciones de tratamiento distintas, según la severidad del trastorno psiquiátrico. Los resultados han sido positivos.
España	En 2002, 185 centros atendieron a 4.803 pacientes comórbidos. Una unidad especializada integrada en Cataluña y una comunidad terapéutica en Cantabria para pacientes comórbidos que necesitan tratamiento residencial.
Países Bajos	Dos plantas de tratamiento hospitalario integrado. En la actualidad, evaluación del proceso para desarrollar mejores prácticas.
Austria	Cooperación entre los servicios de lucha contra las drogas y un hospital psiquiátrico cercano; algunos de los psicólogos del hospital trabajan en la unidad de tratamiento de drogas. Los pacientes siguen el tratamiento y sólo son enviados al hospital si los síntomas psiquiátricos son muy graves.
Reino Unido	Varios servicios integrados en distintos entornos comunitarios. Varios médicos especialistas en diagnóstico dual que trabajan en servicios de adicción o en equipos de salud mental.
Noruega	Un proyecto integrado adscrito al centro psiquiátrico de Oslo. Seguimiento y evaluación hasta dos años, centrándose en las necesidades básicas, como el alojamiento, el empleo, las prestaciones sociales y las relaciones sociales.

FIG. 8. *Servicios de tratamiento integrado en varios países europeos*[1625]

Otro de los graves problemas que presentan formalmente los sistemas de atención es la práctica de establecer como criterios de exclusión de los servicios de salud mental el abuso de las dependencias a la par que la existencia de enfermedad mental grave constituía criterio de exclusión de los servicios y programas de atención a las dependencias[1626].

[1624] Desde una perspectiva de costes, DICKEY, Barbara et al. «Schizophrenia, Substance Use Disorders and Medical Co-morbidity» *The Journal of Mental Health Policy and Economics,* 3, 27-33 (2000). Desde esta perspectiva pero considerando el papel de los cuidadores informales en la reducción de costes, CLARK, Robin E. «Substitution between Formal and Informal Care for Persons with Severe Mental Illness and Substance Use Disorders» *The Journal of Mental Health Policy and Economics* 4, 123-132 (2001)

[1625] OBSERVATORIO EUROPEO DE LAS DROGAS Y LAS TOXICOMANÍAS. *Op. cit.*, página 100

[1626] ACKERMAN, Sigurd H. Prólogo a SOLOMON, Joel et al. *Op. cit.*, página 13. El autor reseña que era una política formalmente aceptada en Nueva York hasta la década de los 90.

En la Comunidad Valenciana, por ejemplo, los Ayuntamientos y Mancomunidades fueron creando Unidades de Conductas Adictivas que, junto con las dependientes de la Conselleria de Sanidad, completaron la red de servicios públicos de atención de drogodependencias y otros trastornos adictivos que se ha mantenido hasta fechas bien recientes en las que se ha producido la integración en la Agencia Valenciana de Salud. Desde la perspectiva sanitaria, las Unidades de Salud Mental[1627] son el recurso en el que se asientan las actividades básicas de salud mental y asistencia psiquiátrica. Son unidades especializadas de apoyo a la atención primaria, sin perjuicio de su última dependencia de la Dirección General de Atención Especializada. Junto con los servicios sanitarios, en el área de salud mental, la Conselleria de Bienestar Social ha generado dispositivos específicos para la atención de las personas con enfermedad mental[1628], en concreto, los centros específicos para enfermos mentales crónicos (CEEM), servicios residenciales para pacientes que no requieren hospitalización con una perspectiva rehabilitadora, los Centros de rehabilitación e integración social (CRIS) y los centros de día (CD). Pues bien, para poder acceder a los servicios de Bienestar Social es requisito necesario establecido en las normas no presentar problemas de adicción, siendo necesaria su previa desintoxicación para su incorporación a los programas, no existiendo recursos alternativos para las personas que presenten patologías concurrentes. Según refiere el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, en España la mayoría de los servicios psiquiátricos excluye a los pacientes con trastornos inducidos por el consumo de sustancias, actitud que se sigue en otros países como Austria, Italia, Noruega o Grecia[1629].

2.2. Dificultades de detección

No es sencillo el diagnóstico de comorbilidad. El primer problema radica en que, habitualmente, los síntomas y trastornos psicológicos y neuropsicológicos se encuentran enmascarados por el abuso del alcohol o drogas. Otro problema se encuentra en el hecho de analizar si los diagnósticos son previos, coexistentes o secundarios[1630].

La reticencia de algunos pacientes para admitir el consumo y la tendencia de otros a minimizar la presencia de síntomas psiquiátricos contribuye a dificultar el

---

[1627] Reguladas en el Decreto 81/1998, de 4 de junio, del Gobierno Valenciano, por el que se definen y estructuran los recursos sanitarios dirigidos a la salud mental y asistencia psiquiátrica en la Comunidad Valenciana (DOGV 3269/1998, de 22 junio 1998)

[1628] Su regulación actual se encuentra en la Orden de 3 de febrero de 1997 de la Consellería de Trabajo y Asuntos Sociales que modificó la Orden de 9 de abril de 1990 con el fin de atender los nuevos servicios que se van a prestar a los enfermos mentales de la Comunidad Valenciana (DOGV de 3 de febrero, corrección de errores de 24 de febrero, nº 2937)

[1629] *Op. cit.*, página 98

[1630] Zimberg, Sheldon. «Introducción y conceptos generales del diagnóstico dual» en Solomon, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 21 a 40.

diagnóstico[1631]. Tampoco es de desdeñar la carencia de formación, bien en dependencias o bien en psiquiatría, de los profesionales de los diferentes sistemas de atención.

Aunque los profesionales de la salud mental son cada vez más conscientes de la existencia de la coexistencia de ambas patologías, por lo general, en los servicios psiquiátricos y de atención a las dependencias no se realiza el diagnóstico de los trastornos concomitantes[1632].

Las sustancias que utilizan principalmente las personas con enfermedad mental pueden no ser significativamente diferentes de las que usa el resto de la población, de manera que el consumo selectivo de algunas sustancias puede guardar mayor relación con el aumento de la disponibilidad de las mismas en las grandes ciudades[1633]. La población diagnosticada con patología dual, no obstante, es muy heterogénea, incluyendo todas las posibles variaciones de abuso y dependencia de sustancia, todos los tipos de enfermedad psiquiátrica y todas las combinaciones entre ambas[1634].

En entornos de urgencias hospitalarias, por ejemplo, la necesidad de actuación rápida, alivio de los problemas agudos y derivación al paciente a otro recurso más adecuado dificulta mucho la precisión. Muchos trastornos presentan similitudes, por ejemplo, la manía y la sobredosis de cocaína o la psicosis aguda provocada por estimulantes que presenta similitudes con un episodio maníaco o con la esquizofrenia paranoide. Tampoco en las unidades de internamiento psiquiátrico de enfermos agudos es fácil el diagnóstico diferencial en ocasiones por los síndromes de abstinencia que pueden aparecer tardíamente y que provocan cuadros que pueden interpretarse erróneamente. La detección en el ámbito ambulatorio, debido a la menor frecuencia de los contactos, dificulta la detección. En muchos casos, el consumo de las sustancias puede anular los efectos de la medicación (por ejemplo, el consumo de cocaína disminuye la eficacia de los fármacos antipsicóticos), ocasionar efectos excesivos o generar efectos secundarios[1635].

Del mismo modo, en los servicios destinados a las dependencias, no es fácil la detección. Cuadros como la depresión pueden pasar desapercibidos durante la desintoxicación en unidades hospitalarias, por ejemplo. En unidades de internamiento, la presencia de alteraciones de la memoria o de la concentración puede interferir en la participación del paciente en los grupos y considerarse como simple desinterés. También es problemático en los programas de desintoxicación ambulatoria tanto por la frecuencia de contactos como en la intensidad de los servicios (por ejemplo, si el único que se suministra es la distribución de metadona)[1636].

[1631] First y Gladis, *op. cit.*

[1632] Fayne, Michael. «Identificación de los pacientes con diagnóstico dual en diversos entornos clínicos» en Solomon, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 57 a 72

[1633] El-Guebaly, Nady. *Op. cit.*

[1634] Fayne, Michael. *Op. cit*

[1635] Fayne, Michael. *Op. cit*

[1636] Fayne, Michael. *Op. cit*

2.3. Insuficiencia de estudios epidemiológicos

Diversos estudios realizados en Estados Unidos indican que la prevalencia de las dependencias entre las personas con trastornos mentales es superior a las del resto de la población[1637].

Sin embargo, los numerosos estudios que se han llevado a cabo en todo el mundo varían en resultados por las diferencias entre distintos factores como la selección de la población, los métodos empleados, la disponibilidad de sustancias de abuso, etc.

Más que dar porcentajes (que varían de un estudio a otro), sólo vamos a reseñar aquí la existencia de un proyecto de investigación inscrito en el Quinto Programa Marco de investigación y desarrollo tecnológico de la Comisión Europea con la denominación de ISADORA[1638], cuyos datos todavía están pendientes de publicación. Ninguno de los 7 entornos psiquiátricos es español[1639]. Nuestro país carece de estadística adecuada sobre estos problemas.

2.4. Mal pronóstico y dificultad de tratamiento

Los pacientes con diagnóstico dual presentan, de forma característica, una mayor dificultad de tratamiento y un peor pronóstico[1640]. El éxito suele ser reducido y las tasas de abandono elevadas lo que hace que los tratamientos sean costosos en tiempo y frustrantes para los profesionales[1641].

Junto a los problemas de diagnóstico y de tratamiento ya analizados, la ausencia de mecanismos de seguimiento y de asistencia postratamiento da lugar a altas tasas de recaídas. A juicio de ZIMBERG, el tratamiento debería incluir técnicas de prevención de recaída y de cumplimiento de medicación, como la utilización de fármacos antipsicóticos de liberación sostenida y control de las concentraciones plasmáticas del fármaco dentro de intervalos terapéuticos, además del control del uso de sustancias mediante análisis de drogas en orina o alcoholímetros[1642]. No hay que olvidar que ambas patologías revisten cronicidad y en ambas el riesgo de recaídas es elevado. El modelo de gestión de casos conocido como «tratamiento asertivo comunitario» parece estar dando buenos resultados en el entorno europeo. El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías establece, como recomendaciones, las siguientes[1643]:

[1637] Rachbeisel, Jill et al. «Co-Occurring Severe Mental Illness and Substance Use Disorders: A Review of Recent Research» en *Psychiatric Services,* noviembre de 1999, Vol. 50, nº 11, páginas 1427–1434

[1638] Integrated Services Aimed at Dual Diagnosis and Optimal Recovery from Addiction.

[1639] Los centros son tres británicos (uno escocés), uno polaco, otro finlandés, otro danés y otro francés

[1640] First y Gladis, *op. cit.*

[1641] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *Op. cit.*, página 101

[1642] Zimberg, Sheldon. *Op. cit.*, página 35

[1643] *Op. cit.*, páginas 100 y 101

- Los esfuerzos deberían orientarse hacia el cambio de las pautas de consumo de droga.
- Las intervenciones deberían tener un alto nivel estructural (lo que implica número de casos, trabajo en equipo, cooperación con otros profesionales de salud, aspectos organizativos —como las intervenciones en situaciones de crisis 24 horas— y de contenido —como el apoyo y asistencia en situaciones diarias, enfoque activo y contactos frecuentes—)
- Las intervenciones deberían prolongarse hasta obtener resultados
- La duración de la intervención debería ser de un mínimo de 3 meses o, preferiblemente, más.

Otro problema es el planteamiento menos rígido que evite la confrontación en lo concerniente al abuso de sustancias. La abstinencia puede constituir un objetivo en cuya inmediatez puede ser poco práctico insistir. Permitir el consumo indeterminado de sustancias puede desembocar en el fracaso pero las limitaciones deben hacerse de forma individual[1644].

Por otro lado, en el marco de las relaciones personales paciente-profesional, la ansiedad del paciente puede transformarse en posturas hostiles, haciendo que presente mecanismos de defensa hacia el terapeuta y, del mismo modo, la desestabilización continua, el comportamiento perturbador, y los constantes incumplimientos también originan actitudes negativas de los profesionales[1645]. Este aspecto es muy importante de destacar puesto que varios estudios indican que el mejor factor de predicción de permanencia en tratamiento está constituido por el terapeuta y no por el tipo de terapia aplicado. La valoración que el paciente hace de la «relación terapéutica» y de la ayuda recibida constituye un factor determinante de la eficacia de los tratamientos[1646]. Lamentablemente, la formación de los profesionales sobre la comorbilidad, en la mayor parte de los países de la Unión Europea, es muy escasa[1647].

Otro problema también radica en la imposibilidad de los pacientes que presentan estos diagnósticos de continuar programas adecuados para las dependencias sin sintomatología psiquiátrica concomitante. Ello a dado lugar a que, por ejemplo, en los grupos de autoayuda como Alcohólicos Anónimos (A.A) presenten dificultades para seguir sus programas, lo que ha dado lugar al desarrollo de grupos de «doble problema» que atienden a las características peculiares de estos pacientes aunque siguen el mismo mecanismo de los doce pasos de A.A. pero

---

[1644] Zimberg, Sheldon. *Op. cit.*, página 34.

[1645] El análisis de la denominada «contratransferencia», es decir, de las reacciones emocionales conscientes e inconscientes del clínico respecto del paciente, constituye una magnitud de evaluación necesaria para la protección de la relación terapéutica. O'Neill, Margaret. «Actitudes y contratransferencia en el contexto de la asistencia a los pacientes con diagnóstico dual» en Solomon, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 151 a 172.

[1646] Shollar, Edward. «*Op. cit.*, páginas 99 y 100

[1647] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *Op. cit.*, página 102

también permite atender a las peculiaridades de la medicación como parte lícita de su proceso de recuperación[1648]. También se han producido modificaciones en las comunidades terapéuticas tradicionales para lograr la adaptación a este tipo de pacientes[1649].

2.5. Patología dual e infracciones penales

Las personas con enfermedad mental que además cuentan con significativo historial de antecedentes penales tienen más probabilidad de presentar patología dual que el resto[1650]. El alcohol y otras dependencias combinadas con la pobre adherencia a la medicación y baja conciencia de enfermedad pueden dar lugar a una mayor probabilidad de comportamientos violentos que precisan de intervenciones en la comunidad que incluyan tratamientos integrados de servicios de salud mental y de conductas adictivas[1651].

La relación de la comorbilidad con un mayor nivel de infracciones penales violentas es referenciada en distintos estudios como el de LINDQUIST y ALLEBECK que encontraron índices de prevalencia en comórbidos (38 %) significativamente superiores a los pacientes con esquizofrenia simple (16 %)[1652].

SOYKA estima que la asociación no es sólo con la violencia sino con otro gran número de problemas, incluyendo escasa adherencia al tratamiento, mayor riesgo de suicidio, hospitalización y de infecciones por VIH[1653].

Aunque, probablemente, como señala FAYNE, los estudios sobre violencia en pacientes con patología dual sean escasos y poco concluyentes y que, probablemente, la cuestión requiera un estudio más profundo antes de llegar a conclusiones definitivas[1654], lo cierto es que sí es de observar que en la población penitenciaria con trastorno mental hay una prevalencia mayor de individuos que presentan comorbilidad.

La prevalencia de trastornos mentales graves entre la población penitenciaria de Estados Unidos se calcula en un 7 % que es sobre dos o tres veces mayor que los índices de la población general. La mayoría de estas personas —aproxi-

---

[1648] ZASLAW, Phyllis. «Función de los grupos de autoayuda en el tratamiento del paciente con diagnóstico dual» en SOLOMON, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 127 a 149

[1649] DE LEON, George. «Comunidades terapéuticas adaptadas a los pacientes con diagnóstico dual» en SOLOMÓN, Joel et al. *Op. cit.*, páginas 173 a 199.

[1650] DENCKLA, Derek y BERMAN, Greg. *Rethinking the revolving door,* Center for Court Innovation. New York, 2001. Página 4.

[1651] SWARTZ, Marvin S. et al. «Violence and Severe Mental Illness: The Effects of Substance Abuse and Nonadherence to Medication» *Am J Psychiatry* 1998; 155:226–231

[1652] LINDQUIST, P. y ALLEBECK, P. «Schizophrenia and assaultive behavior: the role of alcohol and drug abuse». *Acta Psychiatrica Scandinavica (1999) 82, 191-195, citado por* SOYKA, Michael «Substance misuse, psychiatric disorder and violent and disturbed behaviour» *The British Journal of Psychiatry (2000) 176: 345-350*

[1653] SOYKA, Michael, *Op. cit.*

[1654] FAYNE, Michael. *Op. cit.* , páginas 61 y 62

madamente el 75 %— presentan comorbilidad[1655]. En Europa, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías también estima que la prevalencia de desórdenes psiquiátricos, al igual que la prevalencia del consumo de drogas, es mucho más elevada en la población penitenciaria que entre la población en general[1656].

[1655] Peters, Roger H. y Osher, Fred C. *Co-Ocurring disorders and Specialty Courts,* published by the National GAINS Center and the TAPA Center for jail diversion, abril de 2004, página 2.

[1656] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *Op. cit.*, página 96 y 98

XI. MENORES DE EDAD

1. ASPECTOS DIFERENCIALES EN EL ÁMBITO CIVIL

Quisiera incidir en tres aspectos: los referentes a las diferencias en el ámbito de la red asistencial infantil, del consentimiento informado y el ámbito de las facultades de los padres o tutores y el sistema de protección del menor.

1.1. La red asistencial infanto-juvenil

A comienzos de siglo XIX comenzó a desarrollarse una importante corriente legislativa destinada a los menores de edad fundamentalmente dirigida hacia la denominada «infancia delincuente» (los niños que no cumplen con la obligatoriedad escolar y se convierten en nómadas urbanos) y hacia la «infancia anormal» (los que asisten pero no son capaces de asimilar o ajustarse a las reglas). Fue la escolarización obligatoria la que permitió un mayor contacto con este último problema. Inicialmente fue la pedagogía y no la medicina la que dirigió su atención a este colectivo. Todavía la psiquiatría no constituía una especialidad y, en el marco de la pediatría, las altas tasas de mortalidad infantil y el carácter irreversible de los grandes retrasos hacían que este problema se convirtiera en secundario. Comenzaron a crearse establecimientos destinados a la atención de deficientes psíquicos y, dentro de este ámbito pedagógico, se publicó en 1907 el primer tratado de psiquiatría infantil por el pedagogo Augusto Vidal Perera. Las publicaciones y la atención de profesionales destacados como el Dr. Rodríguez Lafora y el Dr. Mira comenzaron a desarrollarse y también se fueron creando organismos estatales como el Patronato Nacional de Anormales (1927)[1657].

Durante el período franquista, con la creación del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica, se pusieron en marcha 55 centros de diagnóstico y orientación terapéutica. El organismo al que posteriormente pasaron a formar parte, Administración institucional de la Sanidad Nacional, fue transferido a las Comunidades Autónomas. La mayoría de estos centros, que no eran específicamente infantiles, fundamentalmente se dedicaban a cuantificar los niveles intelectuales para acceso a las prestaciones económicas. Se crearon también 4 hospitales psiquiátricos infantiles en Madrid, Zamora, Teruel y Ciudad Real. Por otro lado, también existían alrededor de 25 consultas paidopsiquiátricas externas adscritas a servicios de psiquiatría general en los hospitales generales clínicos y fundaciones y 3 ó 4 secciones de psiquiatría infantil con funcionamiento autónomo en clínicas infantiles de complejos hospitalarios de la Seguridad Social.

[1657] Sobre los orígenes de la psiquiatría infantil, Domènech Llabería, Edelmira/Corbella Corbella, Jacinto. «Aportación a la historia de la psiquiatría infantil en España. El período de formación de la especialidad (1880-1936) en *Orígenes y Fundamentos de la Psiquiatría en España*. Compilación de Víctor Aparicio Basauri. ELA, 1997, páginas 145 a 177

Tras el proceso de transferencias y la reforma psiquiátrica, se cerraron los cuatro hospitales infantiles sin la creación alternativa de una red de recursos para la salud mental infantil. El informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica (1985) estimó que las medidas de protección de la salud mental infanto-juvenil eran deficitarias e incipientes, mínimamente dotadas en su perspectiva asistencial y sin un marco global de planificación y ordenación dentro del sistema de cuidados de la salud mental.

Lo cierto es que la salud mental infantil ha avanzado poco en estos últimos años y, además, de forma no homogénea en el conjunto del Estado [1658]. La mayoría de la asistencia sigue estando a cargo de profesionales que trabajan a tiempo parcial en asistencia de adultos y niños, careciendo nuestro país de la especialidad médica de Psiquiatría infantil como sí existe en el plano internacional.

La Organización Mundial de la Salud estima una prevalencia mundial de trastornos mentales en la población de niños y adolescentes de aproximadamente el 20 %. De este total, entre el 4 y el 6 % se estima que están en necesidad de una intervención clínica por un trastorno mental importante [1659].

La OMS señala que hay claras evidencias que demuestran que es preferible el tratamiento de los menores y adolescentes en los entornos menos restrictivos posibles y próximos a sus comunidades. Para ello es preciso que una amplia gama de servicios esté disponible para cubrir sus necesidades. Además, los padres deben beneficiarse de la oportunidad de un respiro y de formación adecuada. Sólo en 7 de 66 países que participaron en el estudio existían elementos que pudieran ser considerados representativos de un continuo de servicios [1660]. En otro estudio de la OMS se reseña que el tratamiento de los trastornos mentales para niños y adolescentes está escasamente financiado desde siempre [1661] y que la ausencia de una continuidad de cuidados desemboca en la pobre calidad de los cuidados, la falta de adherencia y la incapacidad de mantener a los niños y a los adolescentes en los entornos menos restrictivos posibles. Su desarrollo implica financiación, formación de profesionales y el establecimiento de metas y estadística [1662].

En lo que nos interesa, es de destacar que existe una red especializada para la asistencia psiquiátrica infanto-juvenil que abarca por un lado camas hospitalarias separadas de las de adultos y, por otro, una red externa cuyo eje radica en los centros o unidades de salud mental infantil. Con diferencias entre las distintas Comunidades Autónomas, puede afirmarse que la red está claramente infradotada.

[1658] Para un análisis de los datos en la Comunidad Valenciana, Síndic de Greuges de la Comunitat Valenciana. *Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias*. Informe especial a las Cortes Valencianas. 2003 (disponible en internet www.sindicdegreuges.gva.es)

[1659] World Health Organization. *Atlas: child and adolescent mental health resources: global concerns, implications for the future.* Geneva, 2005, página 16 (disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/resources/Child_ado_atlas.pdf)

[1660] World Health Organization. *Atlas: child and adolescent…*, página 18

[1661] World Health Organization. *Caring for children and adolescents with mental disorders: setting WHO directions. Geneva,* 2003, página 10 (disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/media/en/785.pdf)

[1662] World Health Organization. *Caring for children…*, página 16

1.2. El consentimiento informado de los menores

La Ley 41/2002 de autonomía del paciente expresa en su apartado 9.3.letra c que el consentimiento por representación se otorgará:

> Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La norma diferencia entre distintas edades. Los mayores de dieciséis años o menores emancipados se consideran con facultades plenas en este ámbito.

La norma establece que debe escucharse a los mayores de 12 años pero ello no excluye a los menores de dicha edad. El derecho de audiencia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté implicado un menor y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar y social está reconocido en el artículo 9.1 de la L.O. 1/96 de protección jurídica del menor. El propio Código Civil hace referencia en algunos de sus artículos a que siempre será escuchado el mayor de 12 años en todo caso pero también al que tuviera «suficiente juicio» [1663].

Si ese juicio suficiente se traduce además en «capacidad intelectual y emocional de comprensión del alcance de la intervención», hay que concluir que el menor tiene derecho a consentir [1664]. A los incluidos en este grupo se suele aludir como «menores maduros» [1665]. De hecho, el artículo 6.2 del Convenio de Oviedo expresa, para los casos en que el menor carece de capacidad para expresar su consentimiento conforme a la ley, que «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de *madurez*».

Sin embargo, la ley 41/2002 prevé una importante excepción, los casos de actuación de grave riesgo, a juicio del facultativo. En este caso los padres deben ser informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión. De

---

[1663] Por ejemplo en los artículos 156 y 159

[1664] Sánchez-Caro, Jesús y Javier. *El consentimiento informado en psiquiatría.* 2ª edición. Editorial Díaz de Santos. Madrid, 2002, página 242

[1665] Sánchez-Caro, Jesús y Javier. *El consentimiento…*, página 145. En general, como señala la Organización Mundial de la Salud, aunque todavía en muchos países utilizan el dato de la edad (generalmente los 18 años) como el único criterio para el consentimiento de los menores para el tratamiento, «un significativo número de menores, especialmente adolescentes, tienen suficiente *madurez* y comprensión para ser capaces de consentir o rechazar» y «la legislación debe contener previsiones para fomentar la toma en consideración de las opiniones de los menores en cuestiones de consentimiento dependiendo de su edad y *madurez*» (WHO, WHO resource book on mental health, human rights and legislation, cit., página 84) El subrayado es mío.

confusa y poco clara califica GÓMEZ PAVÓN esta excepción, puesto que si la opinión de los padres es contraria a la del menor o incluso igual es indicativo que otro ajeno al paciente o sus padres tomarán la decisión, o en otro caso la previsión legal no tendría sentido[1666]. Probablemente, a mi juicio, la cuestión radica en que no existe un método exacto de medición de lo que se entiende por «capacidad» o «suficiente madurez» como hemos visto que sucede en otros ámbitos y ello, naturalmente, puede dar lugar a responsabilidad médica. De hecho, «madurez», al igual que «capacidad» no son conceptos propiamente médicos. Lo que se entiende por «madurez» del menor es más bien un concepto propiamente sociológico, dependiente de los usos sociales, y la doctrina no es precisamente clara respecto al papel que corresponde desempeñar a los representantes legales en su deber genérico de «velar» por el menor en estas materias, como ya analizamos al hablar en epígrafes precedentes del papel de la representación en los derechos de la personalidad[1667] [1668].

No es extraño, además, que según la importancia de la intervención, se eleve el umbral de lo que se considera «madurez», como ya hemos visto que sucede en la capacidad, y que se adopten cautelas adicionales como sucede en el presente caso[1669]. Parece que el propósito de la ley es buscar el consentimiento conjunto.

En cualquier caso, en cuanto al modo práctico de proceder, el propio artículo 9 en su último apartado establece que «la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal» y que «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

En lo concerniente al tratamiento psiquiátrico, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que la autorización de internamiento debe recabarse

---

[1666] GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil.* 2ª edición. Bosch, 2004, página 115.

[1667] Véase también, en este ámbito las posiciones de SEVILLA BUJALANCE que desarrolla una interesante interpretación sobre el derecho de representación de los padres y su posible ejercicio incorrecto (SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. *El menor abandonado y su protección jurídica.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 2002. páginas 144 y ss.) y las de LAMA AYMÁ, Alejandra. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.* Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006. capítulo VI y, partícularmente, páginas 344 a 350.

[1668] No parece haber problema en el caso de consentimiento conjunto y actuación conforme a los criterios médicos, pero sí pueden originarse problemas en los casos en que la decisión pueda presumirse que es contraria a los intereses del menor. Para solucionar estas controversias algunas regulaciones autonómicas suelen remitir a la legislación civil. Por ejemplo, artículos 25.2 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE 186/2005, de 5 agosto 2005), artículo 9.3 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (BOE 48/2003, de 25 febrero 2003) o artículo 12.6 Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (BOE 110/2003, de 8 mayo 2003)

[1669] En este sentido, ROMEO MALANDA expresa: «la madurez exigida no tiene por qué ser la misma en todo tipo de actos médicos, pues hay algunos que por su complejidad necesitarán de un mayor discernimiento de la persona que otros, que en principio cualquiera puede entender» (ROMEO MALANDA, Sergio. «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes». En Diario LA LEY, Año XXIV, número 5704, Viernes 24 de enero de 2003.

aunque la persona «esté sometida a la patria potestad o a tutela», expresando su número 2 que «el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor». Vemos que rigen los mismos estándares de protección que para los adultos.

La exigencia de locales separados, en España, data de tiempos de la 2ª República[1670]. La introducción de la equiparación de estándares fue fruto de la modificación del artículo 211 del Código Civil en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor[1671].

A mi juicio el menor podrá consentir la hospitalización psiquiátrica voluntaria si presenta las suficientes condiciones de madurez pero, dada la trascendencia de la intervención, estimo que debe recabarse también el consentimiento de los representantes legales, salvo imposibilidad material. Si el menor se opone al ingreso o a su continuación y los representantes legales estimaran que sí procede, debe tramitarse el mismo como internamiento involuntario, con las garantías del artículo 763 LEC[1672]. Si el menor deseara el ingreso y los representantes legales se opusieran a él y a juicio del facultativo la situación clínica del menor hiciera aconsejable la hospitalización, pondrá los hechos en conocimiento del Juzgado a

---

[1670] El Decreto de 12 de enero de 1933 (Gaceta de Madrid de 14 de enero de 1933; Aranzadi, marginal 78) sobre locales para tratamiento de niños alienados obligaba a habilitar, en todos los establecimientos, locales suficientes para albergar, con el aislamiento debido de la demás población psiquiátrica, a los niños alienados menores de quince años, a fin de someterlos a los tratamientos adecuados a su edad, sexo y circunstancias. La Exposición de Motivos del Decreto señalaba que *la actual legislación de beneficencia sobre internado o reclusión de enfermos psíquicos en Hospitales y Manicomios no limita en ningún sentido la edad para el ingreso, viéndose obligadas las Casas de Salud generales o provinciales a recibir cuantos presuntos alienados se presenten con la documentación legal correspondiente, lo que produce la estancia en dichos establecimientos de niños pequeños en obligada promiscuidad con locos adultos, expuestos a las múltiples y casi inevitables contingencias de una absurda convivencia*

[1671] Disposición Final Duodécima. Modificó el primer párrafo con el siguiente tenor: «El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.»

[1672] En caso de desacuerdo de los padres o de los tutores, si fueran varios, se estará a lo dispuesto en los artículos 156 y 237 del Código Civil (decide el Juez, con audiencia del menor). Es de reseñar que, en principio, el médico, como tercero de buena fe, puede legalmente presumir que el representante legal actúa con el consentimiento del otro. Existen disposiciones especiales en materia foral (artículos 138 y 201 del Código de familia catalán —EDL 1998/45031—, Ley 63 de la Compilación Navarra —EDL 1973/838— y Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón). Básicamente es el mismo principio del Código Civil, en Aragón (Junta de Parientes) y en Navarra (Parientes Mayores, Ley 137 y ss.) cabe la posibilidad de que los padres acudan a un órgano familiar. En Cataluña también cabe esa posibilidad prevista en el artículo 138 nº 2 del Código de familia (en el caso del tutor, si está constituido, puede resolver el denominado Consejo de tutela, conforme al artículo 201). En Aragón, en caso de desacuerdo de los padres en el ejercicio de la denominada «autoridad familiar», el artículo 71 de la Ley 13/2006 permite a estos acudir, según su preferencia, al Juez o a la Junta de Parientes y establece una serie de personas que pueden ejercer la autoridad familiar (el padrastro o la madrastra, los abuelos en caso de fallecimiento de los padres, los hermanos mayores en caso de ausencia de abuelos, las divergencias sobre la titularidad se resuelven en el artículo 76 de forma similar a la del artículo 71.

los efectos del artículo 158 del Código Civil. De esta forma se respetan tanto el derecho de consentir del paciente como el derecho de los representantes legales de velar por el interés del menor. El médico se limita a cumplir con su papel de proporcionar el mejor tratamiento posible al paciente y de salvaguardar los derechos legales del menor en caso de estimar posibles perjuicios para el mismo. El Juez cumple con su papel garantizador de los derechos fundamentales.

Si el menor de 16 años no tiene suficiente madurez o capacidad o, siendo mayor de esa edad o emancipado, carece de capacidad de decisión, el artículo 763 de la LEC tendrá plena operatividad.

Las recomendaciones internacionales han insistido en la protección de los derechos del menor en este terreno[1673]. En particular, la Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, tantas veces citada, expresa en su artículo 29[1674]:

1. Las previsiones de la recomendación deben aplicarse a los menores a menos que se provea una medida de protección más amplia
2. En las decisiones concernientes al internamiento y tratamiento, sea voluntario o involuntario, la opinión del menor deberá ser tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y grado de madurez.
3. Un menor sujeto a internamiento involuntario, debería tener el derecho de asistencia de un representante desde el comienzo del procedimiento.
4. Un menor no debe ser internado en un establecimiento en el que lo estén también adultos salvo que el mismo pueda resultarle beneficioso[1675].
5. Los menores sujetos a internamiento deberían tener derecho a libre educación y a ser reintegrados en el sistema escolar general tan pronto como sea posible. Si fuera posible, el menor será evaluado individualmente y recibirá una programa individualizado de educación o preparación laboral.

La recomendación se pronuncia por el principio de equiparación de garantías respecto a los adultos, pero esto ha sido fruto de una evolución. Así, como vimos en su momento, el caso Nielsen[1676] en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en Estados Unidos, el caso Parham, no adoptan un estándar de plena equiparación[1677].

[1673] Por ejemplo, el principio 2 de los Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991 expresa: «Se tendrá especial cuidado, conforme a los propósitos de los presentes Principios y e el marco de la ley nacional de protección de menores, en proteger los derechos de los menores, disponiéndose, de ser necesario, el nombramiento de un representante legal que no sea un miembro de la familia.»

[1674] La traducción es mía

[1675] El *Explanatory Report* estima que un ejemplo de ello puede ser cuando la unidad está cercana a su domicilio y así se permite el contacto con la familia en vez de internarle en una unidad que esté muy lejos de su casa.

[1676] Ver supra, apartado VI.3

[1677] U.S. Supreme Court. *Parham v. J.R.,* 442 U.S. 584 (1979), decidida el 26 de junio de 1979, Pte. Mr. Chief Justice Burguer (FINDLAW). El caso versa sobre un proceso judicial entablado por menores que eran

En España esto tampoco estuvo tan claro. Podemos citar el caso que fue objeto de la Consulta 2/93 de la Fiscalía General del Estado[1678]. El Juzgado de 1º Instancia de Villena tramitó dos expedientes civiles de internamiento[1679] iniciados por solicitud de la Directora de una Residencia de Minusválidos Psíquicos de la localidad sita en dicho término, solicitando la autorización judicial conforme al artículo 211. En el primer caso se trataba de un menor de 18 años afectado de síndrome de Down, con internamiento de lunes a viernes, pasando los fines de semana y vacaciones con sus padres, no constando la declaración judicial de incapacidad del menor. En el segundo caso, se trataba de un mayor de edad cuya situación presentaba las mismas características. El Juez solicitó a la Fiscalía dictamen sobre la aplicabilidad del artículo 211 dado que, al margen de otras consideraciones, no la creía necesaria dado el contenido de la patria potestad y porque estimaba que el internamiento no era permanente. El problema era bastante complejo y decidimos remitir una consulta a la Fiscalía General del Estado sobre esta materia, a la par que se emitió un dictamen dirigido al Juzgado en el que se hacían constar las interpretaciones a favor y en contra. La Fiscalía General del Estado respondió en la Consulta 2/93 de 15 de octubre señalando que

> El único modo de que un internamiento forzoso, excepción del derecho a la libertad reconocida en el artículo 5.1. e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se acomode al ordenamiento jurídico interno (artículo 211 del C.C.) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por

---

tratados en el hospital psiquiátrico estatal de Georgia que perseguía la declaración de inconstitucionalidad de los procedimientos para internamiento voluntario de menores de 18 años en hospitales psiquiátricos debido a que se producía vulneración de la cláusula del proceso debido *(Due Process Clause)* de la decimocuarta enmienda y solicitaban un requerimiento judicial contra la futura aplicación involuntaria. Bajo la ley del Estado la admisión comenzaba con una solicitud firmada por el padre o tutor y autorización del director para admitir al menor para «observación y diagnóstico». Si tras este período se estimaba evidencia de enfermedad mental y necesidad de tratamiento, el menor era admitido por el período y bajo las condiciones que puedan ser autorizadas por ley. *La District Court* de Georgia estimó que este esquema no era constitucional. El Tribunal Supremo consideró que sí lo era. En uno de sus apartados expresa: «We have recognized that a state is not without constitutional control over parental discretion in dealing with children when their physical or mental healthy is jeopardized. See Wisconsin v. Yoder, supra, at 230; Prince v. Massachusetts, supra, at 166. Moreover, the Court recently declared unconstitutional a state statute that granted parents an absolute veto over a minor child's decision to have an abortion. Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52 (1976). Appellees urge that these precedents limiting the traditional rights of parents, if viewed in the context of the liberty interest of the child and the likelihood of parental abuse, require us to hold that the parent's decision to have a child admitted to a mental hospital must be subjected to an exacting constitutional scrutiny, including a formal, adversary, pre-admission hearing. Appellees' argument, however, sweeps too broadly. Simply because the decision of a parent is not agreeable to a child because it involves risks does not automatically transfer the power to make that decision from the parents to some agency or officer of the state. The same characterizations can be made for a tonsillectomy, appendectomy, or other medical procedure. Most children, even in adolescence, simply are not able to make sound judgments concerning many decisions, including their need for medical care or treatment. Parents can and must make those judgments. Here, there is no finding by the District Court of even a single instance of bad faith by any parent of any member of appellees' class.»

[1678] Fiscalía General Del Estado. Memoria 1994, Consulta 2/93 de 15 de octubre titulada «De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil», página 949 a 957

[1679] Nº 354 y 360 de 1992

la naturaleza del Centro en donde han de permanecer, aunque lo sea de forma discontinua o no permanente.

Tras la formulación de los recursos contra las resoluciones del Juzgado de Primera Instancia, siguiendo las instrucciones de la Consulta, la Audiencia Provincial de Alicante, estimó los razonamientos del Juez, considerando también que la norma (la resolución de los recursos se realizó tras la reforma de 1996) sólo hablaba de centros de salud mental en materia de menores (que la exposición de motivos califica como centro psiquiátrico) y que, por otro lado, el ingreso durante cinco días a la semana se parecía más al de los internos de un colegio de educación básica o media que a un centro psiquiátrico, estimándose que no es necesaria la autorización judicial en estos casos[1680].

Aunque yo no comparto esa visión tan estrecha de los centros de internamiento a los que la normativa es aplicable, sí que es de reseñar que pueden existir diferencias en cuanto a la regulación del internamiento para las deficiencias psíquicas y los trastornos mentales. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Heller v. Doe*[1681] tuvo ocasión de analizar la legislación del Estado de Kentucky en el que los procedimientos de internamiento civil involuntario eran distintos para los deficientes y para los enfermos mentales. Las diferencias radicaban en que en el primero de los casos se exigía *una evidencia clara y convincente*, mientras que en el segundo se exigía que el estándar de la carga de la prueba radicase en que esta estuviera *fuera de toda duda razonable* (este es el estándar de prueba característico del proceso penal).La otra gran diferencia consistía en que los guardadores y familiares allegados ostentaban la condición de parte, con todos los derechos, incluído el de presentar prueba y recurrir, en el procedimiento de internamiento involuntario de personas con discapacidad intelectual.

[1680] Así, Autos 259 y 260/96 de la Sección 4ª, fechados ambos el 3 de julio de 1996. La Fiscalía de Alicante comunicó estas resoluciones a la Fiscalía General del Estado, que respondió en escrito de fecha 17 de septiembre de 1997 (Ref. 160/96 S.T.) que la Consulta se había efectuado con la legislación anterior a la reforma de 1996 y que la nueva normativa recogía cambios sustanciales, debiendo atenerse la Fiscalía *a los criterios de la reforma legal ya citada, a la jurisprudencia y a las particularidades del caso concreto que se someta a consideración para extraer las oportunas consecuencias jurídicas, sin que desde el concreto ámbito de lo que ha de ser una Consulta puedan ahora formularse consideraciones sobre tales extremos, efectuando una especie de catalogación de Centros, que adolecería de defectos de generalización no deseados. En todo caso, sobre este particular debe tenerse presente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 1988 (Caso «Nielsen») que se orienta en línea con las consideraciones de fondo del planteamiento de esa Fiscalía.* (El escrito elevando la Consulta, de fecha 15 de abril de 1993 se pronunciaba a favor de estimar que dicha situación no era un internamiento en el sentido del artículo 211.)

[1681] U.S. Supreme Court, *Heller v. Doe,* 509 U.S. 312 (1993). *Heller, Secretary, Kentucky Cabinet for Human Resources petitioner v. Doe, by his mother and next friend, Doe, et al. certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit Nº 92-351.* Los demandantes alegaron violación de la decimocuarta enmienda de la Clausula de Protección igualitaria y la Cláusula del derecho al proceso debido. El asunto comenzó en 1982. El Tribunal de Distrito y la Corte de Apelación dieron la razón a los demandantes. El Tribunal Supremo revocó la decisión de la Corte de Apelación (24 de junio de 1993). Es de destacar que el Tribunal Supremo norteamericano señaló que el examen de la fundamentación racional en la revisión de la protección derivada de la aplicación del principio de igualdad *no es una licencia a los tribunales a juzgar la sabiduría, acierto o lógica de las decisiones legislativas.* El Tribunal estima que basta que sea aceptable. Es de destacar el voto particular de los Jueces Souter, Blackmun, Stevens y O'connor.

Los argumentos que el Estado de Kentucky reseñó para justificar la diferencia fueron que la deficiencia mental era de diagnóstico más sencillo que la enfermedad mental, que la documentación y el historial del deficiente es mucho más extenso (puesto que surge desde la infancia) que el de la enfermedad mental (que puede ocurrir repentinamente durante la fase adulta), que la determinación de la peligrosidad del deficiente era mucho más sencilla en la medida en que se contaba con dicho historial de comportamiento, en tanto que la peligrosidad del enfermo mental es de predicción muy compleja y que los tratamientos destinados a la enfermedad mental pueden ser muy intrusivos, mientras que en el caso de la deficiencia se trata de una discapacidad en el aprendizaje y la formación, más que una enfermedad

En la opinión del Tribunal Supremo norteamericano, aunque deficiencia y enfermedad mental son similares en muchos aspectos en lo concerniente al internamiento involuntario, el diferente tratamiento de unos y otros hace que las alegaciones del Estado para exigir una carga mayor de la prueba sean razonables. La distinción se explica también por razones históricas y el hecho de que la mayoría de los Estados presentaban leyes de internamiento diferenciadas para los dos grupos. En suma, históricamente han existido diferencias en lo concerniente a la regulación del internamiento de menores. Lo importante ahora es reseñar su reflejo en el tratamiento ambulatorio involuntario, dado que, como hemos visto, la tónica es la aplicación del principio de equiparación.

Los artículos 23 y 25 de la Convención de los Derechos del Niño reflejan la preferencia del texto por la participación activa del menor en la comunidad en detrimento del internamiento. La hospitalización, y sobre todo la hospitalización prolongada sea o no por razones de salud mental, es una situación a evitar. En este sentido podemos citar el artículo 27.2 de la Ley catalana 8/1995 de 27 de julio *de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes y de Modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Medidas de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción* que señala que «es preciso potenciar el tratamiento ambulatorio de los niños y los adolescentes, a fin de evitar su internamiento» y que «si la hospitalización es indispensable, ésta debe ser lo más breve posible, y se ha de procurar que se realice entre otros niños y adolescentes» [1682].

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre estima que la medida de tratamiento ambulatorio involuntario para los menores es «una medida protectora de naturaleza civil» cuya aplicación tiene fundamento legal en el artículo 158 del Código Civil [1683]. Es posible la aplicación en función

---

[1682] El artículo 26 de la Ley (BOE 207/1995 de 30-08-1995), dispone: *Atención especial*. 1. Los niños y los adolescentes con incapacidad física, psíquica o sensorial o con patologías de riesgo tienen derecho a la atención necesaria para el correcto desarrollo de sus aptitudes.2. Las redes de atención de la salud infantil y juvenil deben ser accesibles para los tratamientos en situaciones de riesgo que sean necesarios para el desarrollo psíquico y mental de los niños y los adolescentes.

[1683] Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero por la que se regula la responsabilidad de los menores. Memoria

de este artículo y, a mi juicio, como auxilio en el ejercicio de la patria potestad conforme al artículo 154.

Ahora bien, el problema es que, si bien la medida se puede adoptar en cualquier tipo de procedimiento porque así lo refiere el propio artículo 158 «in fine», ¿cuáles son las garantías procesales que deben adoptarse? ¿Existe suficiente conocimiento y práctica sobre los casos en que la medida podría ser eficaz máxime teniendo en cuenta las sensibles diferencias que existen con los adultos? ¿Qué sucede con los mayores de 16 años y menores emancipados cuya situación en el contexto del consentimiento informado es similar a la de los adultos? ¿Qué sistemas de coerción van a aplicarse? Estas interrogantes y probablemente otras muchas resultan de la afirmación de la Circular de la Fiscalía que difícilmente tienen respuesta ante la ausencia de una regulación para los adultos que nos pueda servir de referente a efectos de la aplicación del principio de equiparación anteriormente reseñado.

1.3. El sistema de protección

La Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificada por España en 1990, establece, en su artículo 3, que «los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas». El texto de la Convención regula un amplio catálogo de derechos. Entre ellos destacamos: 1) el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud (artículo 24); 2) el derecho de los niños discapacitados a recibir cuidados especiales destinados a asegurar que el niño discapacitado tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (artículo 23); 3) el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece, en sus artículos 11, 14, 15 y 16 una serie de principios generales que deben guiar la actuación de las entidades públicas en materia de protección del menor, de entre los que destacamos la supremacía del interés del menor, el man-

---

de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, páginas 475 y ss. (concretamente en la página 529)

tenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, su integración familiar y social, la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal y la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas, la obligación de prestar atención inmediata por parte de los servicios públicos y de actuar, la obligación de procurar la colaboración del menor y de su familia ante cualquier intervención y la obligación de verificar las situaciones denunciadas y de adoptar las medidas necesarias para resolverla.

La citada norma estructura, en su artículo 12, un sistema de protección que establece el principio general de que los poderes públicos «velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afecten al desarrollo del menor» y establece un sistema de protección que distingue entre las situaciones de riesgo[1684], las de cesión de guarda y las de desamparo.

La situación de desamparo se define en el artículo 172 del Código Civil como la *que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.* Esta situación determina la tutela por ministerio de la ley de la entidad pública que tenga encomendada la protección de los menores que, actualmente, será la Comunidad Autónoma, situación que lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinarias y obliga a la adopción de las medidas necesarias para la guarda del menor. Las distintas Comunidades Autónomas también recogen disposiciones que matizan estos conceptos.

Las situaciones de riesgo vienen definidas en el artículo 17 de la L.O. 1/96, en un sentido amplio como aquellas que *perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley.* La actuación en este caso se orienta a garantizar los derechos y disminuir los factores de riesgo y dificultad social, promoviendo los factores de protección del menor y su familia. La intervención se desarrolla por los denominados servicios sociales generales, de atención primaria, de base o comunitarios, según la distinta regulación de cada comunidad, que son servicios sociales de carácter fundamentalmente municipal.

La cesión de la guarda se configura en los casos en que los padres o tutores, por circunstancias graves, no pueden cuidar al menor, solicitando de la entidad

---

[1684] Como señala Fernández González, la Ley 1/96 recoge una serie de antecedentes que supusieron una renovación del ordenamiento jurídico en materia de menores. Tales fueron, la Ley de 13 mayo 1981, que modificó la filiación y la patria potestad, la Ley de 24 octubre 1983, de reforma de la tutela y la Ley de 11 noviembre 1987, de modificación de artículos del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (Fernández González, María Begoña «Principios jurídicos que informan la protección civil de los menores». EDB 2005/83298. Fecha de publicación: junio de 2005) Particularmente esta última supuso un proceso de reforma importante en la función de protección cuya atribución se centró en las Comunidades Autónomas.

que ésta la asuma por el tiempo necesario. Esta se formaliza por escrito, dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo, así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la Administración.

La asunción de la guarda, tanto en los casos de desamparo, como en los casos de cesión, puede materializarse a través del acogimiento familiar (que se ejerce por la persona o personas que determine la entidad pública y que admite distintas formas incluso de carácter profesionalizado) y el residencial (que se ejerce por el Director del Centro correspondiente). El acogimiento residencial, a diferencia de los casos de riesgo, se realiza a través de servicios sociales especializados. Generalmente se articulan a través de un centro de recepción o primera acogida que es el que después determina la medida concreta y, en su caso, el centro de destino. Se tiende a huir de la antigua concepción de grandes internados y que los centros residenciales no abarquen un número excesivo de plazas y se tiende a la creación de unidades más reducidas de entre 3 y 7 personas con distintas denominaciones que permitan una mayor normalización de los menores.

El Fiscal ejerce un papel importante en la vigilancia de las decisiones adoptadas en materia de protección (artículo 174 del Código Civil) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil se regula un procedimiento específico de oposición a las resoluciones en materia de protección de menores en su artículo 780.

Sucintamente expuestas las características del sistema, es de reseñar que la ausencia de red sociosanitaria que permita un razonable manejo de los problemas de los menores que padecen trastornos mentales afecta negativamente a la anterior estructura de protección. En muchas ocasiones, se produce un baile de competencias entre las áreas de Sanidad y Bienestar Social que rompe los criterios de coordinación y atención inmediata que presiden la ley de protección jurídica del menor, desconcertando a los afectados y, particularmente a las familias que ven también vulnerado el principio general de colaboración con éstas que inspira la ley.

Las recomendaciones internacionales exigen que las redes sanitarias estén dotadas adecuadamente de personal con preparación suficiente, que comporte distintas alternativas orientadas hacia el ámbito comunitario, que permita la accesibilidad para los menores y sus familias, que sea consensuado con las organizaciones de afectados y de profesionales, que existan sistemas de evaluación periódica de la calidad de los servicios y se instauren mecanismos de protección que garanticen los derechos de los menores previstos en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y disposiciones nacionales de aplicación.

La situación de desamparo no trata de regular y sancionar el ejercicio de deberes inherentes a la patria potestad, ni siquiera los inherentes a la guarda del menor, sino la situación en que se encuentra éste. La situación de desamparo es una situación fáctica («de hecho») y resulta indiferente si la omisión o el inadecuado ejercicio de los deberes de protección es imputable a los padres, por ello expresamente la norma prevé que también surge el desamparo en los casos en

que el ejercicio de la guarda sea imposible. Esta posición es la que acoge, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Valencia[1685].

Los deberes básicos que integran la patria potestad están definidos en el artículo 154 del Código Civil comprendiendo el de «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». Lo que son alimentos se define en el artículo 142 del Código Civil y comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y la educación e instrucción del alimentista. La patria potestad comprende el deber de responder de los actos y omisiones de los hijos (artículo 1903 del Código Civil). La desatención material en el aspecto médico en el caso de un menor afectado por enfermedad mental sí que constituye causa de desamparo[1686]. Ahora bien, como acertadamente señala SEVILLA BUJALANCE, el ejercicio incorrecto del derecho de representación en el ámbito de las intervenciones médicas con carácter general no es de por sí motivo que dé lugar necesariamente a una situación de desamparo puesto que el ordenamiento jurídico prevé mecanismos supletorios para solventar estas situaciones, sin que llegue necesariamente a darse el supuesto de falta efectiva de asistencia[1687]. Será necesario atender al caso concreto

Tampoco importa que la obligación primaria de dar respuesta a este problema radique en el área de Sanidad o en la de Bienestar Social en la medida en que la Administración de las distintas Comunidades actúa con una única personalidad jurídica y los órganos administrativos que la integran deben actuar, en todo caso, conforme al principio de coordinación (artículo 18 de la Ley 30/1992).

Si, lamentablemente la coordinación no se logra ni en los supuestos más graves como son los de desamparo, mucho menos en los de mero riesgo.

En el ámbito del tratamiento ambulatorio, involuntario o no, una adecuada dotación sanitaria debe ir acompañada de una también adecuada dotación social que comprenda una estructura de acogimiento en hogares de escasas dimensiones que permitan, en los casos en que sea necesario separar al menor del núcleo familiar, un entorno lo más normalizado posible, amén de una serie de necesidades que cubre el amplio complejo de desarrollo de habilidades sociales, educación, preparación para actividad laboral, etc.

El papel de los servicios sociales en este ámbito todavía está por definir dadas las amplias competencias que recoge la ley en materia de protección y la indudable necesidad de respetar los derechos de los menores, estableciendo garantías adecuadas.

[1685] Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, núm. 671/2002, de 16 diciembre, núm. 684/2002, de 19 diciembre o núm. 403/2003, de 17 julio

[1686] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, núm. 499/2004 de 28 junio

[1687] SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. *Op.cit.,* página 149

2. ASPECTOS DIFERENCIALES EN EL ÁMBITO PENAL

2.1. Introducción

Desde la creación del primer tribunal de estas características en Chicago en 1899, podemos distinguir tres modelos en la evolución del sistema de justicia de menores: el modelo de protección o tutelar, el modelo educativo y el modelo de responsabilidad.

El modelo de protección es el que inició esta serie. Sus postulados se fundaban en que los niños y los jóvenes tenían que estar absolutamente separados de las influencias corruptoras de los adultos delincuentes y beneficiarse de un Tribunal especial del que no necesariamente tenía que formar parte un juez, ya que lo primordial no era garantizar el derecho sino la reeducación del menor. El control que se estatuía sobre los menores era más amplio dado que abarcaba conductas no constitutivas de infracción penal, incidiendo en la población predelincuente y en el control social. La idea del menor criminal como sujeto anormal o patológico, procedente del positivismo, presidió su constitución, dejando al margen los mínimos del Derecho. Por último, el pretendido ideal rehabilitador se plasmó en la idea de que los menores debían ser apartados de su medio que era nocivo y proceder a su internamiento, constituyendo el reformatorio el mecanismo central de todo el sistema.

El modelo educativo es fruto del Estado de Bienestar y nace tras la segunda guerra mundial hasta aproximadamente 1975. La idea sobre la que pivotaba era evitar que los jóvenes entraran en el sistema judicial penal mediante la no intervención en interés del menor, es decir, el sistema opuesto al anterior. Se patrocinan soluciones extrajudiciales y medidas alternativas, con un claro abandono de los métodos represivos y predominio de la acción educativa. El eje del sistema cambia del internado al seno familiar, ofreciéndole ayuda necesaria y creando mecanismos sustitutivos como residencias más pequeñas, familias acogedoras, familias sustitutas, pequeños hogares, medidas de medio abierto, etc. Sin embargo, todavía subsiste una característica del modelo protector dado que, al primar la intervención educativa, las garantías mínimas del derecho no se aplican, sino que, añadiendo ideas centradas en el trabajo social, expande su órbita hacia menores que no han cometido infracciones penales.

El tercer modelo, el modelo de responsabilidad o de justicia, se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el caso Gault[1688].

[1688] U.S. Supreme Court, *In re Gault,* 387 U.S. 1 (1967) (FINDLAW). El 8 de junio de 1964, Gerald Francis Gault y un amigo, Ronald Lewis, fueron sometidos a custodia por el Sheriff del Condado de Gila. Gerald estaba sujeto a seis meses de *probation,* desde febrero de ese mismo año, por la sustracción de una billetera. La intervención policial de junio radicaba en la queja de una vecina de los menores sobre unas llamadas telefónicas que le habían efectuado con contenido obsceno. El menor fue internado en la *State Industrial School* como delincuente juvenil hasta que alcanzara la mayoría de edad. La Sentencia del Tribunal Supremo de Arizona fue apelada al Tribunal Supremo Norteamericano. El recurso se fundó básicamente en la negativa al proceso debido

Se introducen las garantías propias del proceso penal de adultos, se procede a limitar a los casos indispensables la intervención de la justicia estableciendo unas mínimos y máximos de edad, se desarrollan una amplia gama de medidas como respuesta a la infracción penal, se presta una mayor atención a los problemas de las víctimas, manteniendo los principios educativos y la atención a las necesidades personales, familiares y sociales del menor[1689].

En España, con algunos precedentes como el Padre de Huérfanos en Valencia y los Toribios de Sevilla, el primer antecedente de nuestra legislación radica en la Ley de 2 de agosto de 1918 de Bases sobre organización y atribuciones de los Tribunales para niños[1690]. En dicho texto se observa el primer modelo antes expuesto en el que se señala:

> En los procedimientos para enjuiciar a los delincuentes menores de quince años, el Tribunal no se someterá á las reglas procesales vigentes, limitándose la substanciación á lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se adopten, las cuales se limitarán á expresar las medidas que habrán de adoptarse respecto del menor, y las sesiones se celebrarán en local aparte ó á horas distintas de aquellas en que se celebren actos judiciales, procurando que carezcan de toda solemnidad.

Por otro lado, se afirman las posibles soluciones en la entrega a la familia, persona o sociedad tutelar o el ingreso en un internado. En este último caso, la base quinta establecía que *únicamente podrá decretarse el ingreso del menor en un Establecimiento del Estado, cuando aquél haya ejecutado el acto punible con discernimiento, pero para hacer esta declaración será preciso que el Tribunal adquiera convencimiento pleno de la evidente perversidad del menor.* El Texto articulado se aprobó el 25 de noviembre, aprobándose, posteriormente, un reglamento provisional en 1919 y otro definitivo en 1922. Esta estructura, con algunas modificaciones posteriores, fue la que sustentó el armazón de la norma que mantuvo el mayor período de vigencia, el texto refundido de la legislación de los tribunales tutelares de menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948[1691], cuyo artículo 9.1 recogería la competencia respecto a las infracciones

---

(due process rights). Con ocasión de ello, el Tribunal abordo las distintas garantías procesales: comunicación de los cargos, derecho a consejo jurídico, presentar prueba, no acusarse a sí mismo, interrogatorio de testigos, recurso y registro de los procesos.

[1689] Pérez Martell añade un cuarto modelo, el modelo autónomo que se funda en el surgimiento, desarrollo y aceptación de una teoría sobre el Derecho Procesal del Menor. (Pérez Martell, Rosa. *El Proceso del Menor.* Aranzadi Editorial, 2002, página 77.) Vázquez González añade el denominado *modelo de las 4D* (decriminalization, diversion, due process, deinstitutinalization) de procedencia norteamericana que trata de avanzar un paso más en la búsqueda de un Derecho penal juvenil conforme con las directrices internacionales (en *Derecho Penal Juvenil.* Dykinson, 2005, páginas 113 a 119 coordinados por Vázquez González, Carlos/Serráno Tárraga, María Dolores)

[1690] Gaceta de Madrid de 15 de agosto de 1918. Para un estudio de los antecedentes históricos, Serrano Tárraga, María Dolores, en *Derecho Penal Juvenil.* Dykinson, 2005, Capítulo V páginas 180 a 219 coordinados por Vázquez González, Carlos/Serráno Tárraga, María Dolores

[1691] B.O.E. nº 201, de 19 de julio de 1948

penales cometidas por los menores de 16 años, las infracciones de los mismos consignadas en leyes provinciales y municipales y los casos de menores de 16 años «prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo, requirieran el ejercicio de su facultad reformadora» Junto a estas funciones, el Tribunal también recogía las funciones de protección de menores de 16 años «contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda o educación». Nuestros Tribunales de Menores fueron completamente ajenos a las reformas producidas en Europa con el modelo Educativo e incluso puede señalarse que siguieron exactamente la dirección contraria.

El impacto de la Constitución de 1978 tardará tiempo en notarse pues, pese a las buenas intenciones, no fue sino hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero[1692] que estimó la inconstitucionalidad del artículo 15 de la ley y la posterior reforma efectuada en este texto por Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio[1693] cuando comenzará el cambio que desembocará en la actual Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores[1694] y el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba su Reglamento[1695]. También es de hacer mención a la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño[1696], adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas cuyo artículo 40 establece el marco mínimo al que debe sujetarse nuestra regulación del que cabe subrayar la idea primordial de reintegración del niño a la sociedad, adopción de garantías procesales, establecimiento de una edad mínima, promoción de mecanismos alternativos a la judicialización y de desarrollo de una amplia gama de medidas adecuadas.

No quisiera finalizar este epígrafe sin hacer mención al elevado número de recomendaciones internacionales en el ámbito de la responsabilidad penal del menor entre las que cabe citar, entre las emitidas por Naciones Unidas, las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)[1697], las Reglas para la protección de los menores privados de libertad[1698], las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)[1699] y, entre las emitidas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, la Rec(2003)20 sobre los nuevos modos de afrontar la delincuencia juvenil y el rol de la justicia de

---

[1692] TC Pleno, S 14-2-1991, nº 36/1991, rec. 1001/1988, BOE 66/1991, de 18 marzo 1991. Pte: Rubio LLorente, Francisco (EDJ 1991/1562)

[1693] B.O.E nº 140, de 11 de junio de 1992, pág 19794

[1694] B.O.E. nº 11, de 13 de enero de 2000

[1695] B.O.E. nº 209, de 30 de agosto de 2004

[1696] B.O.E. nº 313, de 31 diciembre 1990

[1697] Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing»). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

[1698] Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

[1699] Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990

menores[1700], la Rec(2000)20 sobre el rol de la intervención psicosocial temprana en la prevención de la criminalidad[1701] y la R(87)20 sobre las reacciones sociales a la delincuencia juvenil[1702].

2.2. Marco de la Ley Orgánica 5/2000

La ley se aplica a los menores de 18 años y mayores de 14 hasta que no entre en vigor lo dispuesto en el artículo 4 de la ley respecto de los menores de 21. Tras la L.O. 8/2006[1703], pese a no derogar expresamente el artículo 69 del Código Penal, como reza su exposición de motivos «se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años», modificando completamente el tenor del antiguo artículo 4[1704]. A mi juicio, tiene razón Simons Vallejo cuando afirma que la exención de responsabilidad no puede fundarse en la indemostrable capacidad de culpabilidad, ya que se ha optado por un criterio biológico puro y no por el sistema del discernimiento que exigiría acudir caso por caso[1705].

La actuación instructora, a diferencia del proceso de adultos, se atribuye al Ministerio Fiscal. El artículo 7 establece un amplio catálogo de medidas que pueden aplicarse. El principio acusatorio y el principio de proporcionalidad son regla en estos procedimientos (artículo 8).

En cuanto a la duración de las medidas, hasta la reforma de la L.O. 8/2006, la norma general del artículo 9 es de un máximo de dos años (artículo 9.3), salvo en el caso de las faltas que se ajustan a una serie de medidas de escasa duración, pero existen disposiciones que extienden este período hasta cinco años para el caso de menores que hayan cumplido los dieciséis años y se trate de delitos cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo

---

[1700] Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice *(Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies)*

[1701] Recommendation Rec(2000)20 of the Committee of Ministers to member states on the role of early psychosocial intervention in the prevention of criminality *(Adopted by the Committee of Ministers on 6 October 2000 at the 724th meeting of the Ministers' Deputies)*

[1702] Recommendation Nº R (87) 20 of the Committee of Ministers to member states on social reactions to juvenile delinquency *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies)*

[1703] L.O. 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 290, de 5 de diciembre de 2006, páginas 42700 a 42712.

[1704] El artículo 4, sin embargo, por un incomprensible error legislativo, estuvo vigente desde el 1 de enero al 5 de febrero de 2007. La Fiscalía General del Estado se opuso, con buen criterio, a la aplicación de este artículo durante este período (Fiscalía General del Estado. Instrucción nº 5/2006. *Sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre*. Madrid, 20 de diciembre de 2006).

[1705] Simons Vallejo, Rafael. «Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor». *Actualidad Penal*, nº 18, 29 de abril al 5 de mayo de 2002, páginas 431 a 466

para la vida o la integridad física de las mismas y el Equipo Técnico aconseje su necesidad (artículo 9.4). También existen reglas especiales en el supuesto de que las conductas del segundo caso anteriormente citado revistan extrema gravedad (artículo 9.5) y también para determinados delitos que la ley considera especialmente graves (disposición adicional cuarta[1706]). La ley también permite la adopción de medidas de carácter cautelar

La reforma de la L.O. 8/2006 ha introducido modificaciones de consideración. El artículo 9.3 sigue manteniendo la norma general de duración máxima de dos años. Sin embargo, las novedades, en lo que nos afecta, radican en que en el ámbito de las faltas se ha ampliado el elenco de medidas permitiendo incluso la imposición de la medida de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses[1707]. Por otro lado, se ha procedido a la derogación de la disposición adicional cuarta de la ley, permitiendo el nuevo artículo 10 ampliar el plazo de duración de estas medidas cuando se trate de hechos tipificados como delito grave, hechos tipificados como delito menos grave pero que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas o hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trata de los hechos anteriormente reseñados, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el Equipo Técnico, la medida puede ampliarse distinguiendo si el menor tuviera en el momento de la comisión de los hechos 14 ó 15 años ó 16 ó 17, siendo la duración máxima hasta tres años y hasta seis años, respectivamente. Continúan manteniéndose en dicho artículo reglas especiales para los casos de extrema gravedad o de delitos que la ley considera especialmente graves.

La norma confiere al Fiscal facultades de sobreseimiento del proceso por corrección en el ámbito educativo y familiar en los casos de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas y que no haya constancia de hechos anteriores de la misma naturaleza (artículo 18). También lo permite en algunos casos si existe conciliación o reparación entre el menor y la víctima (artículo 19).

Una de las peculiaridades de la sistema de justicia de menores radica en la existencia de un equipo técnico que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal

---

[1706] El apartado 2.c de esta disposición, para los casos de mayores de dieciséis años, permite llegar hasta 8 años de internamiento cerrado complementados con cinco de libertad vigilada

[1707] Dispone el nuevo artículo 9.1.: «Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses».

que obligatoriamente tiene que emitir informes sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de las medidas previstas en la ley.

Una vez conclusa la instrucción y, salvo los casos en que proceda el sobreseimiento, el Fiscal debe emitir un escrito de alegaciones y remitir el expediente al Juez de Menores para la audiencia. La sentencia debe ser motivada y expresar los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial. La sentencia es recurrible en apelación ante la Audiencia Provincial.

Después de este sucinto recorrido por la ley con afán meramente introductorio, es necesario referirse en algunos principios que sí revisten especial interés en la materia de la que estamos hablando.

El primer punto es la gran flexibilidad en la sustitución de las medidas. Los artículos 13 y 51 de la ley permiten que, durante la ejecución de las medidas, el Juez pueda sustituirlas por otras que estime más adecuadas por la ley por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, reducir su duración, e incluso dejarlas sin efecto[1708].

La ley regula la «suspensión del fallo», de forma análoga a la justicia de adultos y permite condicionarla a la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión (que puede alcanzar hasta el máximo de dos años) o la obligación de realizar una actividad socio-educativa recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores, incluso con el compromiso de participación de los padres tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo (artículo 40)

Reseñar que el quebrantamiento de la medida no privativa de libertad permite al Fiscal instar del Juez la sustitución de aquella por otra de la misma naturaleza y, excepcionalmente, el Juez puede sustituirla por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento. Lo anterior sin perjuicio de remitir testimonio de particulares al Fiscal por si el hecho fuera constitutivo de alguna de las infracciones previstas en la Ley y merecedora de reproche sancionador (artículo 50).

La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias corresponde a las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla y el control de la ejecución al Juez de Menores. Las Comunidades Autónomas llevan a cabo estas competencias de acuerdo con sus respectivas normas de organización, pudiendo crear, dirigir, organizar y gestionar los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de estas medidas y también establecer los convenios o acuerdos de colaboración con otras entidades,

[1708] En cualquier momento salvo para los casos reseñados en el artículo 9.5 o la disposición adicional cuarta

públicas o privadas sin ánimo de lucro, bajo su directa supervisión y sin que ello suponga cesión de titularidad.

2.3. La medida de tratamiento ambulatorio

El artículo 7.1.e de la L.O. 5/2000 regula la medida de tratamiento ambulatorio con un doble contenido obligacional:

- Asistencia al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan
- Seguimiento de las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan

La medida puede aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Respecto de la medida de internamiento terapéutico, es de estimar que siempre será de aplicación preferente la medida ambulatoria puesto que la internación debe ser el último recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40.4, 23 y 25 de la Convención sobre los derechos del niño[1709]. Las reglas de Beijing, dentro del elenco de medidas resolutorias destinadas a evitar confinamientos, expresa que pueden adoptarse medidas como «las órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento» (18.1.e).

Es muy importante reseñar que el artículo reseña expresamente que «cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias». Claramente se observa que la ley estima imposible la aplicación coactiva del tratamiento de deshabituación en los casos de dependencias[1710].

El Reglamento detalla la obligación de elaborar un programa individualizado de ejecución de la medida, en el plazo de 20 días desde la fecha de la designación del profesional, prorrogable previa autorización judicial. Este programa tiene que ser aprobado por el Juez que puede rechazarlo total o parcialmente[1711]. Una vez

[1709] El artículo 40.4 expresa que «se dispondrá de diversas medidas... así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones». El artículo 23.1 expresa que «los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a si mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad». El artículo 25 es el que reconoce el derecho de los niños internados por motivos de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las circunstancias propias de su internación».

[1710] El artículo 16.4 del Reglamento expresa que en estos casos, si el menor no presta su consentimiento al iniciarlo o, una vez iniciado, lo abandona o no se somete a las pautas sociosanitarias o a los controles establecidos en el programa de tratamiento aprobado, la entidad pública no iniciará el tratamiento o lo suspenderá y lo pondrá en conocimiento del Juez de Menores a los efectos oportunos.

[1711] Artículos 44.2.c de la Ley y 10 del Reglamento

aprobado la entidad pública lo iniciará y comunicará la fecha de inicio al juzgado para que el secretario practique la liquidación de la medida y la comunique al menor, estimándose como fecha de inicio en las medidas de tratamiento ambulatorio la fecha en que el menor asiste por primera vez al centro ambulatorio.

La entidad tiene obligación de remitir al Juez y al Fiscal los informes de seguimiento que deben tener un contenido suficiente de acuerdo con la naturaleza y finalidad de cada medida y emitirse con periodicidad trimestral, cuando fuera requerida o cuando la propia entidad lo estime necesario. Las propuestas de revisión deben hacerse constar expresamente [1712]. Cumplida la medida, la entidad tiene que elaborar un informe final dirigido al Juez y al Fiscal que debe indicar esta circunstancia y realizar una valoración de la situación en la que queda el menor.

El propio reglamento regula los particulares de esta medida [1713]. Para la elaboración del programa individualizado de ejecución, la entidad pública tiene que designar el centro, servicio o institución más adecuado a la problemática detectada objeto del tratamiento entre los más próximos al domicilio del menor donde exista plaza disponible.

La norma presta especial atención a lo que denomina *programa de tratamiento,* el cual debe elaborarse una vez designado el especialista o facultativo y tras su examen del menor. El contenido del programa abarca las pautas sociosanitarias recomendadas, los controles que haya de seguir el menor y la periodicidad con la que ha de asistir al centro, servicio o institución designada para su tratamiento, seguimiento y control. El citado programa de tratamiento se adjuntará al programa individualizado de ejecución de la medida que elabore el profesional designado por la entidad pública.

Vamos a examinar las distintas posibilidades de aplicación que permite la ley:

Tenemos que diferenciar los casos de eximente completa de aquellos en los que no lo son. En los primeros, el artículo 5 apartado 2 de la ley establece que, no obstante lo dispuesto en el número anterior sobre la responsabilidad de los menores que hayan cometido hechos tipificados en el Código Penal o leyes penales especiales y no concurra causa de exención, en aquellos menores «en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1º, 2º y 3º del vigente código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1 letras d) y e) de la presente ley».

ORNOSA FERNÁNDEZ estima que los fundamentos de las medidas de seguridad dispuestas en el Código Penal para los adultos no son aplicables en estos casos puesto que la primera constituye una respuesta frente a la peligrosidad del autor, entendida como probabilidad de comisión de futuros delitos, mientras que la segunda es una respuesta a la culpabilidad del menor, aunque tenga un necesario enfoque

[1712] Artículo 13 del Reglamento
[1713] Artículo 16 del Reglamento

educativo. Si esa culpabilidad no existe, no cabe aplicarle una medida del articulo 7, porque eso es caer nuevamente en olvidar las garantías con la excusa de que se trata de ayudar y proteger al menor». A juicio de la autora, ya existen soluciones en la jurisdicción civil que permiten a los menores ser tratados con independencia de si han cometido o no un hecho delictivo y no debió acudirse nunca a una solución tan forzada que va en contra de las garantías del propio menor [1714]

Con independencia de que esto sea discutible y de los indudables problemas de aplicación práctica que ello conlleva, lo cierto es que la ley ha aceptado el criterio de la imposición de este tipo de medidas a los menores exentos de responsabilidad criminal de forma paralela a la justicia de adultos.

Sin embargo, la ausencia de un criterio claro y la propia ambigüedad de las normas que regulan las medidas de seguridad en el derecho de adultos no dejan de tener su reflejo en la justicia de menores, aspecto que queda claramente plasmado en la deficiente regulación de las medidas cautelares. El artículo 29 de la Ley regula expresamente el supuesto de las medidas cautelares en los casos de exención de responsabilidad cuando quede suficientemente acreditado en el curso de la instrucción que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal. Lo singular del caso es que la norma remite a «los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho» y sin perjuicio de concluir la instrucción, efectuar el correspondiente escrito de alegaciones y solicitar alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en la ley. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 expresa [1715]:

> Hay que considerar comprendida en el ámbito del artículo 29 LORPM la posibilidad de sujetar al menor a un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el artículo 158. 3º C.C., a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de las enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia. A diferencia de lo que ocurre con el internamiento terapéutico, inserto en el elenco de medidas cautelares del artículo 28 de la LORPM, el tratamiento ambulatorio constituiría una medida protectora de naturaleza civil. En cuanto a la incapacitación del menor y la promoción de la constitución de los organismos tutelares, huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares,

---

[1714] Ornosa Fernández, María Rosario. *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* Bosch, 2001, páginas 167 a 169. En el mismo sentido, Pérez Martell, Rosa. *Op. cit.,* página 292. En el mismo sentido parecen decantarse Díaz Martínez, Manuel y Luaces Gutiérrez, Ana-Isabel al referirse a la aplicación cautelar de estas medidas (en *Derecho Penal Juvenil*. Dykinson, 2005, páginas 285 y 286 coordinados por Vázquez González, Carlos/Serráno Tárraga, María Dolores)

[1715] Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero por la que se regula la responsabilidad de los menores. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, páginas 475 y ss. (concretamente en la página 529)

> y que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas.

Es particularmente interesante el precepto por la manifiesta incoherencia con el resto del ordenamiento. Lo primero es que el Fiscal carece de legitimidad para interponer la demanda de incapacidad por disposición expresa del artículo 757 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sólo lo permite a los padres o a los tutores. En los casos de desamparo, la legitimación corresponde a la entidad pública por aplicación de los principios de la tutela automática de los artículos 172 y 239, párrafo primero, del Código Civil.

La norma sigue confundiendo los motivos de aplicación de las medidas civiles y penales. La ley sigue equiparando las medidas con una confusión ciertamente criticable y dando la falsa sensación de que son perfectamente intercambiables. El resultado práctico es la confusión y esa confusión no es deseable porque lo que hay que tener siempre claro es el motivo por el que se actúa. Si es exclusivamente por protección de la salud, rigen unos criterios. Si es por protección de terceros —y este es el caso de las medidas adoptadas por la infracción de preceptos penales—, deben adoptarse unas garantías básicas que no pueden ser obviadas. Lo contrario sería aceptar un «fraude de etiquetas».

De la misma forma que no puede aplicarse una medida de seguridad cautelar en el ámbito de adultos, tampoco puede aplicarse una medida de tratamiento (sea en internamiento o en ambulatorio) en el ámbito de la justicia de menores, en los casos de exención completa, por lo dispuesto en el artículo 29 que remite expresamente al ámbito civil. Esto genera bastantes problemas de aplicación práctica y puede obligar, en más de una ocasión, a que se discuta la cesión de la guarda a las entidades públicas y que, de hecho, se apliquen criterios de seguridad a instituciones que no están pensadas para ello.

En cualquier caso, no comparto el criterio de la Circular 1/2000 que parece expresar que el tratamiento ambulatorio no puede articularse como medida cautelar mientras que el internamiento sí, fuera de los casos de exención plena del artículo 29. La Fiscalía puede pedir y el Juez acordar el internamiento terapéutico con carácter cautelar dado el tenor del artículo 28 que expresa que las medidas cautelares podrán consistir en «internamiento en centro, en el régimen adecuado». Si ello es así, tal y como dice la Circular 1/2000, el principio de la alternativa menos restrictiva haría absurdo (y más en un ámbito sancionador[1716]) que se pueda acordar ésta y no la otra. A mi juicio se olvida que el tratamiento ambulatorio tiene el carácter de medida complementaria de las restantes por disposición expresa de la ley (artículo 7.1.e) y que la medida a la que sirve de complemento racional

[1716] Recordemos que, aunque la ley hace primar el superior interés del menor, «tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora» (Exposición de Motivos, apartado 7). Debe observarse la reiterada recomendación internacional de que hay que evitar el internamiento de cualquier tipo salvo que éste sea necesario (Véase, por ejemplo, el apartado IV de la Recomendación R(87)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre las reacciones sociales ante la delincuencia juvenil)

es, obviamente, la libertad vigilada que expresamente recoge un catálogo amplio de reglas de conducta que contienen una cláusula final que indica que pueden incluirse «cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona» y que también puede adoptarse con carácter cautelar por disposición expresa del citado artículo 28.

Como medida definitiva, podrá aplicarse «sola o como complemento de otra medida» de las previstas en la ley. Hemos hecho referencia en anteriores epígrafes a los tres poderes clásicos que en el derecho comparado se aplican en el ámbito de la incapacidad y los tratamientos y también a la forma en que el derecho penal los ha asumido y ampliado. El derecho de menores también los ha acogido, asumido los propios del derecho penal (compárese el artículo 7 de la ley con el artículo 105 del Código Penal) y además ha incorporado elementos propios del sistema de protección de menores como pueden ser las convivencias con otras personas, familias o grupos educativos. El marco de intervención es, pues, mucho más amplio.

La nueva L.O. 8/2006 ha introducido variaciones dignas de mención. Es singular, dado el plazo de duración de las medidas, que, como complemento de la libertad vigilada, la medida de tratamiento ambulatorio puede llegar hasta 6 meses en las faltas y que, en el caso de los menores de 16-17 años al tiempo de comisión de los hechos, la medida puede alcanzar hasta 6 años, supuestos que no se producen en el derecho penal de adultos cuya imposición es discutible en las faltas y tiene un límite de cinco años para los delitos.

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

1. INTRODUCCIÓN

El origen de los denominados «Juzgados de Solución de Problemas» (*Problem Solving Courts*) radica en Estados Unidos. Se trata de Juzgados especializados establecidos para tratar con problemas específicos que, a menudo, están relacionados con personas que necesitan servicios sociales, de salud mental o de tratamiento por abuso de sustancias. Desde la fundación del primer «Juzgado de Tratamiento de Drogas» (*Drug Treatment Court*) en Miami en 1989 hasta el momento actual han experimentado una expansión importante tanto en número como en proyección geográfica, no sólo en el ámbito anglosajón (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Inglaterra) sino también en el resto del mundo. Hasta hace poco, el fenómeno había permanecido sin una teoría. Los Juzgados de Tratamiento de Drogas se originaron como experimento por Jueces y Médicos insatisfechos con los resultados de los procesos tradicionales [1717]. Al ofrecer resultados esperanzadores, fue transplantado a otros ámbitos judiciales como salud mental (*Mental Health Courts*)o violencia doméstica (*Domestic Violence Court*). La expansión ha sido muy importante en Estados Unidos, como refleja el siguiente mapa (Fig. 9) [1718]:

[1717] Winick, Bruce J. y Wexler, David B. *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts*. Carolina Academic Press, Durham, 2003, página 6.

[1718] Huddleston, C. West/Freeman-Wilson, Karen/Boone, Donna L. *Painting the current picture: A national report card on drug courts and other problem solving court programs in the United States. Volume I, nº 1,* National Drug Court Institute, mayo de 2004, página 10. En Canadá, es de citar el trabajo de Goldberg, Susan. *Judging for the 21st Century: A Problem-solving Approach*. National Judicial Institute. Ottawa, 2005

Como teoría legal, el término «Jurisprudencia Terapéutica» es también reciente. El término *jurisprudence,* traducido literalmente al castellano «jurisprudencia», es un concepto más amplio que el castellano ya que se refiere en términos generales a la teoría o filosofía jurídica[1719]. La expresión se utilizó por primera vez por el profesor David WEXLER en 1987 en un documento dirigido al *National Institute of Mental Health*[1720]. Tras su introducción comenzó a aplicarse frecuentemente en la literatura legal desde principios de la década de los 90.

El origen de este movimiento comenzó en el área de la legislación de salud mental al observar que la propia legislación producía, curiosamente, consecuencias antiterapéuticas en las personas que, en principio, debía ayudar. Aunque se originó en este ámbito, rápidamente se expandió otras áreas como el derecho de familia o la legislación penal juvenil. La jurisprudencia terapéutica propone utilizar las herramientas de las ciencias de la conducta para el estudio del impacto terapéutico o antiterapéutico de la ley, utilizándola de una forma creativa sin vulnerar valores y principios jurídicos básicos como el derecho al proceso[1721].

Una definición más completa y de uso común es la de SLOBOGIN como «el uso de las ciencias sociales para el estudio del alcance en que una norma o práctica legal promueve el bienestar psicológico y físico de la persona a que afecta»[1722].

Puede ser considerado como el fundamento teórico de los juzgados de solución de problemas y puede ofrecer a los jueces fórmulas para solventar problemas, consideraciones de cómo estructurar los juzgados y como maximizar su potencial efecto terapéutico. Los Juzgados pueden resolver los problemas individuales utilizando los principios de la jurisprudencia terapéutica en su trabajo[1723]. De esta forma, los Juzgados de Solución de Problemas exitosos pueden proporcionar un importante desarrollo de los principios y conceptos de la Jurisprudencia Terapéutica para la mejora del funcionamiento judicial.

La tarea esencial de la Jurisprudencia Terapéutica consiste en sensibilizar a los jueces del hecho de que son agentes terapéuticos en el desarrollo de su labor y generar principios que puedan mejorar la estructura, función y comportamiento de manera que les permita ser más efectivos en estos fines[1724]. Tales principios y métodos engloban la integración de servicios de tratamiento con los judiciales, intervención judicial permanente, seguimiento estrecho y respuesta inmediata a la

---

[1719] WEXLER, David B. y CALDERÓN, Jeanine. «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del *derecho terapéutico». Revista Española de Investigación Criminológica* REIC AC-01-04 (disponible en Internet www.criminologia.net)

[1720] FULTON HORA, Peggy/SCHMA, William G./ROSENTHAL, John T. A. «Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America». *Notre Dame Law Review,* Volume 74, Nº 2, January 1999

[1721] WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B. *Op. cit.*, página 7.

[1722] SLOBOGIN, Christopher. «Therapeutic Jurisprudente: Five dilemas to Ponder», 1 *Psychology, Public Policy and the Law* 193 (1995), citado por FULTON HORA et al. *Op. cit.*

[1723] WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B. *Op. cit.*, páginas 7 y 106.

[1724] WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B. *Op. cit.*, página 105.

conducta, enfoque multidisciplinar y colaboración con organizaciones de la comunidad y gubernamentales[1725].

El propósito de la quinta parte del presente trabajo es ofrecer una panorámica de este tipo de juzgados especializados y de los principios generales del derecho terapéutico. Para ello nos centraremos en la aplicación de los principios del derecho terapéutico dentro del área de la salud mental, tanto desde la perspectiva civil como de la penal. Reseñaremos ejemplos nacionales e internacionales. En el plano internacional nos centraremos en el Estado de Nueva York. La razón es simple: Estados Unidos constituye una Federación de 50 Estados y el citado es el de más actualidad por el desarrollo de la denominada Ley Kendra. Dentro del ámbito penal nos centraremos en los dos modelos que más interés tienen para nuestra exposición: Los denominados *Drug Treatment Courts* y los *Mental Health Courts.*

2. EL TRATAMIENTO INVOLUNTARIO CIVIL DESDE UNA PERSPECTIVA TERAPÉUTICA

2.1. Críticas a la aplicación de los tratamientos involuntarios en la comunidad

Como señalamos en epígrafes anteriores, los principios de aplicación en los que se centran este tipo de medidas son la necesidad y la proporcionalidad. En términos generales, podemos indicar que la indicación de necesidad, es decir que la utilización de medidas involuntarias en algunos casos puede estar justificada, no es generalmente discutida[1726]. Las críticas se centran en la proporcionalidad o adecuación. Los principales argumentos son:

[1725] *Conference of Chief Justices (CCJ Resolution 22)/Conference of State Court Administrators (COSCA Resolution 4. In Support of Problem-Solving Courts* de 3 de agosto de 2000 y revisada el 29 de Julio de 2004 en la reunión Anual del *CCJ/COSCA Problem-Solving Courts Committee*

[1726] Curiosamente, el que mejor ha expresado esta situación es el Presidente de la Asociación Española de Neuropsiquiatría: «Se hace un alegato en contra de esta medida desde *el derecho del paciente a decidir,* pero se olvida que con pacientes muy graves, en ocasiones, es necesario tomar medidas coercitivas precisamente para salvaguardar su derecho a la salud y a una vida digna. Por otra parte, de esta forma, quizás podrían evitarse medidas aún más coercitivas como son los ingresos involuntarios. Probablemente, en pocos años, hemos pasado de la *beneficencia dura* (olvidando que hay pacientes capaces, cuya opinión debe considerarse) al *hiperautonomismo* (olvidando que hay pacientes en situación de incapacidad para decidir, y cuyos derechos deben ser salvaguardados). Afortunadamente es infrecuente, pero se dan casos en los que, sobre la base del *respeto por la autonomía del paciente,* se adopta una actitud de pasividad con la consiguiente dejación de funciones. Tengo dudas sobre si no atentará más esto contra el derecho de los pacientes que una actitud intervencionista. Al final, lo fundamental es el compromiso por parte del servicio tratante. La medida no arregla nada en sí misma; debe ser solo una herramienta para permitir que algunos pacientes puedan ser seguidos de una forma más eficaz, evitar reingresos y prevenir conductas de riesgo, pero lo fundamental es que ese seguimiento sea efectivo y cercano. Solicitar esta medida para citarle luego cada dos o tres meses tendría escaso sentido. Puede ser un instrumento válido (no un fin en sí mismo) siempre y cuando no sustituya la *judicialización* del caso a la intervención de los programas de seguimiento comunitarios... en caso

2.1.1. Ausencia de eficacia probada

La evaluación de la efectividad clínica es más compleja de lo que pueda parecer a simple vista. Depende de factores como el concepto de orden que se maneje (como ya hemos reseñado existen diversas variantes), de las características del paciente y de los resultados deseados. Mientras gran parte del conflicto se funda en el malentendido, parte refleja la diferente perspectiva filosófica de los protagonistas. Es por ello por lo que introducirse en el capítulo de las diferentes investigaciones es entrar en un área bastante turbia[1727].

Pueden diferenciarse dos generaciones de estudios[1728]. La primera generación tiene unos presupuestos metodológicos que han sido estimados de escasa fiabilidad. Entre los que consideran la efectividad de las medidas podemos citar los trabajos de GELLER et al. (Massachusetts, 1996), MUNETZ et al. (Ohio, 1996), O'KEEFE et al (New Hampshire, 1997), ROHLAND (Iowa, 1998). Los defectos se centran, fundamentalmente, en la falta de criterios de selección, la escasa población analizada, la limitación de los períodos de tiempo y la inexistencia de grupos de control comparativos. Con posterioridad, la proliferación de este tipo de trabajos ha continuado, unos a favor, como el de DAWSON et al. en Nueva Zelanda[1729] o el de O'BRIEN y FARRELL en Ontario[1730], y otros en contra, como el de PRESTON et al. en Western Australia[1731].

---

de que los hubiera (que esa es otra)» (Chicharro Lezcano, Francisco. «Tratamiento ambulatorio involuntario». En *Revista Norte de Salud Mental,* nº 19, 2004, páginas 6-8). Desde otras posiciones críticas, Medrano Albéniz estima también que «el TAI puede ser una medida justificada en algunas personas» (Medrano Albéniz, Juan. Tratamiento ambulatorio involuntario. News. [Soc. Esp. Psiquiatr.Legal] 2005;12, disponible en internet: www.psiquiatrialegal.org/TAI2.htm) y Barrios Flores, desde su posición, que califica como «escéptica», manifiesta que sólo cuando a pesar de una red asistencial suficientemente dotada de medios materiales, personales y organizativos el paciente «falla» y es necesaria una intervención involuntaria, «indudablemente sí debe necesariamente llamar a la puerta del Juzgado y no antes». (Barrios Flores, Luis Fernando. «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica». En *La respuesta Judicial ante la enfermedad mental.* Consejo General del Poder Judicial. Curso realizado entre los días 26 a 28 de abril de 2006 en Madrid.)

[1727] O'Reilly, Richard «Why are Community Treatment Orders Controversial?» *Canadian Journal of Psychiatry,* Vol 49, Nº 9, September 2004, páginas 579 a 584.

[1728] Ridgely, M. Susan et al. *The effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States,* RAND Institute for Civil Justice, Santa Monica (California), 2001, páginas 17 y ss. (disponible en internet: http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1340/index.html). En los apéndices de este trabajo se encuentran dos tablas que resumen los estudios, sujetos, proyecto, limitaciones y resultados de los diferentes trabajos. Con posterioridad han continuado la proliferación de este tipo de trabajos, unos a favor, como el de Dawson et al. *(The proper uses of Community Treatment Orders.* Auckland, 2002) en Nueva Zelanda y otros en contra, como el de Preston et al. («Assesing the outcome of compulsory psychiatric treatment in the community: epidemiological study in Western Australia» *BMJ* 2002;324;1244)

[1729] Dawson, John/Romans, Sarah «Uses of Community Treatment Orders in New Zealand: early findings» *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry* 35 (2001), 190-195. Dawson et al. *The proper uses of Community Treatment Orders.* Auckland, 2002 (disponible en internet: http://legalresearch.auckland.ac.nz/docs/ProperUsesOfCommTOs.pdf)

[1730] O'Brien, Ann-Marie/Farrell, Susan J. «Community Treatment Orders: Profile of a Canadian Experience». *The Canadian Journal of Psychiatry* 49; 27-30 (2004)

[1731] Preston et al «Assesing the outcome of compulsory psychiatric treatment in the community: epidemiological study in Western Australia» BMJ 2002;324;1244

Dos estudios, sin embargo, han sido realizados con una metodología más desarrollada. Uno en Nueva York y otro en Carolina del Norte. Los resultados de ambos estudios son contradictorios. Dado que vamos a dedicar un epígrafe al análisis de la legislación de Nueva York, vamos a examinar brevemente el segundo de ellos.

SWARTZ et al. presentaron una ponencia en el Congreso Internacional de Ley y Salud Mental celebrado en París en julio de 1998, concerniente a un estudio que se efectuó sobre un grupo de pacientes de Carolina del Norte entre los años 1993 y 1996. En dicho estudio se concluyó que el *Outpatient Commitment* sólo es efectivo en acción sinérgica con un alto nivel de servicios. Las conclusiones fueron publicadas posteriormente en diversos artículos[1732]. El estudio fue dirigido por la *Duke University Medical Center* de Durham (Carolina del Norte). Se realizó con un elevado número de pacientes graves que fueron dados de alta de uno de los hospitales del Estado (un total de 331). A los participantes se les ofreció remuneración por su participación y *case management* en sus programas. Se crearon dos grupos: uno con orden judicial y otro sin orden. Los resultados fueron los siguientes:

1) Los pacientes que permanecieron sometidos a la orden por períodos reducidos (las órdenes iniciales tienen una duración de 90 días), aumentaron su hospitalización (38 días de media, mientras que el grupo de control sólo 28).
2) Los pacientes que permanecieron sometidos a la orden por períodos superiores a 180 días tuvieron un índice de rehospitalización sensiblemente menor comparado con el grupo de control (el 57% de reducción de los ingresos y 20 días menos de media)
3) El mantenimiento de la orden judicial es particularmente efectivo entre los afectados de trastornos psicóticos no afectivos (trastorno bipolar y depresión mayor). En total una reducción del 72 %, precisando una media de 28 días menos de hospitalización.
4) El mantenimiento de la orden judicial sólo era efectivo, sin embargo, con un alto nivel de servicios. Con niveles inferiores a 3 servicios por mes no se encontraron diferencias en los índices de hospitalización.
5) Se redujo también considerablemente el índice de violencia en la comunidad.

[1732] Por ejemplo, SWARTZ, Marvin S. et al. «Can involuntary outpatient commitment reduce hospital recidivism?» *American Journal of Psichiatry.* 156(12): 1968-1975 (1999). SWARTZ, Marvin S. et al. «A randomized controlled trial of outpatient Commitment in North Carolina» *Psychiatric Services* 52:325-329, 2001. SWARTZ, Marvin S. et al. «The Perceived Coerciveness of Involuntary Outpatient Commitment: Findigs From an Experimental Study» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 30; 207-217 (2002). SWARTZ, Marvin S./SWANSON, Jeffrey. «Involuntary Outpatient Commitment, Community Treatment Orders, and Assisted Treatment: What's in the data?» *The Canadian Journal of Psychiatry* 49; 585-591 (2004).

La conclusión es que la orden judicial sólo es efectiva sí es mantenida y acompañada de un elevado nivel de servicios. Los autores subrayan, sin embargo, que los pacientes generalmente consideran que el incumplimiento puede acarrearles graves sanciones y que tal consideración de coerción y baja autonomía da lugar al fracaso de las órdenes que tienen un escaso período de cumplimiento.

No obstante, el estudio ha recibido ciertas críticas en cuanto a los resultados por parte del *Bazelon Center*[1733] y por parte de RIDGELY et al.[1734] puesto que probablemente los sujetos de estudio han recibido más servicios que lo que es habitual en la práctica de las órdenes judiciales de Carolina del Norte, que las previsiones legales de uso de la fuerza no son sistemáticamente implantadas como práctica habitual, que los hechos sólo pueden evaluarse en personas que han sido dadas de alta del hospital pero no respecto a las que inician la orden desde la propia comunidad y que existen otros factores en la diferencia entre los sometidos a procesos cortos y largos de órdenes judiciales que no han sido suficientemente evaluados.

Probablemente, incluso con un estudio realizado en condiciones ideales existirían cuestiones tales como que los resultados no podrían extrapolarse fácilmente a otros países, con población y cultura diferentes, legislación distinta y sistemas de concepción y financiación de servicios diferentes e, incluso, cambiantes. En cualquier caso, como expresa DAWSON, aunque estos problemas empíricos fueran resueltos, la ambivalencia continuaría debido a la presencia de otros problemas de concepto y evaluación que no pueden resolverse por mecanismos empíricos. DAWSON se refiere a aspectos como el sentido de la libertad para las personas con enfermedad mental y como medir el éxito de las órdenes fundándose en un criterio concreto —como puede ser la reducción de los índices de hospitalización— frente a su negativo impacto en otros criterios —como el incremento del nivel de coerción percibida en parte de los pacientes o el incremento del miedo de coerción sobre los usuarios en general—[1735]. En este sentido, DAWSON refleja un numeroso abanico de criterios que pueden ser utilizados para la medición del éxito de estas órdenes:

- Mejora de la calidad de vida, salud mental o funcionamiento social de los pacientes

---

[1733] Judge David L. Bazelon Center for Mental Health Law. *Studies of Outpatient Commitment are Misused.* Washington, February 2000, updated July 2001 (disponible en internet: http://www.bazelon.org/issues/commitment/moreresources/studies.htm)

[1734] *Op. cit.*

[1735] Pinfold y Bindman resumen, en el debate en Inglaterra y Gales, las posturas contrarias en tres: 1) existen razones del incumplimiento con la medicación y otras estrategias de tratamiento que deben ser reconocidas; 2) la introducción de la compulsión puede alejar a los pacientes de los servicios, retrasando las intervenciones, lo que conlleva peores resultados y esto es particularmente observable en determinados grupos étnicos; 3) el problema ético fundamental es que los pacientes no tienen el derecho de rechazar la medicación y otros tratamientos, mientras que otros grupos conservan este derecho (Pinfold, Vanessa/Bindman, Jonathan. «Is compulsory treatment ever justified?» *Psychiatric Bulletin* 25, 268-270 [2001])

- Reducción de los días de hospitalización
- Reducción de los ingresos involuntarios
- Incremento de la adherencia al tratamiento
- Incremento en la frecuencia de contactos con los profesionales de salud mental
- Reducción de incidentes de daño o victimización
- Reducción de los niveles de coerción percibida por los pacientes
- Reducción de los niveles de abuso de sustancias
- Identificación temprana de la recaída
- Incremento de la satisfacción con la atención por los pacientes, familias cuidadores, etc.

La falta de un criterio definitivo para medir el éxito de la intervención y el hecho cierto de que uno de los factores pueden aparecer situaciones en que aparezcan diferentes circunstancias de signo contrario puede suponer interpretaciones conflictivas sobre el mismo fenómeno [1736].

A mi juicio la polémica sobre la efectividad no descansa sólo en datos clínicos objetivos. Muchos factores de carácter filosófico e ideológico impregnan la cuestión, lo que hace improbable que, incluso el mejor y más detallado estudio, pueda recibir aceptación plena.

2.1.2. Ruptura de la alianza terapéutica e incremento de la coerción

La relación médico-paciente implica un compromiso mutuo y una relación de confianza [1737]. Sin duda, este propósito debe perseguirse como regla general pero también existen excepciones internacionalmente aceptadas en los casos de incapacitación o pérdida de la capacidad de juicio [1738].

[1736] Dawson, John/Romans, Sarah/Gibbs, Anita/Ratter, Nikki. «Ambivalence about community treatment orders» *International Journal of Law and Psychiatry* 26; 243-255 (2003).

[1737] La *Declaración de Hawai de 1977* de la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría, en este sentido, expresa: «La relación terapéutica entre el paciente y el psiquiatra está fundada sobre un acuerdo mutuo. Exige confianza, respeto al secreto, la apertura, la cooperación y la responsabilidad mutua». En el mismo sentido, la *Declaración de Madrid de 1996* de la citada Asociación expresa: «El paciente debe ser aceptado en el proceso terapéutico como un igual con derecho propio. Esta es la piedra angular de toda relación terapeuta-paciente basada en la confianza mutua y el respeto, y es la que permite al paciente tomar decisiones libres e informadas».

[1738] Así, la *Declaración de Hawail* expresa: «Tal relación puede no ser realizable con ciertos enfermos severamente afectados. En estos casos, como en el caso del tratamiento de niños, debe establecerse contacto con una persona del entorno inmediato al paciente y que sea aceptado por ella [...] Ningún tratamiento debe ser efectuado en contra de la voluntad del propio paciente o con independencia de él, a menos que el sujeto no tenga la capacidad de expresar sus propios deseos o bien, por su enfermedad psiquiátrica, no pueda discernir lo que va en el sentido de su propio interés o, por la misma razón, representa una severa amenaza para otros. En estos casos, un tratamiento de oficio puede o debe ser administrado, con la condición de que sea en interés del paciente y solamente durante un período de tiempo juzgado como absolutamente necesario. El consentimiento claro y retroactivo debe ser razonablemente esperado, y todas las veces que sea posible,

ROLFE [1739] entiende que las relaciones terapéuticas son complicadas e incluyen paradojas y ambigüedades. Los clínicos manejan tales relaciones de forma distinta dependiendo de su experiencia, de su personalidad, de su estatus y de su propia posición ética personal. Si un clínico cree firmemente que no es posible tener una relación terapéutica conforme a patrones de involuntariedad, escogerá o la relación voluntaria o la relación de mínimo contacto. Por otro lado, muchos clínicos piensan que tienen suficiente destreza para tener una relación terapéutica efectiva con pacientes bajo órdenes de tratamiento estimando que el elemento coercitivo sólo es una pequeña parte de la relación de trabajo.

Existe escasa investigación sobre el efecto de las órdenes en esta relación, pero *la comparación apropiada puede no ser entre una buena relación y una mala sino, más bien, entre una relación, aunque bajo coerción, y ninguna* [1740]. La medida es, precisamente, la herramienta que permite acceder en un primer momento a algunos pacientes que, aunque su conciencia de enfermedad está seriamente afectada, mantienen una actitud general de respeto por la autoridad y por las normas. Esa actitud permite que el paciente intente cumplir, que los equipos puedan trabajar y que el transcurso del tiempo permita ofrecer resultados positivos. No se trata, en ningún caso, de encontrar una solución o una alternativa al sistema que no funciona por falta de medios. Si hay alguien que pretenda lo anterior, está equivocado y ello lo han manifestado desde el principio las organizaciones no gubernamentales que han abogado por la implantación de este tipo de medidas en Estados Unidos [1741].

Desde otra perspectiva, se ha señalado que este tipo de medidas está limitado al tratamiento farmacológico. Una cosa es que la adherencia al tratamiento farmacológico sea importante, que indudablemente lo es, y otra es el peligro de la «farmacracia» [1742]. Esta idea no está ni en la letra de las normas que existen en el derecho comparado ni en los criterios que se estiman más adecuados para el

---

el consentimiento debe ser obtenido de alguien próximo al paciente. Tan pronto las condiciones anteriormente mencionadas, para un tratamiento involuntario e impuesto, no sean aplicables al paciente, debe salir de él, a menos que no consienta, voluntariamente, en un tratamiento posterior. Cada vez que haya un tratamiento impuesto o una retención, el paciente debe disponer de una instancia de apelación y debe ser informado de la existencia de tal instancia y debe tener el derecho de poder recurrir a ella personalmente, o con la ayuda de su representante, y esto sin tener que pasar por los miembros del personal hospitalario». Del mismo modo, la *Declaración de Madrid* expresa: «Si el paciente estuviere incapacitado o hubiere perdido su capacidad de juicio a causa de un trastorno mental, el psiquiatra deberá consultar con su familia y, si fuera necesario, buscar consejo jurídico, con el objeto de salvaguardar la dignidad humana y los derechos legales del paciente. No se debe llevar a cabo ningún tratamiento en contra de la voluntad del paciente, salvo que esto fuera necesario para salvaguardar su bienestar o el de sus allegados. El tratamiento deberá ser realizado de acuerdo con el mejor interés del paciente y el espíritu de esta declaración».

[1739] Rolfe, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 45.

[1740] O'Reilly, Richard «Why are Community…

[1741] Sirica, Coimbra. «Outpatient Commitment in Mental Health: Is coercion the price of Community Services?» *National Health Policy Forum. Issue Brief* Nº 757, Washington, DC, 2000 (disponible en internet: http://www.nhpf.org/pdfs_ib/IB757_OutptMentalH_7-11-02.pdf)

[1742] Este término forma parte de la literatura antipsiquiátrica. Szasz, Thomas. *Pharmacracy. Medicine and Politics in America.* Praeger Pub Text., Westport (Connecticut) 2001.

éxito de este tipo de intervenciones. Los autores insisten en la necesidad de las intervenciones propias del modelo de tratamiento asertivo para el buen éxito de la medida [1743]. Además de ello, tampoco es cierto que no pueda incluir estructuras intermedias. En la mayoría de las legislaciones, las actuaciones que incluyen el tratamiento abarcan, además del requerimiento para asistencia a los diferentes actos médicos, la indicación de residencia en un determinado lugar y la asistencia a los lugares que se determine a los fines del tratamiento. Diferentes decisiones de los órganos de revisión australianos (*board*) estiman que el alojamiento forma parte del concepto amplio de tratamiento [1744].

La lectura de algunos artículos que he tenido ocasión de examinar da la sensación de que la medida persigue un panorama apocalíptico de decenas de enfermos conducidos policialmente y esposados a las unidades de salud mental para la administración de la medicación inyectable. Por cierto, dicha actuación la hacen extensiva al tratamiento asertivo comunitario [1745].

Esto es una completa falsedad. En primer lugar, la medida de medicación forzada en la comunidad es ampliamente rechazada y su uso es muy raro.

Desde el análisis de las recomendaciones del Consejo de Europa, el Informe explicativo de la Rec(2004)10 expresa que medidas involuntarias son aquellas que son contrarias a la voluntad actual de la persona afectada y claramente establece que «las medidas involuntarias no deben automáticamente equipararse a las medidas forzadas». Por ejemplo, dice el informe, aunque una persona con trastorno mental pueda no estar conforme con los principios de una medida involuntaria y quiera rechazarla, una vez la decisión de aplicarla haya sido tomada, la persona puede cumplir con sus términos. Así, cuando la medicación prescrita se toma oralmente sin resistencia, sin embargo, si a la persona se le pregunta si el tratamiento es aceptable para ella, la respuesta será no. El informe finaliza este apartado señalando que «la proporción de pacientes sujetos a tratamiento involuntario que activamente se oponen al tratamiento es pequeña» [1746].

[1743] Así, Appelbaum, Paul S. «Thinking carefully....

[1744] Así, MM v The Mental Health Review Board (1999) en Western Australia (citada por Rolfe, T. *Community treatment...* página 50). En general, la medida supone una mayor utilización de recursos de alojamiento diferenciados del internamiento. Da cuenta, por ejemplo, de ello O'Brien y Farrell, *Op. cit.*

[1745] Véanse, por ejemplo, Mindfreedom International. *Introduction To Forced Outpatient Psychiatric Drugging*. (disponible en internet: http://www.mindfreedom.org/mindfreedom/ioc/intro.shtml) y Mindfreedom International. *National Alliance for Mentally Ill Escalates Chemical Crusade* (disponible en internet: http://www.mindfreedom.org/mindfreedom/ioc/needle.shtml)

[1746] Explanatory Report to the Recommendation *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* CM(2004)97 Addendum 3 9 June 2004, párrafo nº 121. El informe continúa manifestando (122) que deben practicarse todos los esfuerzos para lograr la aceptación voluntaria del tratamiento, antes de aplicar una medida involuntaria. El principio de la alternativa menos restrictiva implica que el uso de esas medidas debe reducirse al máximo posible. Para ello es preciso la consideración del artículo 10 de la Recomendación por el cual los Estados miembros, tomando en consideración los recursos disponibles, deben tomar medidas para crear alternativas al internamiento y tratamiento involuntarios en la mayor medida posible. El Informe continúa indicando que el término capacidad para consentir debe entenderse en el sentido del artículo 6 del Convenio de Oviedo. Corresponde a la legislación nacional determinar cuando las personas no poseen tal capacidad. En el Convenio se considera que si una persona tiene capacidad para consentir,

Las distintas legislaciones, como ya señalamos, varían extraordinariamente en cuanto al problema de la ejecución material de la orden en caso de incumplimiento. Los diferentes sistemas abarcan situaciones como la simple recomendación sin consecuencias, la posibilidad de transporte a un centro de salud, el cumplimiento material de la orden (esto es, la administración de la medicación), la rehospitalización o el ingreso para observación, cuidado y tratamiento y ulterior examen en el hospital designado hasta un máximo de 72 horas para permitir al médico determinar si la persona tiene enfermedad mental que exige ingreso involuntario (el incumplimiento de la orden no implica de por sí que el afectado reúna las condiciones para el internamiento posterior forzoso). Lo cierto es que las medidas forzadas son de escasa utilización práctica. Ello, además, es notorio. El estudio más reconocido sobre la utilización del tratamiento involuntario ambulatorio es el que fue realizado en Carolina del Norte por SCHWARTZ et al. ya citado en este trabajo. Anteriores estudios materializados en este Estado, como los de FERNÁNDEZ y NYGARD[1747] reseñan la eficacia de este tratamiento. Pues bien, la legislación de Carolina del Norte es precisamente de las que expresamente no permiten la detención y medicación forzada al personal médico y, por ello, ninguno de los pacientes que integraban la muestra fue sujeto a medidas forzadas.

La Asociación Psiquiátrica Americana (APA) recomendó, desde 1987, no utilizar la administración forzada del tratamiento. Ahora bien, eso no significa que los tratamientos involuntarios no deban tener poderes coercitivos para imponer el cumplimiento. Incluso en los casos en que los estatutos no autorizan la medicación forzada, diferentes técnicas de uso reducido de la fuerza se utilizan para promover la confianza. Se reconoce, sin embargo, que puede ser útil para un grupo de enfermos severos y crónicos muy reducido en casos muy concretos siguiendo el principio de la alternativa menos restrictiva. Los estudios empíricos demuestran que los resultados positivos no mejoran por permitir la medicación forzada y que, incluso estando establecida tal posibilidad, raras veces es necesaria en la práctica clínica[1748].

Otro aspecto polémico es el lugar donde puede administrarse la medicación forzada[1749], aunque existe cierto consenso en estimar que debe administrarse en

---

entonces tiene capacidad para rechazar. Sin embargo, cuando una persona no tiene capacidad para consentir, no tiene capacidad para rechazar pero es hábil para expresar objeciones. El Informe continúa reseñando (125) que los términos rechazo y objeción se refieren al momento actual pero que no debe asumirse que un rechazo anterior implique el actual. Debe revisarse la situación presente de la persona afectada. Por ultimo, señalar que, conforme al informe (126), «el alcance del capítulo de la Recomendación no impide el uso de medidas involuntarias en circunstancias en las que una persona repetidamente cambie su actitud sobre si acepta o no una medida, como consecuencia de la cual un programa terapéutico adecuado no puede mantenerse, si los criterios y los procedimientos para la adopción de la medida se cumplen».

[1747] Fernández, G. y Nygard, S. «Impact of involuntary outpatient commitment on the revolving door syndrome in North Carolina». *Hospital and Community Psychiatry,* 1990, 41, 1001-1004

[1748] American Psychiatric Association. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document.* Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference nº 990007

[1749] Rolfe, *op. cit.* página 48, en este sentido señala que aunque hay posibilidad legislativa de tratamiento forzado en la comunidad, por el bien de la salud y seguridad del paciente y terceros y la relación terapéutica,

un hospital y nunca en domicilios o en entornos comunitarios al no ser lugares seguros. Por otro lado, otras importantes medidas de coerción como el traslado son de escaso uso[1750].

También se ha reseñado que el papel de los jueces es claramente represivo. Se olvida también que el Juez opera como garante de derechos. Desde el plano puramente de los principios, es claro el papel del Juez: asegurar que las decisiones adoptadas y los procedimientos cumplen las garantías legales previstas en atención a los derechos fundamentales del afectado. El papel del clínico es tomar las decisiones médicas con el propio paciente, si tiene capacidad, o en conjunción con los representantes (legales o informales) y, en la medida de las posibilidades, con el propio paciente. Sin embargo, sí que es cierto que en un escaso número de legislaciones se han incluido injerencias absurdas, como la necesidad de especificar dosis de tratamiento en las resoluciones judiciales, aspectos que hoy día se observan claramente rechazables.

La Asociación Psiquiátrica Americana (APA)[1751], la Asociación Americana de Enfermería Psiquiátrica (APNA)[1752] la Asociación Psiquiátrica Canadiense (CPA)[1753] o el Real Colegio de Psiquiatras Británico[1754], entre otras, consideran que la herramienta es útil siempre que se utilice adecuadamente y con los correspondientes medios de soporte. Los trabajos de estas entidades constituyen buenos referentes sobre la utilización y grado de satisfacción de los profesionales que han desarrollado estos programas con éxito. Como botón de muestra, recoger un párrafo de un documento de la APA[1755]

> Un sistema de tratamiento en salud mental humano y de calidad debe hacer previsiones tanto para pacientes internos como para pacientes externos involuntarios para aquellos enfermos severos y/o persistentes que puedan beneficiarse de tales propuestas.

---

la buena práctica indica que la medicación debe sólo administrarse forzadamente en el hospital, que es el lugar que cuenta con medios para su administración de forma segura.

Dawson et al. *Ambivalence about...,* página 249, expresa que aunque la legislación de Nueva Zelanda tiene claros mecanismos de para hacer uso efectivo de la fuerza, la práctica del uso de la fuerza para la administración de medicación en entornos comunitarios es muy rara. La Rec(2004)10 se limita a expresar que los Estados miembros deben asegurar que el tratamiento involuntario sólo tendrá lugar en un entorno apropiado (Artículo 19.3. «Member states should ensure that involuntary treatment only takes place in an appropriate environment»), expresando el informe explicativo, en su apartado 149: «The administration of involuntary treatment to a person who actively resists it is not recommended outside a medical facility».

[1750] Jones, Richard. *Op. cit.* Página 454

[1751] APA. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document.* Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference nº 990007

[1752] APNA. Position Papers. *Mandatory Outpatient Treatment,* approved by the APNA Board of Directors, January 2003.

[1753] CPA. *Mandatory Outpatient Treatment.* Approved by the Canadian Psychiatric Association Board of Directors as a Canadian Psychiatric Association position paper on January 25, 2003

[1754] Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003, página 561 y Rolfe, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 24.

[1755] APA. *A vision for the Mental Health System.* April 3, 2003

Hoy día, se está reconociendo que el impacto negativo de las órdenes de tratamiento, predichas por los críticos, no se ha materializado[1756].

2.1.3. El debate sobre los medios y la concepción de los servicios

A lo largo de estas páginas hemos destacado un hecho objetivo: las intervenciones judiciales no tienen operatividad si no existe un buen nivel de servicios.

Los posiciones críticas[1757] subrayan la existencia de literatura que considera más adecuada la intervención propia del denominado tratamiento asertivo que, pese a sus posibles críticas como forma de control social, es el que presenta mayor literatura de resultados efectivos y menos alienantes. Todos estamos de acuerdo en que la creación de un sistema amplio y accesible de cuidados para consumidores con las más complejas necesidades es necesaria se adopte regulación para las medidas de tratamiento involuntario ambulatorio o no[1758]. Lo que no es lícito son determinadas afirmaciones que he llegado a escuchar en el sentido de que las familias habían propuesto el tratamiento involuntario como alternativa al tratamiento asertivo. Esto es completamente falso. Basta con ver cómo la Asociación norteamericana ha apostado por esta forma de tratamiento desde sus inicios y prestado su apoyo[1759].

Aunque se ha sugerido que no habría necesidad de este tipo de órdenes si los gobiernos suministraran servicios adecuados a la comunidad, desafortunadamente,

---

[1756] Mc Ivor, Ronan. «Care and compulsion in community psychiatric treatment». *Psychiatric Bulletin* (2001) 25, 369-370

[1757] Desde el punto de vista de las Organizaciones no gubernamentales, son numerosas las entidades que consideran que el tratamiento involuntario ambulatorio constituye una violación de los derechos de las personas con enfermedad mental. Por ejemplo, Bazelon Center *Position Statement on involuntary commitment* (www.bazelon.org); La página web recoge también el documento de la New York Association of Psychiatric Rehabilitation Services (NYAPRS), *Position on Outpatient Commitment. Replacing Outpatient Commitment Initiatives with strategies that work engage people in need.* Buffalo, New York,1999. La *International Association of Psychosocial Rehabilitation Services* (IAPRS) estima que no es una política efectiva por el trauma que origina entre consumidor y clínico, fundándose en una investigación de Campbell y Schraiber de 1989 que indica que el 47 % de los pacientes evitan cualquier servicio tradicional de salud mental por miedo al tratamiento involuntario. Consideran que el tratamiento involuntario no será efectivo por falta de financiación y porque donde existen servicios efectivos no será necesario (Rolfe, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 27). Desde otra perspectiva, abogando por la adopción de estas medidas en Estados Unidos, citar el *Treatment Advocacy Center* que, desde 1998 viene realizando actividades en este sentido. Su página web contiene una gran cantidad de información sobre este problema (www.psychlaws.org) y puede consultarse también un conocido artículo de su Presidente y Directora Ejecutiva Fuller Torrey, E/Zdanowicz, Mary. «Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom?» *Psychiatric Services* (2001) 52(3); 337-341.

[1758] National Association of State Mental Health Program Directors. *Technical Report on Involuntary Outpatient Commitment*. Approved by the NASMHPD Medical Directors council October 9, 2001. Algunos autores estiman que, incluso demostrando la eficacia de las órdenes para un reducido grupo de población, los esfuerzos deben ir dirigidos exclusivamente a mejorar el sistema público de salud mental (así, Allen, Michael y Smith Vicki F. «Opening Pandora's Box: The practical and legal dangers of involuntary outpatient commitment» *Psychiatric Services* 52:342-346, 2001)

[1759] National Alliance for the Mentally Ill. *Assertive Community Treatment (ACT)* (Disponible en la página web de NAMI: http://www.nami.org/Template.cfm?Section=ACT-TA_Center)

esta afirmación debe ser descartada. Existe un pequeño grupo de pacientes que pese al suministro intensivo de servicios de calidad por los equipos de tratamiento asertivo comunitario persistentemente rechazan el tratamiento y seguimiento, debido a la falta de conciencia de enfermedad[1760]. Este tipo de intervenciones tiene sentido para pacientes que han demostrado que no pueden o no solicitarán tratamiento externo y que sufrirán deterioro considerable o precisarán hospitalizaciones repetidas[1761]. Como expresa APPELBAUM, con seguridad, la disponibilidad de medios adecuados mejorará la asistencia pero que, dada la naturaleza de muchos trastornos en los que se niega la enfermedad y la necesidad juega un importante papel, parece improbable que incluso en un sistema óptimo de tratamiento pueda ponerse fin al problema de la «puerta giratoria». Por otro lado, aunque sería maravilloso ver un sistema de atención a la salud mental con presupuesto completo, alrededor de dos décadas de experiencia con los sistemas públicos de salud en EE.UU. arrojan serias dudas sobre qué hay de real en esta meta. Las políticas deben hacerse conforme a la situación real del mundo. Muchos pacientes severos simplemente quedan fuera de los cuidados[1762].

Cuestiones diferentes son otras afirmaciones que se aventuraron y que luego se han comprobado que no eran ciertas. Particularmente es el hecho de que este tipo de intervenciones se iba a disparar en cuanto al número. Ya expusimos en anteriores epígrafes los resultados de investigaciones de este tipo en el Reino Unido[1763]. En Saskatchewan (Canadá), por ejemplo, sólo se constataron, durante un período de 3 años, 63 órdenes, siendo el grado de satisfacción de los psiquiatras aplicadores elevado[1764]. En Israel, durante los cuatro primeros años de aplicación de la nueva Ley (1991) sólo 208 pacientes (326 órdenes en total) fueron sometidos a la medida en los distritos de Jerusalén e Israel Sur. Los distritos tenían una población de 646.1000 y 734.800 personas respectivamente. Durante el mismo período, 5.364 órdenes de hospitalización involuntaria fueron realizadas, lo que da lugar a un ratio de 16'45 hospitalizaciones involuntarias por cada intervención involuntaria en la comunidad[1765]. En Nueva Zelanda, DAWSON expresa, basándose

---

[1760] O'Reilly, Richard «Why are Community Treatment Orders ...

[1761] Appelbaum, Paul S. «Ambivalence codified: California´s new outpatient commitment statute». Psychiatric Services, January 2003, Vol. 54, nº 1, páginas 26 a 28.

[1762] Appelbaum, Paul S. «Thinking carefully about outpatient commitment». Psychiatric Services, March 2001, Vol. 52, nº 3, páginas 347 a 350.

[1763] Franklin, Donna/Pinfold, Vanessa/Bindman, Jonathan/Thornicroft, Graham «Consultant psychiatrist' experiences of using supervised discharge» *Psychiatric bulletin* (2000) 24,412-415 y Bindmand, Jonathan/Pinfold, Vanessa/Hatfield, Barbara/Canvin, Krysia/Barlett, Annie/Thornicroft, Graham. *National Evaluation of Supervised Discharge and Guardianship*. University of Manchester. September 2001, disponible en internet: http://web1.iop.kcl.ac.uk/IoP/Departments/HSR/PRiSM/Topics/SD&Grep.pdf

[1764] Centre For Addiction And Mental Health. CAMH Best Advice Paper. *Community Treatment Orders: Overview and Recommendations. Experience of other* jurisdictions, Toronto, febrero de 2000 (revisado en marzo de 2001). Sobre la práctica en Saskatchewan y el grado de satisfacción de los aplicadores, ver también O'Reilly et al. «A Survey of the use of Community Treatment Orders by Psychiatrist in Saskatchewan». *Can J Psychiatry* 2000;45:79-81

[1765] Durst, Rimona et al. «Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel». *Psychiatric Services,* May 1999. Vol. 50 nº 5, paginas 698 a 700

en las estadísticas anuales del Ministerio de Sanidad, que «no hay evidencia de que la existencia de este régimen haya expandido el número global de sometidos a medidas involuntarias, permaneciendo el número relativamente estable» [1766].

Otro elemento que está siendo objeto de revisión es la propia percepción de los usuarios sobre las medidas. En un estudio realizado por SWARTZ et al. sobre las percepciones de 104 usuarios reseñan que, sorprendentemente, un 62 % estimaron que el tratamiento involuntario era efectivo y un 55 % estuvo de acuerdo en la limpieza del proceso. Es de reseñar que en el estudio se subraya la interdependencia entre la efectividad y la limpieza del proceso para aquellos usuarios que lo valoraron positivamente. También expresan, como conclusión, que aquellos pacientes que consideraban la esquizofrenia como una enfermedad biopsicosocial y presentaban conciencia de enfermedad, estimaron que las medidas involuntarias se aplicaron en su mejor interés mientras que aquellos que rechazaban esta visión y no se veían a sí mismos como enfermos manifestaban una visión negativa de las intervenciones judiciales y de su efectividad y transparencia [1767]. GIBBS et al. también realizaron un estudio sobre 42 pacientes en Nueva Zelanda de los que el 8% eran completamente favorables, el 46% eran favorables pero señalaron algunas desventajas, el 21% expresaron la igualdad de ventajas y desventajas, el 7% se oponía aunque reconocía ventajas y otro 7% se opuso frontalmente a la medida. La mayoría de los pacientes expresaron una serie de mejoras experimentadas tras la intervención involuntaria. Las opiniones favorables se centraron en sus experiencias pasadas particularmente en los casos de institucionalización que se veían de forma negativa, que las intervenciones en comunidad les permitían mayor libertad y control que la intervención en el hospital, que apreciaron una sensación de seguridad al tener accesibilidad a los servicios comunitarios en servicios mal dotados, valoraron el soporte de los profesionales de salud y de servicios sociales, les permitía una transición de un estilo de vida caótico a otro más estable. El trabajo concluye expresando que, en la visión de la mayoría de estos pacientes, el tratamiento involuntario en la comunidad representaba, al mismo tiempo, una restricción de la libertad personal y una oportunidad para mejorar la salud y funcionamiento social [1768].

Otro elemento discutible es la concepción negativa hacia la intervención judicial y de las familias que es entendida siempre en un sentido represivo. El papel del Juez como garante de derechos no es reconocido. Que hay una criminalización de los pacientes es un hecho, pero no por la existencia de un Juez de garantías sino por la falta de medios de atención adecuada a estos casos que está produciendo un incremento de los pacientes con enfermedad mental en las prisiones ordina-

---

[1766] DAWSON, John/ROMANS, Sarah/GIBBS, Anita/RATTER, Nikki. «Ambivalence about…», *cit.,* página 249.

[1767] SWARTZ, Marvin S./WAGNER, H. Ryan/SWANSON, Jeffrey W./ELBOGEN, Eric B. «Consumer's Perceptions of the Fairness and Effectiveness of Mandated Community Treatment and Related Pressures» *Psychiatric Services* (2004) 55; 780-785

[1768] GIBBS, Anita/DAWSON, John/ANSLEY, Chris/MULLEN, Richard. «How patients in New Zealand view community treatment orders» *Journal of Mental Health* (2005) 14(4):357-368

rias [1769]. Por otro lado, la visión de la incapacidad como una especie de «muerte civil» y no como un sistema de protección también forma parte de este grupo de creencias [1770]. Reseñar, por último, otro tipo de visiones que parecían superadas como la concepción absolutamente negativa de la familia que presentaban autores como David Cooper, ya examinadas en la primera parte de este trabajo.

2.1.4. Incidencia de posibles demandas de responsabilidad civil

Uno de los casos más polémicos en psiquiatría fue el denominado caso Tarasoff. En 1976, Prosenjit Poddar, estudiante y paciente ambulatorio voluntario de la clínica mental de la Universidad de California confesó a su terapeuta la intención de matar a una estudiante llamada Tatiana Tarasoff. Estimando la seriedad del propósito el terapeuta recomendó el internamiento involuntario de Poddar, notificándolo a la Policía. El internamiento no tuvo lugar por decisión del supervisor y la policía, tras detener a Poddar, finalmente lo puso en libertad ante la promesa de que se mantendría lejos de la chica. Poddar dejó de asistir a la clínica cuando se enteró de la recomendación del terapeuta. La víctima no fue avisada por estimar el supervisor del terapeuta que podían existir problemas de confidencialidad. Dos meses después cumplió con la amenaza. Los padres demandaron a la Universidad.

El Tribunal Supremo de California estimó que un médico o terapeuta que tuviera razones para creer que un paciente puede perjudicar o matar a alguien debe notificarlo a la víctima potencial, a los familiares o amigos de la víctima o a las autoridades. El cumplimiento del deber de advertir puede seguir varios pasos según la situación del caso. Así, dijo el Tribunal que podía hablarse de la notificación a la víctima o a otros que probablemente se lo notificaran, la notificación a la policía o dar cualquier otro paso que sea razonablemente necesario en esas circunstancias [1771].

Posteriormente, en 1982, el Tribunal Supremo de California extendió la obligación derivada del anterior deber de advertir al deber de proteger, lo que ha

---

[1769] Lamb, H. Richard/Weinberger, Linda E. «The Shift of Psychiatric Inpatient Care From Hospitals to Jails and Prisons» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2005) 33:529–34

[1770] Véase, en el caso italiano y desde una perspectiva sociológica, Sbordoni, Silvia. «Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio». *L'altro diritto. Centro di documentaziones su carcere, devianza e marginalità,* Apartados 2.9.2 y 3.3 (Disponible en internet: http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir/devianza/sbordoni/index.htm)

[1771] *Tarasoff v. Regents of the University of California, 551 P.2d 334 (Cal. 1974).* Una referencia al caso Tarassoff bastante amplia se encuentra en la obra de Kaplan, Harold. I. y Sadock, Benjamín J. *Sinopsis de psiquiatría.* 8ª edición. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 1999. Páginas 1489 y 1490. También en Behnke, Stephen/Perlin, Michael L./Bernstein, Marvin. The essentials of New York Mental Health Law. W.W. Norton & Company, Ltd., 2003, páginas 15 y ss. En lo concerniente al caso penal, Poddar fue acusado de homicidio en primer grado. Tras el juicio, fue hallado culpable de homicidio en segundo grado y enviado a una prisión estatal. Poddar apeló y 5 años después, el Tribunal Supremo de California rechazó su condena. Era necesario repetir el juicio pero el Fiscal llegó a un acuerdo con el letrado de Poddar con la condición de que éste abandonara el país y no regresara a Estados Unidos. Poddar está casado y vive en la India en la actualidad.

provocado intensos debates entre la naturaleza de la relación terapeuta-paciente y el equilibrio entre la seguridad pública y la intimidad individual. No en vano, se trata de una relación ajena a la propia del médico y del paciente sino de un problema derivado de la protección de terceras personas.

En el 13ª encuentro anual de la *American Psychiatric Association* (mayo de 1984), el psiquiatra APPELBAUM[1772] planteó una propuesta respecto al método a seguir por el facultativo para evitar que pueda ser responsabilizado legalmente por los daños que pudiera ocasionar en determinadas circunstancias el paciente que se encuentra bajo su control terapéutico. Dicho autor propone una pauta encaminada a la protección de terceras personas potenciales víctimas de pacientes violentos que sintetiza del siguiente modo:

- Evaluación sobre la peligrosidad social del paciente y riesgo de que éste pueda efectivamente afectar la persona de un tercero.
- Selección del curso y tipo de acción, con respecto a la forma de actuar en la emergencia. Los pronunciamientos judiciales como el caso Tarasoff interpretaron que el deber de protección sólo exige a los terapeutas adoptar medidas razonables para proteger a las potenciales víctimas, evitando actitudes extremadamente cautelosas ante cualquier advertencia nimia, de tal manera que se actuaría únicamente ante la evidente existencia de amenaza o riesgo contra personas concreta.

Los intensos debates que ha originado el caso Tarasoff II se centran en que los médicos estiman que el deber de proteger impide el tratamiento, ya que el paciente no puede confiar en el doctor si no se mantiene la confidencialidad. Además, no es fácil determinar si el paciente es lo suficientemente peligroso para justificar el internamiento a largo plazo, pudiéndose dar una hospitalización involuntaria e innecesaria debido a las prácticas defensivas. La interpretación que ha hecho el Estado de California no ha sido regular respecto al deber de proteger reseñado en este caso. Generalmente, el clínico debe informar si una víctima específica e identificable parece estar en inminente y probable peligro de una acción por parte de un paciente mentalmente enfermo; el daño, además de ser inminente, debe ser potencialmente grave e importante. Normalmente, el paciente debe querer dañar a otra persona, no a una propiedad, en ese caso el facultativo debe tomar medidas clínicamente razonables[1773].

KACHIGIAN et al. dan cuenta de que 23 Estados en Estados Unidos han regulado disposiciones del tipo Tarasoff, la autora encuentra diferentes interpretaciones

---

[1772] APPELBAUM, P. S. «Hospitalization of the Dangerous Patients: Legal Pressures and Clinical Responses». *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law.* 12-1994, p. 323-328. Citado por TEIXIDO, C. y BRAMON, E. «La responsabilidad profesional en la praxis psiquiátrica» en *Manual del Residente de Psiquiatría.* Disponible en internet (http://www.sepsiquiatria.org)

[1773] KAPLAN, Harold. I. y SADOCK, Benjamín J. *Sinopsis de psiquiatría.* 8ª edición. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 1999. Páginas 1489 y 1490.

que hacen que tales normas no definan con la claridad deseable los deberes que se imponen al psiquiatra[1774]. En Nueva York, sin embargo, no existe regulación de estas características propiamente dicha aunque se ha desarrollado a través de varios casos que han llegado a los tribunales[1775] y, en parte, por algunas disposiciones contenidas en la legislación de salud mental.

Nuestro Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre un supuesto similar. Sin embargo, en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (civil) de 5 de marzo de 1997[1776] relata un caso que es de mucho interés para lo que nos afecta. Se trataba de unas lesiones y muertes causadas por un paciente esquizofrénico paranoide que disparó con la pistola reglamentaria de su padre (que éste ocultaba) a tres niños, causándoles la muerte y después hirió gravemente a otra persona. El Tribunal Supremo, tras confirmarse en vía penal la absolución del paciente y de los padres, declaró:

> Ha de resaltarse que en el fundamento jurídico transcrito la Audiencia, acertadamente de acuerdo con su valoración probatoria, dice que «de existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que José padecía, ni tampoco aconsejó su ingreso en el Centro, no compartiendo esta Sala el criterio de que el médico no estaba obligado a informar sobre la base de una lectura literal de la Ley de Sanidad. Si en algún caso hay obligación de informar es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse si quien puede no informa».

Nuestra legislación no ofrece un marco adecuado hoy día. Así, junto al deber de reserva en materia de información y documentación clínica previsto en el artículo 2, apartado 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[1777] y el tenor del artículo 7.4 de la Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982 que regula el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que expresa que tendrá la consideración

---

[1774] Kachigian, Claudia/Felthous, Alan. «Court Responses to Tarasoff Statutes». *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2004) 32;263-273

[1775] Behnke et al. citan los casos Wagshall vs. Wagshall (1989), MacDonald v. Clinger (1982) y Ellis v. Peter (1995). *Op. cit.*, páginas 20 y ss.

[1776] TS Sala 1ª, Sentencia de 5-3-1997, rec. 1205/1993. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDJ 1997/1319). Una referencia al caso se encuentra en la obra de Sánchez-Caro, Jesús y Sánchez-Caro, Javier. *El consentimiento informado en psiquiatría.* Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid, 2003. Página 219. Sin hacer referencia a este caso, reseña los límites del deber de secreto Carrasco Gómez, Juan José. *Responsabilidad Médica y Psiquiatría,* 2ª Edición. Colex, 1998, páginas 106 y ss. De carácter general, Seuba Torreblanca, Joan C./Farnós Amorós, Esther/Fernández Crende, Antonio. «Daños causados por personas con trastornos mentales» *InDret* 2/2004 Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra Barcelona, abril de 2004 (Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/205_es.pdf)

[1777] 7. La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida.

de intromisión ilegítima «la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela», nos encontramos con el contradictorio artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dice:

> Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante.
>
> Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el art. 259, que se impondrá disciplinariamente.
>
> *Si la omisión en dar parte fuere de un Profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviesen relación con el ejercicio de sus actividades profesionales*, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas, ni superior a 250.
>
> Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrán además en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo.
>
> Lo dispuesto en este art. se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes.

En relación con el último párrafo de este artículo, la existencia de deberes genéricos derivados del artículo 450 del Código Penal (omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución) hace, a mi juicio, que exista una vía inicial para la incriminación de estas conductas. Estimo también que puede llegar a existir una posición de garante en estos casos (por ejemplo, en el caso de los padres de un declarado incapaz que contratan los servicios del psiquiatra que no les avisa del posible riesgo, dando lugar a la muerte de uno de ellos). Sin embargo, la situación actual dista mucho de estar clara, sobre todo por la escasa previsibilidad de las conductas derivadas de la enfermedad.

El artículo 450 del Código Penal es un delito de omisión pura o propia. El precepto fue introducido por primera vez en el Código Penal, como artículo 338 bis, por una Ley de 17 de julio de 1951, constando sólo del primer párrafo, adicionando el segundo párrafo (el que aquí más nos interesa), la Ley 82 de 28 de diciembre de 1978. Es de observar que se introdujo al mismo tiempo que el artículo 489 bis (actual artículo 195) que regulaba la omisión del deber de socorro. El 450 reza así:

> Artículo 450. 1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

> 2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

Con la entrada en vigor del nuevo Código no es factible incriminar estas conductas por imprudencia al desaparecer la cláusula general del artículo 565. Esta posibilidad la resaltaba la doctrina alemana en los delitos puros de omisión. En el campo concreto del delito de omisión de impedir o denunciar delitos, con anterioridad a la publicación del nuevo Código, sin embargo, la doctrina española, de forma unánime, se pronunciaba en contra de la incriminación por imprudencia[1778].

CEREZO[1779] estima que el tipo de los delitos propios de omisión comprende los siguientes elementos: 1) la situación típica; 2) la no realización de una acción tendente a cumplir con el mandato (no es necesario que consiga el resultado, sino sólo que se esfuerce en conseguirlo aunque no lo logre); 3) la posibilidad de cumplir el mandato (es decir, si tenía capacidad concreta de acción); 4) la posibilidad real, física, de realizar la acción debida (si no puede, por sí o por tercero, debe solicitar ayuda de otro obligado o recordarle su de ver de llevarlo a cabo o ayudarle o llevarlo a cabo de forma conjunta); 5) el dolo (conocimiento de la situación típica y de los medios o forma de realización de la acción debida).

La antijuridicidad no presenta características especiales. En lo que respecta al elemento intelectual de la reprochabilidad, sólo será culpable si conocía o podía conocer su deber de actuar. Puede existir un error sobre la ilicitud de la conducta. En lo que concierne al elemento volitivo, quedará excluida la culpabilidad no sólo cuando fueran aplicables las causas genéricas, sino también cuando no le fuera exigible al omitente la obediencia al Derecho porque implicara un riesgo propio o de terceros (según señalan los artículos 195 y 450).

A juicio de CEREZO caben la tentativa idónea e inidónea. Si la inexistencia de la situación típica no era objetivamente previsible *ex ante*, o aparecía *ex ante*, como absolutamente improbable, la tentativa será idónea. Si la inexistencia de la situación típica era, en cambio, objetivamente previsible *ex ante*, la tentativa será inidónea y, por tanto, impune en nuestro Código. Cabe también la tentativa, idónea o inidónea, aunque la situación típica exista cuando, en contra de lo esperado por el sujeto, otra persona impide la inminente comisión de uno de los delitos mencionados en el artículo 450.

CEREZO admite la coautoría (cuando el deber sólo pudiera cumplirse conjuntamente) y rechaza la autoría mediata, dado que el hombre de atrás siempre estará sujeto al deber de realizar la acción debida, por lo que sería autor directo. Por esta misma razón no son factibles las distintas formas de participación.

[1778] Huerta Tocildo, Susana. «Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos». En *Problemas fundamentales de los delitos de omisión.* Ministerio de Justicia. Madrid, 1987. Página 232 y 233.

[1779] Cerezo Mir, Jose. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General (III).* Editorial Tecnos. Madrid, 2001, páginas 257 a 260.

De forma parecida, MIR recoge los elementos del tipo objetivo: 1) situación típica; 2) ausencia de una acción determinada; 3) capacidad de realizar esa acción. A juicio de MIR, este último elemento hay que referirlo a partir de un hombre normal pero situado en la posición del autor. Estima, a diferencia de algunas posiciones, que el dolo no supone ninguna alteración derivada de la estructura de estos delitos[1780]. Admite la coautoría en los delitos de omisión[1781].

BACIGALUPO distingue tres elementos[1782]: 1) la situación típica generadora del deber; 2) la no realización de la acción mandada (se tendrá por cumplida cuando el obligado haya intentado seriamente su realización); 3) el poder de hecho de ejecutar la acción mandada. En los delitos de omisión, a juicio del tratadista, a diferencia de los delitos de comisión, la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada no se subsume en el modelo de la acción que requiere el ordenamiento jurídico.

Susana HUERTA[1783] considera que no es posible la tentativa porque en estos casos, como en los delitos de mera actividad, depende de la fraccionabilidad del iter delictivo, circunstancia que no se da en este delito por cuanto, en ambos, el sujeto goza de un término dentro del cual cumplir con el mandato de actuar que de dicho precepto se deriva. De manera que, si dicho término no ha expirado aún, el sujeto todavía puede cumplir ese deber y, en consecuencia, no puede decirse que haya omitido hacerlo y, si el término ha concluido, el delito puede estimarse consumado.

La autora estima que no hay obstáculo alguno para admitir la punibilidad de la inducción a uno de estos delitos omisivos, con la doctrina mayoritaria española. Hay que advertir, no obstante, que si el que induce a otro a abstenerse está por sí mismo obligado a actuar, será técnicamente un autor en sentido estricto y no un simple partícipe. Son difícilmente imaginables los supuestos de complicidad y cooperación necesaria puesto que es raro que no estén obligados a actuar. Esta situación es más extraña en los delitos de omisión de denuncia en los que, tanto el que induce como el que coopera, conoce la probabilidad de comisión de un delito, estando obligado a denunciarlo[1784]. Cuestión distinta es la dificultad que existe de distinguir la participación en este delito de la participación en el delito no impedido, que exigirá la posición de garante (comisión por omisión)[1785].

Por último, en lo concerniente a concurso con las figuras del artículo 195 y con el 412.3[1786], estima la autora, respecto al artículo 195, que cabe el concurso

---

[1780] MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor (6ª edición). Barcelona, 2002, páginas 310 y 311.

[1781] MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, página 387.

[1782] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General.* Editorial Akal/iure (4ª edición). Madrid, 1997, páginas 393 y 394.

[1783] HUERTA TOCILDO, Susana. «Comisión de los deberes.... Página 243 y 244.

[1784] HUERTA TOCILDO, Susana. «Comisión de los deberes.... Página 244 y 245.

[1785] HUERTA TOCILDO, Susana. «Comisión de los deberes.... Página 249.

[1786] 3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de

real (al ser los dos bienes jurídicos distintos, puesto que el 450 no protege sólo la solidaridad humana, sino un específico deber de colaboración ciudadana en las tareas de prevención de determinados delitos, por lo que se puede contemplar como una inasistencia a determinados órganos estatales, algunos pertenecientes a la Administración de Justicia)[1787]. En lo que concierne al 412, estima que se trata de un concurso ideal, puesto que se trata de bienes jurídicos distintos (el deber genérico de obrar que le incumbe como simple miembro de la comunidad en el 450 y el específico por razón del cargo en el 412)[1788].

El deber de intervenir para evitar los delitos que el artículo 450 del Código Penal enumera, «comienza cuando se conozca con certeza, o al menos se tenga sólida y fundada creencia, de que va a cometerse un delito de tal clase, requiriéndose para la comisión de este delito la concurrencia de dolo consistente en que quien omite actuar conozca qué persona está siendo o va a ser objeto de un delito de los recogidos en la Ley, y tenga además conciencia de que le es posible impedir el delito mediante su inmediata intervención, o, en el tipo recogido en el número 2 del mismo artículo 450, acudir a la autoridad o sus agentes para impedir la comisión del delito»[1789].

A mi juicio, no creo que sean posibles las formas imperfectas de ejecución en el delito del artículo 450.2 ni que sean posibles las formas de participación. Ahora, tras este somero análisis, voy a intentar dar solución al ejemplo concreto que había reseñado al principio de la exposición.

La solución más razonable, a mi juicio, dado el carácter no matemático de la Psiquiatría y el riesgo de una actuación notoriamente perjudicial para los pacientes por mor de la Psiquiatría defensiva, radica en estimar que el deber de reserva se mantiene en todos los casos pero, cuando existe un riesgo grave de que el paciente incurra en un delito de los comprendidos en el artículo 450, descartadas otras medidas y con una valoración razonable de la situación, hay que estar a la comparación de males[1790] y atender al estado de necesidad, que debe resolverse a favor del deber de denunciar del artículo 450.2. lo que, por otro lado es más conforme con las prescripciones del Código de Ética y Deontología Médica (O.M.C., 1999) que recoge el secreto profesional, en su artículo 14, para señalar, en su

---

prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. / Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años./ En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

[1787] Huerta Tocildo, Susana. «Comisión de los deberes…. Páginas 251, 205 y 206. La opinión de la autora es contraria a la opinión mayoritaria, según refiere, que opta por el concurso de leyes al estimar que el bien jurídico protegido en ambos delitos es la solidaridad humana, optando por el 450 por ser preferente.

[1788] Huerta Tocildo, Susana. «Comisión de los deberes…. Página 250 y 251.

[1789] STS Sala 2ª de 17 noviembre 1998, Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 1998/26971).

[1790] Huerta Tocildo, Susana. «Comisión de los deberes…. Páginas 236 a 239. La autora estima que sí es causa de justificación en el caso de la obligación de denunciar, pero no en el caso de la intervención inmediata del actual número 1 del artículo 450

artículo 16, que: «Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo, en sus justos y restringidos límites, y si lo estimara necesario solicitando el asesoramiento del colegio, el médico podrá revelar el secreto en los siguientes casos: (…) Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo».

De existir algún tipo de responsabilidad, generalmente iría encauzada hacia el plano civil en atención a un hecho dañoso ocasionado por la conducta del paciente. Lo que me interesa destacar es que la indefinición de las normas preocupa a los profesionales en la medida en que la falta de claridad puede dar lugar a interpretaciones que supongan responsabilidad.

El problema enunciado es un problema general de la responsabilidad del médico psiquiatra, mejor o peor definido en las normas y es independiente del carácter voluntario o involuntario de la intervención. Simplemente lo he traído a colación en la medida en que uno de los asuntos que me han referido en los distintos debates que se han mantenido en España sobre estos temas era la posible responsabilidad de los psiquiatras en distintos casos. Uno de ellos llegó a afirmar que las presiones de los familiares podían dar lugar a que, en casos concretos, se solicitaran por el propio equipo médico autorizaciones de este tipo pese a la carencia efectiva de medios para llevarlos a cabo.

Lo primero que hay que tener claro es que nuestro sistema sanitario ha evitado centrarse en problemas de peligrosidad lo cual, como ya he referido, es positivo. En un sistema centrado en la peligrosidad la balanza riesgo/responsabilidad se inclina hacia elementos de seguridad. En un sistema que no tiene este referente, la solución se funda en criterios meramente clínicos y de prestación de servicios. Otra diferencia importante es que en el sistema asilar, los pacientes se encontraban en situaciones de guarda y, en los casos de eventos dañosos, puede existir una responsabilidad derivada de los artículos 1902 y 1903 del C.C. por «culpa in vigilando» [1791]. En la comunidad el patrón es completamente distinto, no hay deberes custodiales ni de vigilancia. La responsabilidad, en el caso de que existiera, no podría darse en unos presupuestos de «predicción» de conductas, completamente infiables, sino en criterios de omisión grave de deberes profesionales, como sería el caso del artículo 450 del Código Penal o el de no indicar una hospitalización en los casos de situaciones agudas que, desde un punto de vista exclusivamente clínico, claramente lo requieran.

A mi juicio, el problema que se está planteando no es tanto una posible responsabilidad civil, sino otra cuestión muy diferente. Lo que se pretende es si este tipo de autorizaciones puede conllevar la obligatoriedad de los centros o unidades de salud mental de realizar tratamientos involuntarios por la disposición del Juez.

[1791] Por ejemplo, TS Sala 1ª, S 21-6-2001, nº 638/2001, rec. 1459/1996. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDJ 2001/11630); TS Sala 1ª, S 8-5-2001, nº 433/2001, rec. 1089/1996. Pte: Corbal Fernández, Jesús (EDJ 2001/5533); TS Sala 1ª, S 17-2-2000, nº 145/2000, rec. 1389/1995. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis, EDJ (2000/868); AP Valencia, sec. 8ª, S 17-5-2005, nº 277/2005, rec. 299/2005. Pte: Casas Herraiz, Olga (EDJ 2005/95700)

Como hemos tenido ocasión de examinar, los presupuestos de aplicación de las normas radican en que hay unos servicios que las mismas establecen y hay aceptación del equipo que es el que debe proponer la medida y establecer el plan de tratamiento. No estamos tratando aquí de la «involuntariedad de los proveedores de servicios». Proceder así únicamente llevaría al fracaso del tratamiento, lo que no beneficia a nadie porque se trataría de una actuación inadecuada.

2.2. Las estadísticas de la aplicación de la Ley Kendra (Nueva York)

El Estado de Nueva York presenta singular interés para nuestra exposición debido a que sus normas son las más actuales y por la evolución que ha desarrollado. Nueva York aprobó la ley de recursos en salud mental comunitaria (*Mental Health Resources Act*) en 1993 y, tras ello introdujo el artículo 9.61 en la *Mental Hygiene Law* permitiendo el tratamiento externo involuntario (*involuntary outpatient treatment*). Se precisaba un programa piloto para tres años y un estudio de investigación cuyo objeto consistía en determinar la efectividad del programa para prevenir la rehospitalización y mejorar la calidad de vida de los pacientes. A finales de 1994 el Departamento de Servicios de Salud mental, deficiencia psíquica y alcoholismo contrató con el Hospital *Bellevue* la implantación del programa piloto. En la primavera de 1995 también contactó con la entidad *Policy Research Associates* la realización de la investigación (se realizó con un grupo de 142 individuos)[1792]. En junio de 1997 la ley fue enmendada para extender el programa piloto y el estudio de investigación por un año.

Las conclusiones más significativas del informe fueron las siguientes: 1) No existen diferencias estadísticas significativas en el porcentaje de pacientes que interrumpieron el tratamiento (27 % de los que tenían orden judicial y 26 % de los que sólo tenían servicios de tratamiento asertivo). 2) Ambos grupos, sin embargo, experimentaron una reducción significativa durante el período de estudio en comparación con el año precedente, derivada de la eficacia de los equipos de tratamiento asertivo (del 87'1 % al 51'4 % para los pacientes sin orden judicial y del 80 % al 41'6 % para los que tenían orden judicial). 3) No existen diferencias significativas en el cumplimiento con los servicios (71 % para los pacientes con órdenes judiciales y 61 % para los pacientes sin ellas). 4) Sin diferencias significativas en el nivel de violencia de ambos grupos. Se constató la escasa frecuencia de arrestos (16 % de los pacientes sin órdenes judiciales y 18 % para los pacientes con órdenes judiciales). 5) Sin diferencias significativas en los ratios de cumplimiento con la medicación en ambos grupos. 6) Sin diferencias significativas en la calidad de vida o en la sintomatología en ambos grupos. La conclusión final

[1792] Policy Research Associates. *Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program,* New York, 1988; también, Steadman, Henry J. et al. «Assessing the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program». *Psychiatric Services* 52:330-336, 2001

del informe es que *la orden del tribunal, por sí misma, no añade un valor en la producción de mejores resultados*.

Las limitaciones del estudio fueron puestas de relieve por otro informe realizado por el propio hospital *Bellevue*[1793]. El mismo considera: 1) Que el propio informe de PRA reconoce que la reducida cantidad del grupo de estudio limita las conclusiones. 2) Que las condiciones del grupo de control y del grupo experimental fueron muy similares respecto a las inicialmente contempladas. De hecho no existió ningún caso de transporte forzoso y la diferencia entre los pacientes con o sin orden no fue entendida por los pacientes, especialmente antes de 1997. La similitud de las condiciones limita los términos de comparación. 3) El informe del PRA no justifica sus propias conclusiones. La investigación muestra que los pacientes con orden judicial sufrieron una media de 43 días de hospitalización durante el año de estudio, mientras que los pacientes del grupo de control sufrieron una media de 101 días. El informe del PRA dice que no existen diferencias significativas pero no suministra un análisis adecuado de esta conclusión. No hay discusión en la conclusión del informe que refleja que los pacientes psicóticos que no presentaban conductas de abuso de tóxicos fueron rehospitalizados mucho menos si tenían órdenes judiciales (25 %) que si no las tenían (45 %). 4) El informe del PRA no examina adecuadamente la justificación de que los pacientes sin orden judicial fueran trasladados a los hospitales estatales de forma más frecuente que los que sí que tenían orden judicial. 5) El criterio de asignación de los grupos no fue muy correcto en la medida que en el grupo de pacientes con orden judicial tenía sustancialmente un porcentaje más elevado de consumidores de drogas de abuso que el grupo de control. Ello es particularmente relevante en la medida que el informe del PRA estima que este colectivo tiene mayores tasas de rehospitalización. 6) El informe del PRA no tuvo en cuenta el historial anterior de cada paciente, lo que es de vital importancia. 7) El informe del PRA sólo refleja una proporción de los participantes. 8) El informe se limitó a aquellos pacientes que se estimó eran capaces de consentir su participación en la investigación y de hecho consintieron. 9) El propio informe reconoce sus limitaciones. 10) El informe no considera los puntos de vista clínicos sobre la efectividad del programa y muchos de los participantes expresaron que las órdenes promueven que el tratamiento se cumpla, obviando injustificadamente los puntos de vista de ellos.

Una de las conclusiones que reflejaba el informe del *Policy Research Associates* era la que el programa piloto no incluía a pacientes que se encontraban en alto riesgo de violencia en la comunidad, lo que el estudio estimaba importante a la hora de futuras decisiones sobre la expansión del *outpatient commitment program*[1794]. Posteriormente (9 de agosto de 1999), el Estado de Nueva York amplió

[1793] Telson, Howard; Glickstein, Richard; Trujillo, Manuel, *Report of the Bellevue Hospital Center Outpatient Commitment Pilot Program* de 19 de febrero de 1999 (Nueva York)

[1794] El informe del Hospital Bellevue, por el contrario, estimaba que la idea inicial de estos programas se contenía en un informe del Dr. Jeffrey Geller de 1990 que excluía expresamente a este tipo de pacientes, pero no se refería a aquellos que tenían un historial de peligrosidad anterior (lo que ocurría en la mayor parte de

las facultades de los Tribunales para ordenar tratamientos obligatorios mediante la denominada *Kendra's law* (llamada así por Kendra Webdale, una mujer de 32 años que falleció al ser empujada el 3 de enero de 1999, al metro de Nueva York por Andrew Goldstein, enfermo mental que presentaba un amplio historial de comportamiento violento y de rechazo al tratamiento)[1795]. La ley comenzó a aplicarse el 1 de abril de 2000[1796]. Introdujo en la *Mental Hygiene law* el artículo 9.60 cuyas líneas generales vamos a desarrollar, de forma esquemática:

> *Assisted Outpatient Treatment.* La norma señala que incluye servicios de gestión del caso o servicios de equipos de tratamiento asertivo en la comunidad para suministrar asistencia coordinada e incluyen alguna de las siguientes categorías de servicios: medicación, controles periódicos de sangre u orina para la comprobación del cumplimiento de la medicación prescrita, terapia individual o de grupo, actividades programadas para el día o parte del día, rehabilitación educativa u ocupacional, tratamiento del consumo de alcohol o de sustancias de abuso y asesoramiento y controles periódicos para la detección de la presencia de alcohol o drogas ilegales para las personas con historial de consumo de alcohol o de sustancias de abuso, supervisión de los medios de la vida diaria y cualesquiera otros servicios dentro de un plan desarrollado conforme al artículo 41 de la ley prescrito para tratar la enfermedad mental y para asistir en la vida y funcionamiento en la comunidad y para intentar prevenir una recaída o deterioro que pueda razonablemente dar como resultado el suicidio o la necesidad de hospitalización. El Tribunal no puede ordenar el tratamiento externo obligatorio sin un plan de tratamiento escrito redactado por los servicios correspondientes. La norma exige que en el desarrollo del plan el médico procure la participación activa del afectado, del médico que le trata y, a solicitud del afectado, de una persona de su confianza. Si el tratamiento recomendado incluye medicación, el médico debe establecer el tipo o clases de medicación y los beneficios y efectos colaterales a que puede dar lugar la misma y debe recomendar si tal medicación puede ser administrada por el mismo paciente o por personal

---

los casos) sino de peligrosidad inminente, porque estos son los que requieren hospitalizacion. TELSON, Howard; GLICKSTEIN, Richard; TRUJILLO, Manuel, *Report of the Bellevue Hospital Center Outpatient Commitment Pilot Program* de 19 de febrero de 1999 (Nueva York)

[1795] Es interesante el análisis del historial del enfermo (véase el informe de la New York State Commission on Quality of Care for the Mentally Disabled and The Mental Hygiene Medical Review Board de noviembre de 1999, titulado *In the matter of David Dix).* También es de reseñar que no fue el único incidente de estas características: el 28 de abril, Edgar Rivera fue empujado al metro por otra persona con historial de trastorno mental, dejándole una seria afectación en las piernas.

[1796] Es de destacar que existen algunas resoluciones judiciales de importancia sobre esta ley como *In re Urcuyo (714 N.Y.S. 2d 862)* en el que la *Supreme Court, Kings County,* rechazó las alegaciones de inconstitucionalidad de la ley o *In re Dailey (713 N.Y.S 2d 660, de 28 de agosto de 2000)* en la que se señala que *la legislatura estaba interesada en crear un sistema que intentara acabar con el ciclo de pacientes que fracasan en el cumplimiento de sus planes de tratamiento una vez son dados de alta en el hospital. La legislación es un esfuerzo para asegurar que tales pacientes cumplan con el tratamiento una vez se encuentran fuera del hospital. Se colige por ello, que cualquier caso de incumplimiento del tratamiento, no importa cuan reciente sea, debe considerarse relevante en la determinación de si el paciente será cumplidor en el futuro.* (Un resumen de jurisprudencia menor puede encontrarse en el Apéndice 2 del informe de marzo de 2005 al que haremos referencia en notas posteriores.)

autorizado. Si el plan contiene aspectos referentes al alcohol o sustancias de abuso debe aportar suficientes hechos al Tribunal para estimar que la persona tiene historial de alcoholismo o consumo abusivo clínicamente relacionado con su enfermedad mental y que el control es necesario para evitar una recaída o deterioro que puede dar lugar a serio perjuicio para el afectado o terceros. Un médico debe explicar el plan oralmente en la vista.

Perfil de los afectados. El Tribunal puede ordenar el tratamiento si

1. El paciente es mayor de 18 años
2. Padece enfermedad mental
3. Es incapaz de sobrevivir seguro en la comunidad sin supervisión, basada en determinación clínica.
4. Está hospitalizado para tomar parte en el proyecto piloto, o en el caso de aplicación para un periodo adicional de tratamiento, el paciente habitualmente recibe tratamiento externo involuntario.
5. Que tenga historial de rechazo al tratamiento que haya precisado hospitalización o asistencia, al menos en dos ocasiones, en los últimos 36 meses en unidad psiquiátrica penitenciaria u otra unidad de atención mental de un establecimiento correccional (no incluye los períodos en que el sujeto ha estado encarcelado u hospitalizado inmediatamente precedentes a la solicitud) o que, en los últimos 48 meses haya realizado uno o más actos de comportamiento violento grave contra sí mismo o terceros o amenazas o intentos de grave daño físico contra sí mismo o terceros (no se incluyen los períodos en los cuales el sujeto ha estado hospitalizado o encarcelado inmediatamente precedentes a la solicitud).
6. Es improbable que participe voluntariamente en el tratamiento recomendado
7. Lo precise para prevenir recaídas o deterioro del cual resultaría posiblemente un serio daño para el paciente o para terceros, a la vista de su historial clínico y comportamiento habitual
8. Que, con toda probabilidad, el paciente pueda obtener provecho del tratamiento involuntario.
9. Si el paciente ha designado un *health care proxy* tal como se define en el artículo 29-C de la Ley de salud pública en el que alguna instrucción contenida en el mismo deba ser tomada en cuenta por el Tribunal al determinar el plan de tratamiento.

Solicitantes potenciales: La petición para obtener una orden autorizando *assisted outpatient treatment* puede ser iniciada sólo por las siguientes personas: 1) Cualquier persona mayor de edad con quien resida el afectado, 2) los padres, esposa, hermano mayor de edad o hijo mayor de edad del afectado, 3) el director del hospital en el cual el afectado está hospitalizado, 4) el director de cualquier institución pública o de beneficencia, organismo especializado o residencia que suministre servicios de salud mental al afectado y en la cual el citado resida, 5) un psiquiatra que o supervise el tratamiento o trate directamente al afectado, 6) el director de los servicios comunitarios o la persona en quien delegue o el funcionario de los servicios sociales, conforme a la ley de servicios sociales, de la ciudad o condado en el cual el afectado se encuentre o razonablemente se crea que se encuentre, 7) un *parole officer* (agente de la

condicional) o *probation officer* (agente de la suspensión de la ejecución) asignado para supervisar al afectado.

Contenido de la solicitud. La solicitud debe incluir cada uno de los criterios reseñados, los hechos que fundamentan la creencia del solicitante de que el afectado reúne tales condiciones y que el sujeto se encuentra o hay razones para creer que se encuentra en el condado donde se realiza la petición. A la petición debe acompañarse un certificado médico en el que el facultativo haya examinado al afectado dentro de los diez días anteriores a la petición o que no ha podido obtener el consentimiento para tal examen, que tiene razones para creer que el afectado se encuentra dentro de las condiciones requeridas y que desea y puede testificar en la vista. La norma regula las personas y organismos que deben recibir notificación de la petición. El afectado tiene el derecho de ser representado por el servicio legal de higiene mental u otro abogado de su elección (en este caso, a su costa) y a presentar testigos y las pruebas correspondientes. La vista se celebra en el plazo máximo de tres días posteriores a la solicitud, salvo que existan causas justas para la suspensión. Si el afectado no comparece a la vista y se han realizado los esfuerzos necesarios para tal comparecencia, la vista podrá realizarse en su ausencia. La ley regula las personas que deben ser citadas. No puede ordenarse el tratamiento externo sin el testimonio personal de un médico que haya examinado al paciente dentro del período que comienza en los 10 días anteriores a la petición y finaliza en el momento de la vista (si el afectado rehúsa el examen, el Tribunal puede acordar a los *peace officers* o a la policía que le trasladen a un hospital para tal examen, la retención del sujeto no pude durar más de 24 horas). Si el tratamiento recomendado incluye medicación, el médico debe establecer el tipo o clases de medicación y los beneficios y efectos colaterales a que puede dar lugar la misma y debe recomendar si tal medicación puede ser administrada por el mismo paciente o por personal autorizado.

Salvaguardas. El Tribunal no puede ordenar el tratamiento externo obligatorio sin un plan de tratamiento escrito redactado por los servicios correspondientes. La norma exige que en el desarrollo del plan el médico procure la participación activa del afectado, del médico que le trata y, a solicitud del afectado, de una persona de su confianza. Si el tratamiento incluye medicación, debe especificar los requisitos ya expresados para el dictamen médico. Si el plan contiene aspectos referentes al alcohol o sustancias de abuso debe aportar suficientes hechos al Tribunal para estimar que la persona tiene historial de alcoholismo o consumo abusivo clínicamente relacionado con su enfermedad mental y que el control es necesario para evitar una recaída o deterioro que puede dar lugar a serio perjuicio para el afectado o terceros. Un médico debe explicar el plan oralmente en la vista.

Revisabilidad: Si el Tribunal estima que el afectado cumple las condiciones y que el tratamiento es el menos restrictivo posible dictará una orden de *assisted outpatient treatment* cuya duración inicial no excederá de 6 meses. La orden sólo puede incluir el tratamiento recomendado en el plan de tratamiento y requerirá a los servicios correspondientes para que suministren los servicios recogidos en el plan. Específicamente recogerá si el paciente puede autoadministrarse o dejar que le administre personal autorizado el tratamiento, especificando el tipo

y dosificación de tal medicación, mandato que será efectivo durante la duración de la orden. No pueden realizarse cambios en el plan salvo aprobación judicial o consentimiento del paciente. El director competente puede solicitar prórrogas de la orden por un segundo o ulteriores períodos de hasta un año. Las órdenes que exijan controles periódicos de sangre y orina deben revisarse después de 6 meses por el médico que desarrolla el plan u otro designado por el director. El médico será autorizado para finalizar tales controles sin necesidad de pedir autorización judicial.

Consecuencias del incumplimiento: Si el sujeto no cumple la orden y se han practicado todos los esfuerzos necesarios para obtener la colaboración del afectado en su cumplimiento y en opinión del médico el paciente necesita ingreso involuntario o inmediata observación, cuidado y tratamiento, lo comunicará al director de los servicios comunitarios o persona autorizada para ordenar el traslado del paciente al hospital. Además, si el paciente rechaza tomar la medicación requerida en la orden o rechaza o no cumple los controles de orina y sangre, el médico debe considerar tal rechazo o incumplimiento cuando determine si el afectado requiere un examen para determinar si tiene una enfermedad mental para la que la hospitalización es necesaria. El director o persona designada se dirigirá a los *peace officers* o a la policía o a una ambulancia o al *mobile crisis outreach team* para la custodia y transporte. El afectado será retenido para observación, cuidado y tratamiento y ulterior examen en el hospital designado hasta un máximo de 72 horas para permitir al médico determinar si la persona tiene enfermedad mental que exige ingreso involuntario (el incumplimiento de la orden no implica de por sí que el afectado reúna las condiciones para el internamiento posterior forzoso). La norma señala expresamente que el hecho de que una persona esté sometida a *assisted outpatient treatment* no puede interpretarse como que tal paciente sea incapaz de obrar[1797].

Desde sus inicios, el Estado ha procurado realizar un seguimiento estadístico adecuado. Se han publicado dos informes de conjunto en los años 2003[1798] y, recientemente, en marzo de 2005 que contiene datos sobre cinco años de aplicación de la Ley[1799] (período 9/08/1999 a 31/12/2004). Es de resaltar que el 58 % de los casos pertenece a la ciudad de Nueva York.

[1797] La ley Kendra contiene otras previsiones. Remitimos al informe *An explanation of Kendra's Law* realizado por la *Office of Counsel for the New York State Office of Mental Health* (disponible en internet http://www.omh.state.ny.us)

[1798] New York State Office of Mental Health. *Kendra's Law. An interim report on the status of Assisted Outpatient Treatment.* January 1, 2003

[1799] New York State Office of Mental Health. *Kendra's Law Final Report on the Status of Assisted Outpatient Treatment.* March 2005 (disponible en internet http://www.omh.state.ny.us). El Estado de Nueva York, según el censo de 2000, tiene una población de 18.976.457 habitantes, de los cuales 8.008.278 habitan en la ciudad. La ley no se aplica por Juzgados especializados. La planta judicial la integran, en primera instancia, las denominadas *Supreme Court,* en un segundo nivel, la *Supreme Court, Appellate Division* que integra cuatro secciones que atienden a diferentes zonas geográficas en las que, a tal fin, se ha dividido el Estado. La pirámide judicial termina con la *Court of Appeals* cuya jurisdicción está limitada sólo a una serie de casos específicos. Junto con la estructura estatal, también se encuentra la federal integrada en los denominados circuitos federales por las *Federal District Courts, Federal Courts of Appeal* y la *United States Supreme Court.* En lo que a nosotros nos concierne, sólo nos interesa la organización judicial del Estado. (Los datos de la

De los datos estadísticos podemos reseñar que se remitieron para investigación 10.078 casos. Fueron realizadas 4.041 peticiones y 3.766 obtuvieron resolución judicial (93 % de los casos). La media de edad de los afectados era de 37'5 años. Por sexo el 66 % eran varones. El diagnóstico mayoritario era de esquizofrenia (71 %) y la coexistencia con abusos de alcohol o drogas era del 52 % de los casos.

El número de personas para las que se solicitó renovación de la orden alcanzó a 3.493, de las cuales sólo renovaron 2.236 (64 %). La duración de la orden se distribuyó en los siguientes porcentajes: hasta y meses (36 %), de 6 a 12 meses (19 %), de 12 a 18 (21%), de 18 a 30 (17 %), más de 30 meses (7 %).

La reducción en tanto por ciento de los comportamientos dañosos se estimó en un 44 %, en las dificultades de autocuidado en el 23 %, de realización de tareas en el 23 %, de funcionamiento social en el 22 %. El porcentaje de encarcelamientos se redujo en un 87%, el de arrestos en un 83 %, el de hospitalizaciones psiquiátricas en un 77 % y el de personas sin techo en un 74 %. Destacamos, por último, el elevado porcentaje de aumento de utilización de los diferentes servicios que componen este tipo de intervención como resultado de las órdenes.

---

organización judicial han sido tomados de la obra de Behnke, Stephen H. et al. *The Essentials of New York Mental Health Law.* W. W. Norton & Company. New York-London, 2003. Páginas 6 a 9.) En la nota 1796 se realizó sucinta referencia a la jurisprudencia menor. Dentro del marco de la Corte Suprema, es de citar NY Court of Appeals *In the Matter of K.L. (Anonymous) v. Glenn Martin* de 17 de febrero de 2004 (2- Nº 6) (Pte. Chief Judge Judith S. Kaye) (FINDLAW, también disponible en la página web de la Corte, http://www.nycourts.gov/courts/appeals/decisions/feb04/6opn04.pdf). El caso en cuestión se refería a la situación de una persona sometida a una solicitud de aplicación de la Ley Kendra realizada en octubre de 2000. el afectado sufría de trastorno bipolar y presentaba un historial de hospitalización e incumplimiento de la medicación y tratamiento prescrito, con agresividad hacia los miembros de su familia en los períodos de descompensación. El tratamiento especificado en la orden consistía en tratamiento psiquiátrico externo, «case management», análisis de sangre, terapia individual y medicación. En principio la administración de tratamiento farmacológico consistía en la administración oral por el propio paciente de Zyprexa. Si, sin embargo, no cumplía, el plan requería que se sometiera a la administración de Haldol Decanoate por personal médico. El afectado se opuso a la decisión argumentando la inconstitucionalidad de la ley Kendra. En particular alegó violación del proceso debido dado que la norma no requería un hallazgo de incapacidad antes de que el paciente pudiera ser requerido para el cumplimiento del AOT. Según el afectado, esto se oponía a la sentencia de la Corte en el caso Rivers v. Katz (67 NY2d 485 [1986]) en el que se establecía que era necesario un hallazgo de incapacidad para realizar una decisión razonada sobre el propio tratamiento antes de que un paciente hospitalizado pudiera ser obligado a la administración de medicación psicotrópica contra su voluntad. La Corte estimó que la ley no permite la administración forzada en el período de observación de 72 horas, salvo que proceda la hospitalización involuntaria. Así señala la sentencia: «The restriction on a patient's freedom effected by a court order authorizing assisted outpatient treatment is minimal, inasmuch as the coercive force of the order lies solely in the compulsion generally felt by law-abiding citizens to comply with court directives. For although the Legislature has determined that the existence of such an order and its attendant supervision increases the likelihood of voluntary compliance with necessary treatment, a violation of the order, standing alone, ultimately carries no sanction. Rather, the violation, when coupled with a failure of efforts to solicit the assisted outpatient's compliance, simply triggers heightened scrutiny on the part of the physician, who must then determine whether the patient may be in need of involuntary hospitalization». La Corte señaló que estimando que el examen de 72 horas previsto en la ley cumplía con los requerimientos del «due process» no era competencia del tribunal examinar si la duración límite del período era *ideal, o necesaria o sabia,* respondiendo a las alegaciones del afectado de que un examen psiquiátrico completo podía realizarse en un período de tiempo inferior. Por otro lado, no halló violación de la prohibición constitucional contra investigaciones o detenciones irracionales porque se estima que la determinación de que un paciente se encuentra en necesidad de cuidado y tratamiento pertenece al juicio clínico que debe estar fundado en la creencia razonable del médico de que el paciente se encuentra en dicha situación.

Desde una perspectiva terapéutica, PERLIN estimaba en 2002 que la ley presentaba efectos tanto terapéuticos como antiterapéuticos. Entre los antiterapéuticos se encontraban, entre otros, la posibilidad de medicación forzada, la dificultades presupuestarias, el reducido espacio de tiempo (3 días) para la preparación de los casos, la planificación en la creación de nuevos recursos a la vista de las débiles estadísticas oficiales anteriores, la posibilidad de que el sujeto no aparezca en las vistas (si no acude, a pesar de ello, puede dictarse la orden), el impacto de la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Olmstead, la relación con los psiquiátricos penitenciarios, la relación con los agentes de la condicional, la disponibilidad de recursos en los distintos condados, etc. Entre los terapéuticos se encontraban la posibilidad de recibir tratamiento, constituir la alternativa menos restrictiva a la hospitalización, la intervención judicial que puede eliminar la discrecionalidad administrativa y la reducción de la victimización de las personas con enfermedad mental[1800].

PERLIN concluye que la ley fue dictada como consecuencia de un caso de actualidad en la opinión pública y, siendo ambiciosa, deja muchos interrogantes por resolver. En principio PERLIN estima que es la respuesta equivocada a un problema difícil e intratable (la peligrosidad).

Posteriormente, el propio PERLIN escribía que la experiencia con las órdenes judiciales para la medicación es que «la medicación forzada es raramente necesaria, porque los pacientes generalmente cumplen las órdenes voluntariamente» y que «a medida que la experiencia con la ley crece, y la estadística que el estatuto requiere se revisa, desarrollamos una mejor comprensión de si la ley es, de hecho, efectiva en sus propósitos de conseguir la adherencia al tratamiento y la reducción de las recaídas»[1801].

Desde otra perspectiva, WINICK estima que las formas tradicionales de tratamiento involuntario (la *conditional release* y la alternativa directa a la hospitalización) si son correctamente aplicadas, tienen un significativo valor terapéutico. Sin embargo, plantea numerosas dudas el denominado *preventive outpatient commitment* en el que se incluye la legislación de Nueva York, particularmente si requiere medicación forzada. No obstante, en los casos en que la medicación no se aplica de forma forzada es posible potenciar los efectos terapéuticos de la legislación y minimizar los antiterapéuticos, haciendo valer los principios generales de transparencia en los procedimientos, respeto por la dignidad del afectado, carácter informal de las vistas, participación de los afectados, adopción de patrones de contrato de comportamiento (*behavioral contract*) en el que se negocia particularizadamente la situación de cada individuo y se mitigan considerablemente los efectos coercitivos del proceso y aumentan los de negociación y fortalecimiento de la autonomía del

---

[1800] PERLIN, Michael L. «Therapeutic Jurisprudence and outpatient commitment law: Kendra's Law as case study». *Public Law and Legal Theory Working Paper Series* Nº 02-04, March 2002 (disponible en internet http://papers.ssrn.com/abstract=301545). El artículo es una revision de un trabajo presentado en The Third Conference of Therapeutic Jurisprudence, Cincinnati, mayo de 2001.

[1801] BEHNKE, Stephen H. et al. *op. cit.* Página 110

individuo. El propio WINICK señala que esta práctica es utilizada por el Departamento de Salud Mental de Nueva York, llegando a formalizarse por escrito e incluir aspectos como *advance directives* o designación de *health care proxies* para los casos en que el afectado incurra en situaciones de incapacidad que le impidan intervenir en el proceso [1802].

La *National Alliance for the Mentally Ill-New York State*, que representa 58 organizaciones asociadas con más de 5.000 miembros en todo el Estado ha apoyado la ley, recomendando que su plazo temporal (que expiraba el 30 de junio de 2005) se hiciera permanente. Entre las distintas recomendaciones que formularon se encontraba la designación de jueces especializados en legislación de salud mental [1803].

Lo cierto es que, pese a las críticas [1804], la ley ha sido renovada por otros cinco años y se ha previsto formación a los jueces y al personal de los juzgados para su aplicación, estando prevista la nueva evaluación externa de la ley para el 30 de junio de 2009 [1805].

[1802] Winick, Bruce J. *Civil Commitment. A Therapeutic Jurisprudence Model.* Carolina Academic Press, Durham, 2005, página 276 a 281.

[1803] NAMI New York State. *Assisted Outpatient Treatment Through Kendra's Law. A NAMI New York State White Paper* (disponible en internet: http://www.naminys.org/AOTfinal.pdf)

[1804] Véase, por ejemplo, New York Lawyers for the Public Interest, inc. *Implementation of «Kendra's Law» Is Severely Biased* April 7, 2005 (disponible en internet: http://www.nylpi.org/pub/Kendras_Law_04-07-05.pdf)

[1805] Información sobre ello puede encontrarse en Treatment Advocacy Center Briefing Paper. «Key changes to New York's Kendra's Law». July 2005 (Disponible en internet: http://www.psychlaws.org/BriefingPapers/KeyChangesKendrasLaw.pdf). Zdanowicz, Mary. «Kendra's law victory belongs to program participants». *Treatment Advocacy Center.* July 1, 2005. (disponible en internet: http://www.psychlaws.org/PressRoom/stmt-MTZpassageKL.pdf). Bender, Eve. «Positive Results Lead to Renewal Of Outpatient Commitment Law» *Psychiatric News* August 19, 2005,Volume 40, Number 16, página 7

Appelbaum reseña tres factores diferenciales de la Ley Kendra respecto a la corriente de normas recientemente creadas que autorizan tratamiento involuntario en la comunidad en Estados Unidos. La primera es que se ha procedido a una importante dotación de fondos económicos para expandir el *case management,* servicios y formas de atención a los pacientes que se encuentran en esta situación; la segunda es que contiene una cláusula que determina la necesidad de una nueva decisión legislativa para la continuación del programa (la ley expiraba, en principio, el 30 de junio de 2005) lo que es totalmente infrecuente en el contexto de la legislación de salud mental; el tercer factor lo constituye la necesidad de evaluación periódica de la implantación de la ley. La norma, señala el autor, ha sido declarada constitucional pero ello no significa necesariamente que sea la mejor política. Los resultados de los primeros años parecen muy positivos, sin embargo, existen elementos importantes de discusión en la medida en que la evaluación adoleció de la falta de un grupo de control dejando abierta la posibilidad de interpretaciones diversas. Por otro lado, los índices han sido evaluados por los propios *case managers* que pueden no darse cuenta de algunos aspectos del funcionamiento de los pacientes o tender a valorar favorablemente los datos obtenidos. Los resultados a largo plazo todavía no se conocen, dejando abierta la cuestión de si los pacientes mantendrán los beneficios obtenidos, especialmente cuando no estén sometidos a los programas. Particularmente los críticos se centran en el hecho de que, a su juicio, los mismos resultados se podrían obtener con un nivel de servicios similar asentado en bases voluntarias lo que sólo podría evaluarse mediante un sistema de control adecuado que permitiera realizar la comparación. Lo cierto, concluye el autor, es que la norma ha sido declarada constitucional y que los resultados son inicialmente positivos, aunque la conclusión incontestable es que *la controversia sobre el uso del tratamiento ambulatorio involuntario está lejos de haber acabado.* Appelbaum, Paul S. «Assessing Kendra's Law: Five Years of Outpatient Commitment in New York». *Psychiatric Services.* July 2005, Vol. 56, nº 7, páginass 791-792.

2.3. Experiencias en España

Voy a exponer la experiencia más estructurada sobre tratamiento involuntario en la comunidad que ha sido llevada a cabo en Guipúzcoa y a la que he tenido acceso gracias a la propia Magistrada[1806].

En San Sebastián se creó Juzgado exclusivo de incapacidades en 1998 (no se trata de jurisdicción especializada, sino de asignación de casos por normas de reparto). En 1999, desde la unidad de hospitalización se planteó la posibilidad de realizar intervenciones de este tipo. Tras estudio del caso, se estimó, conforme planteamientos ya conocidos (procedimiento de jurisdicción voluntaria en aplicación del principio «quien puede lo más, puede lo menos»), que la medida era legal. Se comenzó la andadura y, desde el primer momento se dio a conocer la medida y buscar el consenso de los profesionales, culminando la tarea en la creación de un protocolo tras la celebración de un taller monográfico en Bilbao. El buen resultado de las primeras intervenciones hizo que aumentase la demanda de este tipo de medidas. No obstante lo anterior, las intervenciones son escasas. De hecho, de alrededor de 800 internamientos involuntarios anuales, el número de intervenciones ambulatorias involuntarias sólo tiene una media aproximada de 21. La intervención no incluye sólo medicación sino que se procura la redacción de un plan terapéutico que se desarrolla en función de los medios disponibles (en ocasiones incluye asistencia a estructuras intermedias, cursos o controles de orina en casos de abuso de sustancias). Desde el punto de vista judicial, la medida cuenta con el apoyo de la Fiscalía y del Servicio Vasco de Salud, centrando su principal intervención en la entrevista, en la que se explora las capacidades del afectado y se busca, en todo momento, su acuerdo y la especificación de los derechos y obligaciones que se derivan de su aplicación.

Ha dado excelentes resultados en la mayor parte de los casos. Si surge un incumplimiento, lo cual sucede pocas veces, se insiste reiteradamente en la vigencia de la autorización mediante los trabajadores sociales y llamadas telefónicas del propio juzgado. Desde su inicio, en 1999, nunca se ha aplicado tratamiento forzado y sólo en una ocasión la policía acompañó al centro de salud a una persona sometida a la medida (sin empleo de esposas, ni uso de la fuerza, ni medicación forzada), caso en el que se estimó como medida de «ultima ratio» considerándose que podía ser efectiva, como así fue, dado que no volvió a repetirse otro incidente de estas características con la persona afectada.

Es de reseñar que la Magistrada utiliza mecanismos ya estudiados con anterioridad, particularmente la negociación de contratos de comportamiento (*behavioral contract*), con muy buenos resultados.

[1806] Expresar mi agradecimiento a Dª Aurora Elósegui por su colaboración en este trabajo. Citar también su trabajo Elósegui Sotos, Aurora. «Informe-Ponencia para el Taller de Bilbao-Junio/2003 y para el Curso sobre Derecho de familia y Tutela Octubre/2003 del Consejo General del Poder Judicial». Publicado en *Punto de encuentro,* Revista de la FEAFES, nº 6 de 2003

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

A continuación se incluye el protocolo de actuación que constituye un buen ejemplo de cómo debe realizarse un trabajo de estas características que siempre debe ir presidido por el diálogo y la búsqueda del consenso[1807].

PROCEDIMIENTO DE TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO
TIPOLOGIA DE PACIENTES

CONDICIONES IMPRESCINDIBLES (siempre presentes)

1. Diagnóstico de Psicosis
2. Riesgo elevado y demostrado para sí mismo o terceras personas[1808]
3. Hospitalizaciones reiteradas por abandonos de medicación
4. Existencia de respuesta eficaz, comprobada en cada caso, al tratamiento farmacológico

CONDICIONES NECESARIAS

1. Posibilidades de rehabilitación
2. Medio social inexistente o poco contenedor

INFORME AL JUZGADO

- El informe lo realizará el médico que inicie el proceso, independientemente de la estructura en que esté ubicado.
- Contendrá información clínica del paciente, incluyendo datos sobre anteriores ingresos secundarios a abandono de medicación, buena respuesta a fármacos comprobada, plan terapéutico a seguir, objetivos a conseguir y recursos que se van a emplear en su seguimiento (CSM, centro de día, hospital de día, etc.).
- Se expondrán de manera razonada las justificaciones de dicha medida, incluyendo ventajas y desventajas
- El Plan Terapéutico, a su vez, incluirá:
  - Médico responsable del caso
  - Frecuencia de consultas prevista
  - Frecuencia de consultas con familia, si existe
- Estos pacientes tendrán consideración de preferentes en cuanto a demoras para su atención, intentando evitar tiempos de espera para cada consulta.

[1807] También es de interés la comparecencia en el Congreso de los Diputados de D. Alvaro Iruín, responsable de Atención Psiquiátrica de Osatkideza. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2005, VIII Legislatura, nº 206, Comisión de Justicia (proposición de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos), Sesión nº 11, celebrada el martes de 2005, páginas 34 a 43.

[1808] Este apartado es la única crítica que creo que merece el protocolo. El tenor debía haberse adaptado al artículo 7 del Convenio de Oviedo («riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud»). No es que la seguridad de terceros no sea un aspecto a tener en cuenta en éste y en otros ámbitos en los casos en que el problema surja, sino que el objetivo sanitario debe perseguir la protección de la salud de los pacientes. No obstante, es de reseñar que el criterio de riesgo propio *y de terceros,* es una coletilla de utilización muy frecuente entre los profesionales y también en algunos textos legales (así, en Cataluña, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia establece para el internamiento, en su artículo 219, que «les mesures indicades per l'apartat 1 poden ésser preses sense autorització prèvia si el fet d'obtenir-les pot comportar un retard que impliqui un greu risc per a la persona tutelada, *per a altres persones o per als béns.»).*

FORMATO ENTREVISTA PREVIA A INICIO DE EXPEDIENTE

- Deseable un juzgado único, por Territorio, que entienda de estos casos.
- La notificación se hará en el juzgado, a través de una entrevista entre el juez y el paciente y su familia o tutor.
- Previamente, el psiquiatra habrá informado al paciente y familia/tutor de la medida a adoptar, remitiendo posteriormente informe al juzgado

PLAZOS DE ESPERA PARA NOTIFICACION A JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

- 1ª VISITA FALLADA: Contacto telefónico con el paciente y/o familia o tutor, dándole una nueva cita en 24-48 horas
- Si el paciente no acude a esta 2ª VISITA, notificación telefónica y carta por correo al Juzgado, en formato standard de notificación y firmada por el médico responsable

ACTUACION DEL JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

- El juez se encargará de que el paciente acuda al Centro correspondiente, con los medios a su disposición

FINALIZACION DEL PROCESO DE JUDICIALIZACION

- La indicación de finalización del proceso la realizará el psiquiatra responsable del caso mediante informe razonado al Juzgado correspondiente, exponiendo los motivos para su finalización; dictaminando el juez su finalización.
  La finalización del proceso podría deberse a:
  - Cumplimiento ininterrumpido durante 18 meses del tratamiento
  - Medida no efectiva tras 18 meses de tratamiento
  - Cambios en las circunstancias sanitarias y/o sociales del paciente, que desaconsejen el procedimiento
  - Tanto el psiquiatra como el juez comunicarán al paciente y familia/tutor este hecho

COMISION SANITARIA DE VALORACION

Se propone la existencia de una comisión por cada Territorio que valore la idoneidad de la medida propuesta así como su efectividad en cada caso. Cada caso se analizaría a modo de sesión clínica en la que intervendrían los médicos que venían tratando al paciente en las diferentes estructuras

FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

No podemos olvidar que la finalidad de esta medida es facilitar la instauración y mantenimiento de un tratamiento adecuado que, finalmente, permita incrementar la conciencia de enfermedad y la adhesión libre al tratamiento del sujeto. De ahí la importancia de incrementar la intensidad de las medidas terapéuticas que posibiliten esta adhesión.

3. JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y PERSPECTIVA PENAL

3.1. «Drug Treatment Courts»

Como respuesta al fenómeno de elevado consumo de drogas de los últimos años de la década de los 70, la Administración Reagan inició la denominada «guerra contra las drogas» (*war on drugs*). Como resultado se multiplicaron las detenciones por infracciones penales en los años 80. Así, de un total de 581.000 en 1980, la cifra llegó a triplicarse hasta 1.584.000 en 1997 y continuó cercana a ese nivel (1.532.300) en 1999. En 1999, el 80'5 % de las detenciones lo fueron por posesión y la cantidad restante por tráfico. Globalmente, el 40'5 % de los arrestos lo fueron por marihuana[1809]. Adicionalmente, el número de acusaciones y el número de sometidos a penas de prisión se disparó durante este período, tanto en los sistemas estatal y federal[1810].

Lo cierto, es que el sistema de justicia criminal se convirtió en el principal suministrador de clientes para los servicios de tratamiento por abuso de sustancias (la más frecuente por abuso del alcohol). En el año 2002, de un total de 1.9 millones de admitidos, 655.000 (36 %) fueron remitidos por la justicia penal. En una investigación desarrollada en Estados Unidos (realizada en prácticamente la mitad de los Estados de la Unión), las fuentes de remisión fueron (fig. 10)[1811].

La incapacidad del sistema para tratar estos casos fue tan manifiesta que comenzaron a surgir experiencias para hacer frente a este problema. Así surgieron dos modelos que genéricamente se denominaron *Drug Courts*: 1) el primero se centró en los patrones clásicos de castigo y aplicación de la *probation* y *parole*, haciendo énfasis en los modelos de *case management* y rapidez para eliminar o reducir el incremento de casos (*Expedited Drug Case Management*); 2) el segundo se centró no sólo en la rapidez de los procesos sino en la comprensión del fenómeno de la droga como un trastorno crónico, progresivo, susceptible de recaídas que puede ser susceptible de tratamiento[1812].

El último enfoque se apartaba de la metodología judicial tradicional para abrazar el abordaje biopsicosocial de la enfermedad, la comprensión del fenómeno como un problema que requiere ayuda médica más que un enfoque criminal y la adopción de los criterios de la denominada Jurisprudencia Terapéutica.

[1809] The Sentencing Project Organization. *Drug Policy and the Criminal Justice System. 2001*. (disponible en internet (www.sentencingproject.org).

[1810] De esta corriente legislativa son de citar la *Comprehensive Crime Control Act* (1984), *Anti-Drug Abuse Act* (1986) y *Anti-Drug Abuse Act* (1988).

[1811] Drug and Alcohol Services Information System. *The Dasis Report. Substance Abuse Treatment Admissions referred by the Criminal Justice System: 2002* (disponible en internet http://www.oas.samhsa.gov/2k4/CJreferrals/CJreferrals.htm) El término DUI/DWI se refiere a los programas para conductores ebrios o bajo la influencia de sustancias.

[1812] Fulton Hora, Peggy/Schma, William G./Rosenthal, John T. A. *Op. cit.*, páginas 21 y ss.

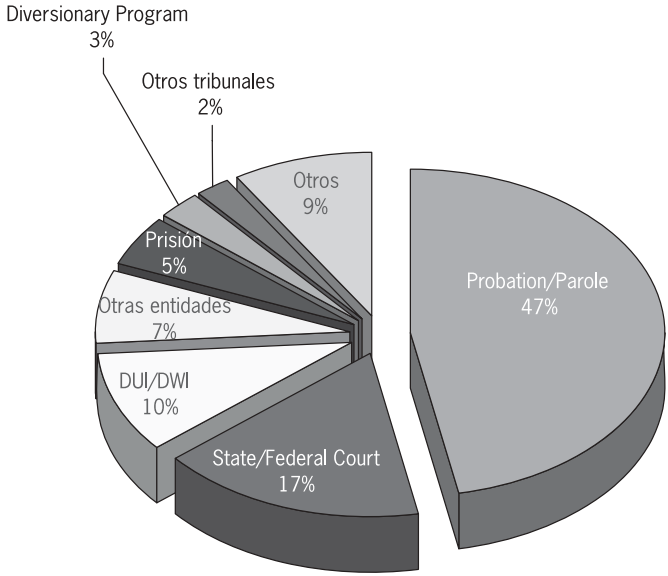

Fig. 10.

Desde las primeras evaluaciones, los resultados han sido positivos. En el año 2003, de una muestra de 17.000 personas que finalizaron los programas en Estados Unidos, sólo el 16'4 % fueron nuevamente detenidos. El incremento de este tipo de programas en los Estados Unidos ha sido espectacular. Así se demuestra en la figura 11 [1813].

Este tipo de perspectiva se ha expandido también rápidamente en el contexto anglosajón. En Europa se han creado tribunales especializados en Irlanda [1814] y Escocia. En los países de ámbito continental, los tribunales especializados de este tipo, en sentido estricto, no existen pero han ido desarrollándose iniciativas similares. El Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías señala la existencia de varias iniciativas como, en el Estado Federado de Baden-Wurttemberg el denominado programa «Escapada» creado en 2003, o el creado en Milán con la denominación «curarse merece la pena». El OEDT reseña que se ha desarrollado una estudio sobre la evolución de los tribunales especializados por el Grupo Pom-

[1813] Huddleston, C. West/Freeman-Wilson, Karen/Boone, Donna L. *Painting the current picture: A national report card on drug courts and other problem solving court programs in the United States. Volume I, nº 1,* National Drug Court Institute, mayo de 2004.

[1814] El programa piloto de Drug-Court se inició en Irlanda en el año 2001. La evaluación final del programa (octubre de 2002) recomendó la extensión del proyecto a otras partes del país, acompañado de una investigación continua para la introducción de mejoras (European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. *Illicit drug use in the EU: Legislative approaches,* Lisboa, 2005, página 21.

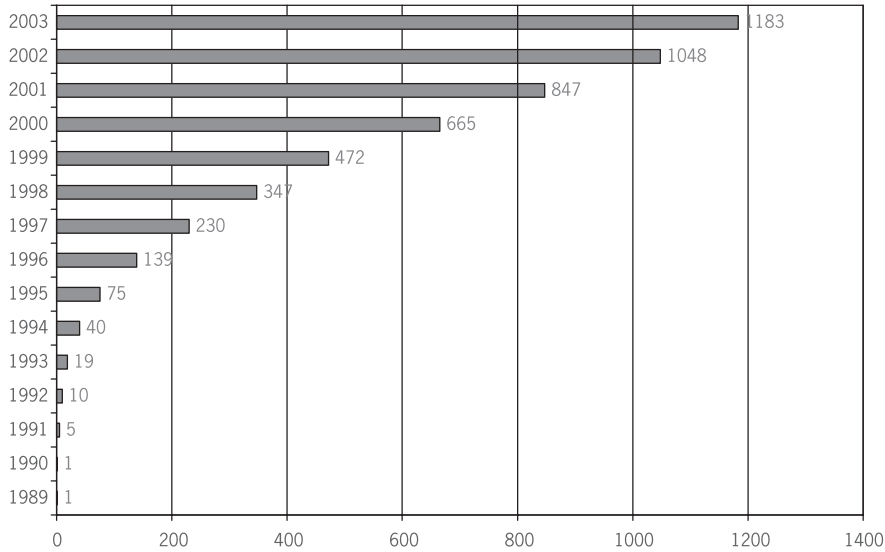

Fig. 11. *Evolución de los Programas de Drug Treatment Courts en USA (1989-2003).*

pidou (2003) con la conclusión de que, antes de crear un tribunal especializado en drogas terapéuticas, deberían determinarse las necesidades existentes y se debería contar con apoyos políticos, mecanismos de cooperación entre agencias, así como con recursos estructurales y financieros adecuados para un período mínimo de cinco años[1815].

Los programas no son iguales sino que están adaptados a las características de cada localidad. Sin embargo, sí que hay unos elementos básicos que definen las *drug courts*. Tales son[1816]:

1) Integran servicios de tratamiento de abuso del alcohol y drogas junto al sistema judicial
2) Utilizando un sistema que no se funda en el tradicional sistema de partes adversarias, la acusación y la defensa promueven la seguridad pública al mismo tiempo que protegen los derechos al proceso debido de los participantes

[1815] Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega.* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004, página 73. También European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. *Drug-using offenders in the European Union 2000-2004,* 15 de junio de 2004, páginas 9 y 10.

[1816] National Association of Drug Court Professionals/Drug Court Standards Committee. *Defining Drug Courts: The key components.* U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Drug Courts Program Office, enero de 1997.

3) Los identificación de los posibles candidatos se realiza temprana y rápidamente para su ubicación en los programas
4) Proveen acceso a un continuo de servicios de tratamiento y rehabilitación
5) La abstinencia es controlada frecuentemente mediante sistemas de test
6) Una estrategia coordinada da respuesta a la colaboración del participante
7) La implicación judicial constante es esencial
8) El control y evaluación miden la consecución de los objetivos del programa y los indicadores de efectividad
9) La formación interdisciplinar constante promueve la planificación, la implantación y la operatividad del sistema
10) La progresiva coparticipación entre las *Drug Courts*, Agencias públicas y organizaciones centradas en el ámbito comunitario genera el apoyo local y realza la efectividad del programa.

Voy a centrarme en algunos aspectos que estimo de interés antes de examinar la evolución de estos servicios en el Estado de Nueva York:

1) El sistema de control mediante test. La efectividad de los programas se funda en la capacidad de llevar a cabo con mucha frecuencia y también de forma aleatoria controles de los participantes en los programas, que los resultados sean obtenidos de forma inmediata y que tengan un alto grado de fiabilidad y rigor en su obtención. Para ello se utiliza un sistema de detección que puede incluir análisis de orina, sangre, pelo, sudor o saliva, mediante técnicas de inmunoensayo o cromatografía. Generalmente el más utilizado, por coste y efectividad, es el de orina. Algunas sustancias (como los inhalantes) presentan problemas para su detección y también, en ocasiones, existen elementos que pueden alterar los controles (uso de diuréticos, por ejemplo)[1817].
2) El sistema de sanciones y recompensas. La colaboración del participante y su progreso se plasma en un sistema de sanciones y recompensas que tiene en cuenta también el carácter de cronicidad de la enfermedad y las posibles recidivas. Es de hacer notar que va directamente conectado al sistema de control mediante test y da lugar a respuestas inmediatas. Este sistema de infracciones y sanciones al cumplimiento o incumplimiento se explican por el Juzgado verbalmente y por escrito a los participantes en los programas. Las respuestas varían en intensidad. El Departamento de Justicia, en el informe de 1997 citado recoge las siguientes[1818]:

[1817] Robinson, Jerome J./Jones, James W. *Drug Testing in a Drug Court Environment: Common issues to addres*. Drug Courts Program Office, mayo de 2000.
[1818] National Association of Drug Court Professionals/Drug Court Standards Committee. *Defining Drug Courts…*, páginas 24 y 25.

- Recompensas:
  - Ánimos y alabanzas del equipo
  - Ceremonias y muestras de progreso que incluyen avances a la siguiente fase de tratamiento
  - Supervisión más reducida
  - Disminución de la frecuencia de asistencia al Juzgado
  - Reducción de multas o tasas
  - Reducción de los cargos criminales o del período de *probation*
  - Reducción o suspensión del tiempo de prisión
  - Graduación

- Sanciones:
  - Avisos y advertencias del equipo en audiencia pública
  - Descenso a fases previas del programa
  - Incremento de los test y de las asistencias al Juzgado
  - Confinamiento en la sala del juzgado
  - Incremento de la intensidad de evaluación y tratamiento
  - Multas o Requerimiento de servicios en la comunidad o programas de trabajo
  - Intensificación de períodos de prisión (pero los participantes enviados a prisión recibirán tratamiento mientras permanezcan en dicho establecimiento)
  - Finalización del programa y restablecimiento de los procesos judiciales ordinarios.

3) Momento de selección. FULTON HORA et al. distinguen entre el modelo prejudicial (se aplica el modelo de diversión o aplazamiento de la acusación) y el modelo postjudicial (aplazamiento de sentencia o de juicio). Ambos ofrecen ventajas e inconvenientes. El primero parece más próximo al modelo de la Jurisprudencia Terapéutica, según estos autores, pero presenta algunas desventajas logísticas como es la posible pérdida de pruebas si el participante no finaliza el programa. También se estima antiterapéutico si el participante no admite su adicción. El segundo modelo ofrece a la acusación la posibilidad de negociación y el sistema de *probation* pero tiene el efecto antiterapéutico de que el reconocimiento de culpabilidad a menudo da lugar a la oposición de la defensa por la posibilidad de que las condiciones sean onerosas.
4) Planificación del proceso. Las *Drug Courts* generalmente utilizan un proceso dividido en fases que abarcan la de estabilización, la de tratamiento intensivo y la de transición. La fase de estabilización puede incluir un período de desintoxicación, evaluación inicial, educación y chequeo de otras necesidades. La fase de tratamiento intensivo generalmente da lugar a terapia individual o grupal y otras terapias centrales y auxiliares disponibles. La fase

de transición pone énfasis en la reintegración social, empleo, educación, servicios de vivienda y otras actividades postcura[1819].

5) El problema de los costes. La financiación de estos programas obtiene sus fuentes de programas federales y estatales. El Gobierno Federal, por ejemplo, invirtió 38'5 millones de dólares en 2004 proponiendo la suma de 67 millones para 2005[1820]. Los programas públicos de atención sanitaria se engloban dentro del programa Medicaid. Los problemas de financiación de los servicios no son baladíes en este campo dado que los programas tienen un coste elevado, particularmente por el problema de los frecuentes análisis.
6) La institucionalización del sistema. En pocos años este tipo de Juzgados ha pasado de ser un experimento marginal a formar parte de la respuesta aceptada para el problema de la relación del consumo de drogas con el sistema penal. Las herramientas para el avance en estas cuestiones pueden resumirse en la creación de infraestructuras, formación y asistencia técnica, financiación adecuada, legislación, creación de estructuras administrativas de soporte, creación de nuevos juzgados e información pública sobre los programas. Este nuevo proceso, sin duda, podrá dar lugar a un cierto replanteamiento de los iniciales 10 componentes descritos[1821].

En 1999, el Estado de Nueva York tenía alrededor de 30 de estos Juzgados. En un Estado con 62 condados y alrededor de 18 millones de personas, las limitaciones eran evidentes. En enero de 2001, desde el propio sistema judicial, se lanzó un plan de expansión del modelo que dio lugar a que en 2003 llegaran al número de 108 (78 criminal drug courts, 24 family drug courts y 6 juvenile drug courts). Alrededor de 19.000 personas participaron en los programas[1822]. Para ello se creó la Oficina de los Programas de Juzgados de Tratamiento de Drogas (*Office of Court Drug Treatment Programs* -OCDTP)

El problema del coste es menor que en otros Estados dado que en Nueva York, a mediados de la década de los 90, se adoptó una disposición que obligaba al programa *Medicaid* a sufragar los gastos ocasionados por las órdenes judiciales de tratamiento con lo que los Jueces no estaban supeditados a la negociación de los detalles del tratamiento en cuanto a sus formas, tiempo y proveedores[1823].

La OCDTP realizó, como primera acción de soporte, reuniones con los Jueces locales para comenzar el modelo y negociación con las diferentes agencias públicas para establecer las prioridades[1824].

[1819] *Op. cit.*, página 9.

[1820] Wolf, Robert, V. *Drug Treatment, managed care and the Courts.* Center for Court Innovation, Nueva York, 2004, página 1

[1821] Fox, Aubrey y Wolf, Robert, V. *The future of Drug Courts. How States are Mainstreaming the Drug Court Model.* Center for Court Innovation, New York, 2004, páginas 44 a 48

[1822] Fox, Aubrey y Wolf, Robert, V. *The future of Drug Courts…,* página 21.

[1823] Drug Wolf, Robert, V. *Drug Treatment…,* página 10

[1824] Fox, Aubrey y Wolf, Robert, V. *The future of Drug Courts…,* página 27

Por otro lado, también se comenzó a elaborar un manual de buenas prácticas que comprendía tres áreas: planificación del Juzgado, cuestiones referentes al tratamiento y servicios posteriores al cese de las medidas[1825]. Al mismo tiempo se encomendó al *Center for Court Innovation* la realización de trabajos de investigación sobre el desarrollo del sistema y también cursos de formación.

Se potenciaron las infraestructuras, los sistemas de estadística y la disponibilidad de herramientas de evaluación para asegurar la identificación y elección de las personas que pueden beneficiarse de los programas (para ello se comenzó un programa piloto en enero de 2003 en Brooklyn)[1826].

3.2. «Mental Health Courts»

En Estados Unidos, mientras el número de personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos experimentó un notable descenso (de 560.000 personas en 1955 a unos 80.000 actuales), el número de personas que ingresó en prisión pasó de unas 200.000 personas en 1972 a alrededor de 1'9 millones entre las prisiones estatales y federales[1827]. Un estudio reciente subrayó que alrededor del 16 % de los internos presentaba enfermedad mental o había sufrido hospitalización por tal motivo. Por ello, muchos críticos han denominado a este fenómeno «transinstitucionalización»[1828]. El número de personas que se beneficia de tratamiento en prisión es sensiblemente bajo y, además, la detección de estos problemas no es adecuada. En muchos casos, además, se produce el problema de que los afectados se ven envueltos de forma permanente en el sistema de justicia penal por falta de apoyo a la enfermedad y la inadecuación del sistema para atender sus necesidades[1829].

El origen de las denominadas *Mental Health Courts* se sitúa tanto en el movimiento de la jurisprudencia terapéutica como en el desarrollo de las *Drug Treatment Courts*[1830]. El primero de este tipo de Juzgados se creó en Broward County (Florida, 1997). El 13 de noviembre de 2000, el Presidente Clinton firmó la *America's Law Enforcement and Mental Health Project* (Public Law 106-515) que permite al Fiscal General subvencionar hasta un total de 100 de este tipo de juzgados a prueba. Este tipo de juzgados suministrarían supervisión continua a los delincuentes con enfermedad mental, retraso mental o patología dual que hubieran cometido una infracción menor y no violenta[1831].

[1825] Fox, Aubrey y Wolf, Robert, V. *The future of Drug Courts…*, páginas 33 y 34

[1826] Fox, Aubrey y Wolf, Robert, V. *The future of Drug Courts…*, páginas 38 y 39

[1827] The Sentencing Project. *Mentally Ill Offenders in the Criminal Justice System: An análisis and Prescription,* Washington, enero de 2002 (disponible en internet, www.Sentencingproject.org), página 3

[1828] Denckla, Derek y Berman, Greg. *Rethinking the revolving door,* Center for Court Innovation. New York, 2001, página 3. La estadística que se cita es del *Bureau of Justice Statistics (1999)*

[1829] Denckla, Derek y Berman, *Greg. Rethinking…*, páginas 3 y 4.

[1830] Watson, Amy et al. «Mental Health Courts and the Complex Issue of Mentally Ill Offenders». *Psychiatric Services,* abril de 2001, Volumen 52, nº 4, páginas 477 a 481.

[1831] Watson, Amy et al. *Op. cit.*, página 480. Naples y Steadman cuestionan el hecho de que los programas de diversión se limiten a infracciones no violentas puesto que no existen datos empíricos que demuestren

A finales de 2000, existían alrededor de 12 juzgados de este tipo [1832]. En febrero de 2005, el número de este tipo de juzgados asciende a 107 [1833]. WATSON et al. estiman que varias cuestiones merecen ser objeto de mención [1834]:

1) No hay un modelo único de este tipo de juzgados que abarque todas las jurisdicciones.
2) Sin la colaboración desde el inicio de todos los agentes afectados, la implantación es imposible.
3) La transparencia del proceso debe ser garantizada en la medida en que debe asegurarse que el paciente comprenda completamente las consecuencias de la opción elegida.
4) Una amplia gama de servicios debe estar disponible para el éxito de tales programas.
5) El problema de la financiación y del control de la misma resulta vital para la supervivencia del modelo.

El modelo de las *Mental Health Courts* tiene mucho de común con sus precedentes las *Drug Treatment Courts*, con las que comparten muchos de los puntos que configuran el modelo. Sin embargo, al definir lo que se conceptúa como intervención exitosa hay que tener en cuenta que la estabilización de los síntomas de la enfermedad mental difiere mucho según los individuos. Mientras la meta en el caso de los drogodependientes se centra en la abstinencia, esta estructura no es tan fácil de trasladar a las personas con enfermedad mental, siendo el funcionamiento más complejo [1835].

Generalmente, para la elección de los candidatos, suele especificarse que la enfermedad se encuentre dentro del eje I del DSM-IV. La participación en los programas es voluntaria y se funda en una estructura de negociación que implica

---

que con este tipo de actuaciones no se van a obtener resultados positivos dentro de este colectivo (NAPLES, Michelle/STEADMAN, Henry J. «Can Persons with Co-occurring Disorders and Violent Charges be Successfully Diverted?» *International Journal of Forensic Mental Health* (2003) 2(2);137-143.

[1832] WATSON, AMY ET AL. *Op. cit.*, página 480

[1833] NAMI, NATIONAL GAINS CENTER FOR PEOPLE WITH CO-OCURRING DISORDERS IN THE JUSTICE SYSTEM, TAPA CENTER FOR JAIL DIVERSION AND THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. *Survey of Mental Health Courts* (disponible en internet www.mentalhealthcourtsurvey.com)

[1834] WATSON, AMY ET AL. *Op. cit.*, páginas 480 a 481.

[1835] GOLDKAMP, John S. y IRONS-GUYNN, Cheryl. *Emerging Judicial Strategies for the Mentally Ill in the Criminal Caseload: Mental Health Courts.* U.S. Department Of Justice, Bureau of Justice Assistance, Washington, abril de 2000, página 74. GRIFFIN et al. señalan que existen diferencias entre los distintos tribunales, reseñando tres tipos de supervisión (a través de los proveedores de servicios que sólo informan al Juzgado cuando existen dificultades, a través de los agentes de la condicional o personal del juzgado o un modelo mixto). También expresan las diferentes formas de sanción utilizadas. Raras veces se utiliza la prisión, muy frecuentemente se utilizan las vistas, amonestaciones y condiciones de tratamiento más estrictas y cambios en el alojamiento. El uso de sanciones es diferente al de las drug-courts, siendo las mental health courts mucho más reacias a su imposición y suele evaluarse mucho las circunstancias individuales del afectado para determinar las consecuencias de su imposición. GRIFFIN, Patricia A./STEADMAN, Henry J./PETRILA, John. «The Use of Criminal charges and Sanctions in Mental Health Courts» *Psychiatric Services* (2002) 53(10);1285-1289.

que la medida es menos restrictiva que la entrada en prisión y que hay expectativas de reducción de la severidad de los síntomas[1836]. Hay también otra serie de problemas asociados como la determinación de las sanciones y recompensas, el problema de los «sin techo» y del adecuado alojamiento de los participantes en los programas, el sensacionalismo de los medios que puede echar por tierra los programas por sucesos aislados y el problema de la competencia para el procedimiento. Respecto de este último, señalar que existen experiencias que permiten un período de tratamiento inicial anterior a la negociación y selección para el programa dirigido a la estabilización del paciente con objeto de maximizar su habilidad para realizar decisiones válidas[1837]. La eficacia del modelo de tratamiento asertivo aplicado a estos casos ha sido subrayada por diferentes autores[1838]. En lo referente al Estado de Nueva York, la implantación de este tipo de juzgados se ha beneficiado del replanteamiento de las «problem solving courts» citado en el anterior epígrafe. En el momento actual, existen cinco Juzgados de estas características[1839]:

- Bronx TASC Mental Health Court Diversion Service (creado en 2002)
- Brooklyn Mental Health Court (creado en marzo de 2002)
- Buffalo City Mental Health Court (creado en diciembre de 2002)
- Monroe County Mental Health Court (creado en enero de 2003)
- Niagara Falls Mental Health Court (creado en febrero de 2002)

El número de personas admitidas por año varía entre 45 y 80, según los Juzgados. En opinión de BEHNKE et al. este tipo de juzgados son optimos para tratar de forma humana y sensible a los procesados que sufren de trastornos mentales graves[1840], aunque también hay que expresar que los Juzgados especializados no son la única respuesta a los muchos problemas que encierra el problema de la criminalización de los pacientes mentales, pues existen muchos factores como la adecuada dotación de la red sociosanitaria, la coordinación entre la policía y el sistema de salud mental en las situaciones de crisis, modelos de diversión, tratamiento para personas que se encuentran en la prisión, fórmulas de salida planificada iniciada mucho antes de la finalización de la condena y programas de retorno a la comunidad, entre otros[1841].

[1836] Denckla, Derek y Berman, *Greg. Rethinking…,* páginas 8 a 10.

[1837] Denckla, Derek y Berman, *Greg. Rethinking…,* páginas 12 a 14.

[1838] Lurigio, Arthur J. y Swartz, James A. «Changing the Contours of the Criminal Justice System to meet the needs of Persons with serious mental illness» *Criminal Justice 2000, vol. 3,* National Institute of Justice, Washington, 2000, páginas 45 a 92.

[1839] Nami, National Gains Center for People with Co-Ocurring Disorders in the Justice System, Tapa Center for Jail Diversion and the Council of State Governments. *Survey of Mental Health Courts* (disponible en internet www.mentalhealthcourtsurvey.com)

[1840] *Op. cit.*, página 123.

[1841] Haimowitz, Stephan. «Can mental Health Courts End the Criminalization of Persons with Mental Illness?» *Psychiatric Services.* (2002) 53(10);1226-1228. Council of State Governments. *A Guide to Mental Health Court Design and Implementation.* New York, NY: Council of State Governments, 2005, página 83.

Un problema muy importante dentro del sistema penal es la comunicación entre el sistema de salud mental y el judicial. Para que esto tenga éxito los contactos deben ser frecuentes y fundarse en el respeto de las diferentes perspectivas y la aceptación de que ambos trabajan para conseguir buenos resultados. En el centro de estos problemas deben situarse la comprensión de los problemas del paciente, la determinación de si el tratamiento externo es apropiado y el desarrollo de un plan de tratamiento. Para ello es preciso la creación de un conjunto importante de registros y datos. No hay que olvidar tampoco los aspectos sociales y la atención y soporte de las familias. Es preciso también reconocer que hay algunos casos en los que este tipo de programas en la comunidad simplemente no sirven [1842].

3.3. El problema de la patología dual

En Estados Unidos, se estima que el 75 % de las personas con enfermedad mental inmersas en el sistema de justicia penal reúnen los criterios de dependencia del alcohol o de drogas [1843]. Las dificultades que presentan estos tipos de pacientes han motivado que algunos de estos juzgados especializados intenten excluirlos de sus programas. Sin embargo, hoy día la existencia de estas patologías es tan frecuente que, lejos de calificarse de un suceso excepcional, puede estimarse como un caso esperable.

Algunas jurisdicciones especializadas han tratado, por ello, de establecer programas adaptados para este tipo de población. Las áreas que requieren de especial atención son las que seguidamente se citan [1844]:

- Evaluación y valoración que incluya la salud mental y el abuso de sustancias
- Educación que considere ambos problemas
- Control de la medicación y test de drogas
- Aplicación flexible de un sistema de sanciones graduadas acomodado a las características individuales de los participantes.
- Coordinación con los servicios de salud mental y de conductas adictivas
- Rápida respuesta judicial a las situaciones de crisis y órdenes judiciales específicas para la asistencia en tales casos.

En general, la supervisión y los planteamientos son más largos, intensivos, pausados, flexibles y acomodados a los déficits cognitivos individuales en la imposición de sanciones, tratamiento intensivo y prevención de recaídas.

[1842] Lamb, Richard/Weinberger, Linda/Gross, Bruce. «Community Treatment of Severely Mentally Ill Offenders under the Jurisdiction of the Criminal Justice system: A review» *Psychiatric Services* (1999) 50(7);907-913.

[1843] Council of State Governments. *Criminal Justice/Mental Health Consensus Project*. Nueva York, Junio de 2002 (disponible en internet http://www.consensusproject.org), página 260.

[1844] Peters, Roger H. y Osher, Fred C. *Co-Ocurring disorders and Specialty Courts*. National GAINS center y the TAPA center for Jail Diversion, abril 2004, página 34.

Los estudios demuestran que son escasos los proveedores de servicios o sistemas que tratan adecuadamente el problema de la patología dual. Los beneficios de los sistemas integrados son fácilmente reconocibles. Dentro de esta estructura debe insertarse el sistema de la justicia penal en los casos en que esta tiene competencia[1845].

3.4. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria como posible Juzgado de solución de problemas

En nuestro país, con el dudoso antecedente del Magistrado de Ejecutorias[1846], la figura del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria surge normativamente con la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, aunque materialmente su puesta en funcionamiento fue realizada por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 9 de julio de 1981[1847] en el que se disponía la reconversión de doce Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social y cinco de Primera Instancia e Instrucción en Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, acuerdo que se reprodujo en la disposición transitoria vigésimo séptima de la LOPJ.

En el momento actual, el artículo 94.1 de la LOPJ establece que: «tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley».

La Ley 5/20003, de 27 de mayo ha establecido también la figura del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria para los delitos competencia de la Audiencia Nacional.

La figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria resulta desconocida para el mundo jurídico angloamericano, aunque se conocen los denominados *reentry courts*. Este tipo de juzgados dirige el regreso a la comunidad de los individuos liberados de prisión, utilizando la autoridad del juzgado para aplicar sanciones graduadas y refuerzos positivos y para ordenar recursos en apoyo de su reinserción y promoción de comportamientos positivos[1848].

[1845] Grudzinskas, Albert J. »Mental Health Courts and the Lesson Learned in Juvenile Court» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2004) 32(3);223-227.

[1846] Decreto del Ministerio de Justicia 1122/1960 de 2 de junio. En realidad se trataba de un Magistrado designado para las Secciones de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona cuya misión única era la de actuar como ponente en las causas pendientes de ejecución (Soler Pascual, Luis-Antonio «El Juez de Vigilancia pennitenciaria. Su intervención en el área de la enfermedad mental» en VV.AA. *Enfermedad y Deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio*. Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante, 2001, páginas 237 y ss.)

[1847] BOE 174/1981, de 22 julio 1981 Ref Boletín: 81/16421

[1848] Maruna, Shadd y Le Bel, Thomas. «Welcome Home? Examining the *Reentry Court concept* form a Strengths-Based Perspective» en Winick, Bruce J. y Wexler, David B. *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts*. Carolina Academic Press, Durham, 2003, páginas 255 a 283

La necesidad de este tipo de juzgados era obvia. De 459.000 personas en libertad condicional que fueron liberados bajo supervisión en el año 2000, el 42 % regresaron a prisión, el 11 % con una nueva sentencia, y el 31 % en otras formas [1849]. Antes de finalizar su mandato, la Administración Clinton desarrolló una serie de iniciativas tendentes a desarrollar programas piloto de reinserción. La Administración Bush realizó su propio proyecto, tomando buena parte prestado del plan precedente [1850]. El concepto de este tipo de juzgados está todavía por desarrollar y los programas piloto ubicados en California, Colorado, Delaware, Florida, Iowa, Kentucky, New York, Ohio, y West Virginia son divergentes en sus planteamientos. No obstante, sus premisas, han sido elaboradas partiendo del modelo de las *drug treatment courts* y de las restantes *problem solving courts* anteriormente analizado [1851].

La reelaboración del concepto parte de la reforma del maltrecho sistema de *parole* y *probation* y del cambio de la estructura de control social por una de verdadero apoyo a la reinserción. En este sentido pueden traerse a colación las palabras de Jonathan SIMON [1852]: «Una de las principales tareas de una institución que ejerce el poder de castigar es suministrar una dación de cuentas adecuada sobre lo que hace y cómo hace lo que hace».

Nuestros Juzgados de Vigilancia tienen atribuida la función de resolver las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan (artículo 76 nº2, letra b de la Ley Orgánica General Penitenciaria). Como vimos, el Juez de Vigilancia puede imponer a tal fin la observancia de reglas de conducta o medidas de seguridad previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código (artículo 90.2 C.P.). En este marco jurídico, a juicio de WEXLER y CALDERÓN [1853], pueden insertarse los principios del Derecho terapéutico, incorporando los principios de las ciencias del comportamiento en la práctica legal y judicial. Los autores consideran los siguientes principios básicos:

1) *Comunicación y aptitudes interpersonales*. La mayor parte del trabajo debe ir dirigida a lograr una participación significativa del liberado condicional y a desarrollar una relación estable que permita generar en él niveles de esperanza y de expectativa de cambio. Esta relación tiene que fundarse en la dignidad y respeto.
2) *Reducción de la reincidencia a través del desarrollo de aptitudes en el liberado condicional para la solución de sus problemas*. Las «técnicas de

[1849] Maruna, Shadd y Le Bel, Thomas. *Op. cit.* El trabajo cita las Estadisticas del Ministerio de Justicia norteamericano de 2001.

[1850] Maruna, Shadd y Le Bel, Thomas. *Op. cit.,*. páginas 256 y 257.

[1851] Maruna, Shadd y Le Bel, Thomas. *Op. cit.*, página 257

[1852] Simon, Jonathan *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990,* The University of Chicago Press, Chicago, 2003. citado por Maruna, Shadd y Lebel, Thomas. *Op. cit.*, página 258.

[1853] Wexler, David B. y Calderón, Jeanine. «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del *derecho terapéutico». Revista Española de Investigación Criminológica* REIC AC-01-04 (disponible en Internet www.criminologia.net)

comportamiento cognoscitivo» pretenden que el liberado condicional analice y considere actividades y conductas alternativas de forma que, en lo posible, evite encontrarse en situaciones de riesgo de comisión de ilícitos penales.

3) *La promoción del compromiso del liberado condicional con el cumplimiento de las condiciones impuestas*. El Juez debe asegurarse de que el liberado condicional acepte en su fuero interno el compromiso de cumplir las reglas impuestas, con fórmulas similares a las del «contrato terapéutico» o «contrato de conducta» (*behavioral contract*).
4) *Enfrentando los riesgos y construyendo vidas mejores*. El Juzgado de Vigilancia debe conocer los riesgos de reincidencia del liberado condicional, convirtiéndose en «un agente de manejo de los riesgos». Debe atender, por tanto, a factores dinámicos como es el abuso del alcohol y drogas y analizar los avances y retrocesos en el programa de reinserción. También debe supervisar el correcto funcionamiento de los servicios sociales.
5) *El mantenimiento del comportamiento social mediante el reconocimiento judicial*. El refuerzo de los logros alcanzados debe ser reconocido. Este «reconocimiento del cambio» se realiza mediante refuerzos como las «ceremonias de graduación» que se realizan cuando el afectado culmina con éxito el programa. Lo importante es que tales ceremonias no constituyan exclusivamente un ritual sino que tengan un contenido material de reconocimiento perceptible y positivo para el liberado condicional.

Con independencia, no obstante, de que puedan o no seguirse los principios del Derecho terapéutico en España (cosa que, en el momento actual, es altamente improbable)[1854], ni que el número de casos que el Juzgado soporta pueda hacer además ilusorio solamente el plantearlo, la pregunta es si esta posibilidad es extensible a las restantes formas jurídicas penales analizadas que suponen tratamientos involuntarios, particularmente en patologías duales. La respuesta es claramente negativa por las siguientes razones:

1) Por las diferencias entre las funciones del órgano sentenciador y el de ejecución. Aunque el Juez de Vigilancia está concebido como Juez de Ejecución, no abarca todos los aspectos de esta. Vamos a analizar su presencia en las diferentes figuras jurídicas estudiadas:

   - En la medida de seguridad. El artículo 97 establece sólo la obligación de elevar la propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida, manteniendo la facultad decisoria en el Juez o Tribunal Sentenciador. En caso de quebrantamiento también es este último órgano

[1854] Un trabajo digno de mención sobre los principios y problemas que plantea la Justicia Terapéutica puede encontrarse en Herrera Moreno, Myriam. «Nuevas vías a la rehabilitación: hacia la Justicia Restauradora desde la Teoría Jurídica terapéutica» *Seminario: Las penas y medidas de Seguridad*. Consejo General del Poder Judicial. 21 al 31 de mayo de 2006.

el encargado de deducir testimonio y de sustituir, en su caso, la medida por la de internamiento (artículo 100 C.P.). Es de resaltar el automatismo en la deducción de testimonio por quebrantamiento, automatismo que también adopta la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2005 que no tiene en cuenta las características de cronicidad y recidivas de la enfermedad ni la evaluación de la importancia del incumplimiento.

- En el caso de la sumisión a tratamiento externo por motivo de la pérdida de la capacidad de comprensión del sentido de la pena, el artículo 60, tras su modificación por L.O. 15/2003, atribuye la competencia para suspender la ejecución y para imponer la medida de seguridad.
- En el caso de los sustitutivos penales, tanto en el caso de la suspensión de la ejecución como en el de la sustitución, la competencia corresponde al juez o tribunal sentenciador. Ya hemos visto que la competencia en el caso de la libertad condicional sí corresponde al Juez de Vigilancia.
- Los casos especiales que hemos visto en materia de drogas no se apartan, en lo concerniente a lo judicial, de las reglas generales en cuanto a la competencia se refiere. El supuesto de atenuación del artículo 376, obviamente, también corresponde al juez o tribunal sentenciador.

Este galimatías de funciones y competencias hace muy difícil que sea un solo órgano especializado el que asuma la totalidad de las funciones de control de las circunstancias en que en las que, con ocasión de un proceso penal, se impone un tratamiento externo.

Sin embargo, la naturaleza de las medidas es muy similar y la forma de actuar también. De hecho, las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990 establece aspectos básicos como el régimen de vigilancia (cuyo objetivo es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente a su reinserción social, con carácter individualizado, periódicamente revisable y con asistencia adecuada), obligaciones (prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, que serán explicadas, de forma oral y escrita al comienzo de la medida), proceso de tratamiento (dirigido por profesionales y adaptada a las necesidades), disciplina e incumplimiento de las obligaciones (cuyo incumplimiento no debe significar automáticamente la imposición de una medida privativa de libertad), etc. Dentro de este amplio marco destacamos la necesidad de crear, dentro del sistema de justicia penal «mecanismos de investigación e información para reunir y analizar datos y estadísticas sobre la aplicación» de los regímenes no privativos de libertad en aras a la investigación y planificación y la creación de mecanismos apropiados con los servicios de desarrollo y bienestar social, tanto gubernamentales como no gubernamentales, en sectores como la salud, la vivienda, la educación, el trabajo y los medios de comunicación.

En el marco del Consejo de Europa, la Recomendación Rec(2000)22, de 29 de noviembre de 2000, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mejora en la implantación de las reglas europeas sobre sanciones y medidas no privativas de libertad insiste en la importancia de los criterios de efectividad y en la importancia de la investigación, estadística y en la participación de las autoridades judiciales y personal especializado en el diseño y revisión de las políticas de utilización de tales medidas. Esta recomendación debe ponerse en relación con la R(92)16, de 19 de octubre de 1992, sobre las Reglas Europeas sobre sanciones y medidas no privativas de libertad (de las que trae causa) que establece un amplio marco para estas medidas de las que subrayamos, entre otras muchas, la regla 78 que expresa que las transgresiones menores a las instrucciones de la autoridad que impone la medida, o contra condiciones u obligaciones que no requieren el uso del proceso de revocación de la sanción o medida, deben ser rápidamente resueltas con medidas discrecionales o, si fuera necesario, en un procedimiento administrativo.

Sería deseable que las prescripciones de las recomendaciones internacionales citadas fueran implantándose en nuestro país.

Con acierto, GÓMEZ-ESCOLAR señala que debe acabarse con el régimen de «competencias compartidas» entre el Tribunal Sentenciador y el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. El autor asume la conclusión 133 de la XIII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la que se «insta a las autoridades a la reforma con urgencia de los artículos del vigente Código Penal relativos a las medidas de seguridad, con el fin de que los jueces sean también los ejecutores de dichas medidas, como lo son de las penas, restableciendo así lo dispuesto en la LOPJ, no debiéndose limitar a ser simples órganos de informe y propuesta de otros órganos judiciales de la jurisdicción penal»[1855].

2) Por las características de los órganos intermedios especializados. Una de las sorpresas agradables que hemos encontrado al redactar este trabajo ha sido la publicación del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad[1856]. La norma señala en su exposición de motivos que «teniendo en cuenta (...) la ausencia de desarrollo reglamentario de la ejecución de las medidas

[1855] GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, PABLO. «Algunas cuestiones sobre la ejecución de las medidas de seguridad» en Seminario de Vigilancia Penitenciaria. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Aranjuez, 27-28 de marzo de 2006.

[1856] BOE 109/2005, de 7 mayo 2005 Ref Boletín: 05/07426 (EDL 2005/33546)

de seguridad, de las suspensión de las penas privativas de libertad (...), se limita exclusivamente a regular la asignación de funciones que corresponden a los servicios sociales penitenciarios en relación con esta materia, por cuanto corresponde al legislador, por prescripción constitucional, la asignación de funciones a jueces y magistrados». La norma reconoce que es necesaria «una instancia de coordinación entre los órganos judiciales penales, los servicios sociales y los sanitarios» Son los servicios sociales penitenciarios los que deben dar respuesta a la coordinación que ha de establecerse entre los órganos judiciales y los servicios comunitarios. La norma regula aspectos como la elaboración del plan de intervención y seguimiento, el seguimiento y control y los informes periódicos.

Junto con lo positivo, hay que resaltar las escasas dotaciones materiales y de personal de tales servicios sociales penitenciarios que contrastan fuertemente con los programas de capacitación en salud mental y patología dual que en Nueva York, por ejemplo, se están realizando para los *probation officers*[1857].

3) Por último, en cuanto a la red de servicios sociales y médicos, a la vista del informe de situación de salud mental del Observatorio del Sistema Nacional de Salud[1858] la imagen que tenemos dista mucho de la recomendada por la Organización Mundial de la Salud en informes como el del Observatorio Europeo de Sistemas y Políticas de Salud[1859] y en la Declaración Europea de Salud Mental[1860].

Epílogo: De las herramientas a los perfiles humanos. Una experiencia personal

El diccionario de la Real Academia Española define herramientas como «conjunto de instrumentos con los que trabajan los artesanos». La descripción de las herramientas es fría y no refleja un aspecto importante del problema: la interacción de las personas, hacia ellas van dirigidas los esfuerzos y también personas son quienes los realizan, más allá de los conceptos e interpretaciones jurídicas, de los datos y de las cifras.

[1857] Slate, Risdon N. et al. «Training Federal Probation Officers as Mental Health Specialist» en *Federal probation a journal of correctional philosophy and practice,* Administrative Office of the United States Courts, diciembre de 2004 (disponible en internet www.uscourts.gov/fedprob/December_2004/specialists.html)

[1858] Ministerio de Sanidad y Consumo. Observatorio del Sistema Nacional de Salud. *Informe de situación de salud mental.* Madrid, octubre de 2002.

[1859] Mc Daid, David y Thornicroft, Graham. *Policy brief. Mental Health II. Balancing institutional and community-based care.* WHO European Observatory on Health Systems and Policies, 2004 (disponible en internet www.observatory.dk)

[1860] Conferencia Ministerial de la OMS para la Salud Mental. *Declaración Europea de Salud Mental.* Helsinki, 12 al 15 de enero de 2005.

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

Son, sin duda, muchos los problemas que atañen a la salud mental en nuestro país. Recientemente intenté hacer un breve resumen de las que, a mi modesto entender, eran las más importantes[1861]:

> Primero, un problema de planificación y dotación presupuestaria de los medios que debe desarrollarse a través de instrumentos legales como las carteras de servicios previstas en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud o la futura ley de dependencia y en el que juegan un indudable papel las Comunidades Autónomas.
>
> Segundo, la solución del problema de coordinación entre los recursos sanitarios y sociales mediante la creación de un verdadero marco sociosanitario que esté dotado de un adecuado sistema estadístico y de control de los parámetros de calidad.
>
> Tercero, una mejor regulación de los aspectos referentes a las garantías de los derechos humanos en materia de tratamientos involuntarios y de la regulación de los aspectos personales de nuestro sistema de incapacidad legal.
>
> Cuarto, la potenciación de las normas antidiscriminación de minusválidos para atender a aspectos tan importantes como la estigmatización, la dificultad de acceso a un empleo o el acceso a ayudas sociales.
>
> Quinta, la consideración del estatuto de los «cuidadores no profesionales» dentro del marco de la legislación sociosanitaria.

El problema de la involuntariedad en los tratamientos es sólo una pieza más de este conjunto y, sin duda, no la más importante. Una adecuada solución de los problemas que plantea permitirá contar con una herramienta más dentro de todo este conjunto para poder atender un grupo de casos cuantitativamente pequeño pero cualitativamente importante. Ni es una solución global, ni pretende sustituir al sistema. Partidarios y detractores de la regulación coinciden en un extremo: sólo el desarrollo de un sistema que ofrezca una amplia gama de servicios adecuados a las diferentes situaciones que pueden presentarse, accesible y de calidad permitirá el avance en los derechos humanos de las personas con enfermedad mental.

A lo largo de este trabajo he querido poner de relieve que esta cuestión no es sólo un problema médico o jurídico. Entraña la consideración global de la persona y he intentado, en la medida de mis posibilidades, analizar perspectivas que abarcan la historia, la filosofía, la ética… Mi profesión determina que el análisis se realice desde un determinado enfoque que es el jurídico. Dentro de este he querido centrarme en el marco de los derechos humanos y, particularmente en tres: las restricciones a la libertad ambulatoria, la accesibilidad y el consentimiento informado.

Pretender sustraerse a la propia subjetividad que entraña la experiencia es muy difícil a la hora de analizar cualquier tema. Recuerdo vivamente cómo un psiquiatra

---

[1861] FEAFES. «Entrevista». *Punto de Encuentro. Revista de la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental.* Junio de 2006. Número 14, páginas 18 y 19

me relataba la impresión que le produjo el manicomio lo que, sin duda, determinó su dedicación a intentar no regresar a procesos de institucionalización. Yo comparto esta idea. Mi labor en este campo ha sido doble, durante prácticamente 14 años he desempeñado mi trabajo como Fiscal de uno de los servicios de protección de adultos incapacitados y, por otro lado, como asesor de un Defensor del Pueblo Regional, durante tres.

En cuanto he desempeñado una responsabilidad, no he perdido el tiempo diciendo lo que hay que hacer, lo he intentado realizar[1862]. La formación de los Fiscales y de los Jueces en las materias propias de la incapacidad y, particularmente, de la Salud Mental, dista mucho de ser óptima. Sin embargo, dentro de este campo es donde nuestra actividad se ha mostrado más beligerante. Desde 1990 he sido testigo directo y partícipe de nuestra intervención en el diseño de protocolos de internamiento, en la creación de las unidades de hospitalización infanto-juvenil, en la propia creación de la especialidad en las Fiscalías y los Juzgados, en intentar una aproximación a las organizaciones de familiares y afectados, en intentar ofrecer soluciones ante la vergüenza que supone las carencias de nuestros centros psiquiátricos penitenciarios y los servicios sociales penitenciarios externos, pese al buen hacer de sus profesionales.

Todas estas cosas hacen que abogue por la existencia de especialistas, idea que no es mía sino que ya estaba en uno de los primeros momentos del cambio de la legislación sobre incapacidad y minusvalía, la conferencia MINUSVAL'74 y que ha sido reiterada por nuestro Defensor del Pueblo[1863]. En el mismo sentido, la A/RES/61/106, de 13 de diciembre (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad), en su artículo 13, expresa que, «a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la Administración de Justicia».

Desde la perspectiva de un asesor del Defensor del Pueblo regional, participé directamente en la confección del informe sobre la situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias, trabajo que se prolongó durante la práctica totalidad del año 2003 y diversos trabajos relacionados con lo anterior. He tenido ocasión de observar cómo «funciona» el sistema en su conjunto en mi Comunidad y he tenido ocasión de comprobar muchos elementos como la angustia de los usuarios y familias, las visiones distintas de los profesionales de salud mental en ocasiones contrapuestas, el difícil encaje que tiene la salud mental en el contexto general de la sanidad, los problemas que plantea la pretendida coordinación y los resultados de dichas carencias como procesos de nueva institucionalización en residencias de crónicos, el incremento real de las

---

[1862] «Je ne perdrais pas mon temps à dire ce qu'il faut faire; je le ferais, ou je me tairais». Rousseau, Jean-Jacques. *Du Contrat social* (1762)

[1863] Defensor del Pueblo. *Situación Juridica y Asistencial del Enfermo Mental en España.* Madrid, 1991, página 678, recomendación segunda.

personas con enfermedad mental en las prisiones (si no lo creen les invito a que se acerquen a la prisión de Picassent), las carencias de pisos tutelados, centros especiales de empleo y recursos en la comunidad y otro factor que a veces se pasa por alto, el de la asistencia a los menores de edad.

Como he señalado, este es uno más de los problemas que entraña el amplio abanico de la protección de las personas adultas por cuestiones de capacidad de obrar. Se ha suscitado una amplia expectación con la proposición de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A lo largo de estas páginas he tratado de ir relatando los muchos problemas que entraña actualmente nuestra legislación en todos los aspectos que conlleva la involuntariedad en los tratamientos de salud mental fuera del marco del internamiento.

La mayor parte de los pacientes que son sometidos a intervenciones judiciales en los diferentes países del mundo no acuden a los servicios de salud mental y, precisamente, son este tipo de intervenciones las que permiten la posibilidad de un seguimiento. De hecho, en muchas ocasiones, no acceden por los filtros ordinarios del sistema (atención primaria o centros de salud mental), sino que aparecen por primera vez en las unidades de agudos o, en ocasiones, se conoce por primera vez el problema en las Fiscalías, sin la existencia de un diagnóstico previo.

Lo primero a señalar es que los enfermos de los que estamos hablando tienen una visión necesariamente coercitiva del sistema. La realidad es que en bastantes casos hemos comprobado que el tratamiento no judicial se limita al engaño de introducir la medicación disuelta en la comida de los pacientes o a la presión para la administración del depot en determinadas fechas, en ocasiones, incluso con un cierto componente de fuerza por los familiares. Esto en situaciones relativamente ordinarias, porque en muchas otras nos hemos encontrado con pacientes literalmente «encerrados» en sus domicilios.

No quiere decirse con ello que todos estos pacientes sean candidatos a una medida de estas características. Imagínense que se encuentran en el salón de su casa tranquilamente y, repentinamente, la policía irrumpe en su domicilio y le sujetan, le administran medicación y le llevan, pese a sus protestas, a un hospital donde, en ocasiones, le aplican medios de contención. La vivencia subjetiva de los pacientes que han pasado por esta experiencia (y créanme que la he escuchado, en muchas ocasiones, de la propia voz de los afectados) es tremenda. Pensar que quien ha experimentado esta sensación pueda tener una percepción no coercitiva del tratamiento psiquiátrico es poco más o menos que ilusorio.

No se trataba de encontrar una «panacea» ni, desde luego, un sistema que pueda generalizarse como se ha pretendido y en ello radica el principal equívoco que hay que desmentir. La pretendida expansión de este tipo de intervenciones es imposible por varias razones: primero porque los presupuestos legales están delimitados y son mucho más rígidos que los del contexto internacional; segundo, porque el esfuerzo que realizan los profesionales cuando se consiguen los mínimos medios es mucho mayor que en un caso ordinario; tercero, porque el intento de

imponerlos desde una estructura vertical y no consensuada es imposible y esto lo sé por propia experiencia.

Cuando tuve ocasión de realizar el informe sobre salud mental del Defensor del Pueblo Valenciano hubo un dato que me resultó sumamente chocante: las diferencias entre el sistema asilar y el actual en cuanto a la distribución de las patologías.

En la figura 12 vamos a ver primero cómo estaba la distribución del Hospital Psiquiátrico de Alicante en 1964. Claramente se observa como la esquizofrenia y el trastorno bipolar ocupan la mayor parte de la gráfica, luego seguidas de las oligofrenias y de los trastornos de la vejez.

En la figura 13 vamos a ver ahora cómo ha variado esta distribución en una de las unidades de salud mental de mi Comunidad.

Ya no es que sorprenda el porcentaje tan reducido de las psicosis esquizofrénicas dentro del conjunto, sino es que los diagnósticos no psiquiátricos superan

Fig. 12. *Hospital Psiquiátrico de Alicante 1964.*

Fig. 13. *Unidad de Salud Mental 2002.*

y ocupan un elevadísimo porcentaje de la atención de las unidades. El sistema ha experimentado una gran expansión en cuanto a los casos y personas que antes no accedían al mismo, hoy día son sus usuarias principales. Lo que se denomina «trastorno mental» abarca un amplio abanico muy heterogéneo.

Por otro lado, cabe preguntar por la atención que se dispensa a los denominados «crónicos», que constituyen un subgrupo de este colectivo. La atención domiciliaria es muy escasa y mucho más lo son los programas de atención a las familias, de respiro y programas específicos de rehabilitación biopsicosocial. Los pocos que funcionaban, sin embargo, daban resultados extraordinarios.

Todos coincidimos en que hay un problema de accesibilidad del enfermo a las unidades o centros de salud mental y que la mejor fórmula que se conoce es la potenciación del tratamiento asertivo comunitario. Los pacientes de este subgrupo se encuentran en desventaja en el acceso a los servicios convencionales. Buen número de profesionales, de hecho, ni siquiera advierten la discriminación que supone la ausencia de atención del colectivo por la presión de las restantes

pacientes que ejercen su derecho de queja frente a este subgrupo que no acude a las unidades de salud mental.

Recientemente se celebró el III Simposio Nacional de Tratamiento Asertivo Comunitario en Avilés en el que el psicólogo clínico Geoff Shepherd expresó con claridad que «hay que dejar claro que los equipos comunitarios no son un tratamiento, sino un medio para que los pacientes accedan a los tratamientos» y que hay una diferencia muy importante entre el modelo británico y el Español, que es que el Gobierno británico es el que ha procedido a la implantación del modelo de TAC, mientras que en España no forma todavía parte del sistema de atención público con carácter general. El objetivo del TAC no es sólo reducir la hospitalización sino las relaciones sociales, alojamiento, empleo y la inserción social del paciente, es decir, la calidad de vida[1864].

KENT y BURNS[1865] reseñan que el *National Health Service Plan* identificó el enfoque asertivo como componente necesario de las medidas de salud mental comunitaria (*Department of Health*, 2000). Estos equipos proliferaron en el Reino Unido, contabilizándose 270 en abril de 2004. El alcance de la carga de trabajo variaba de un lugar a otro del país. En Londres se encontraba entre 5-14 pacientes por miembro del equipo a horario completo. Los autores consideran que un equipo debe oscilar entre 10-12 profesionales. Sin embargo existen elementos que suscitan cuestiones: el horario de disponibilidad de los profesionales (se discute la efectividad del servicio 24 horas aunque parece importante la disponibilidad en horario ampliado y fines de semana), el papel de los médicos psiquiatras en una estructura no necesariamente jerarquizada, los criterios de derivación y alta del servicio, la cuestión del coste/efectividad, el papel del contexto local y la red de servicios ordinarios, el papel del personal no profesional y del personal-usuario, etc. Los autores señalan que

> Una pequeña minoría de pacientes no logra involucrarse con los equipos. No existen normas vinculantes y firmes sobre cuánto tiempo tiene el equipo que intentar la participación de las personas afectadas pero, a veces, el equipo tiene que aceptar que esto no sucederá.

Los autores, finalmente, concluyen que estos equipos deben constituir una adición a una red de servicios adecuados y bien organizados y no una sustitución de éstos. Deben ceñirse a los individuos afectados de psicosis y necesidades complejas, emplear intervenciones basadas en la evidencia y aplicar indicadores de buena práctica a las circunstancias locales. La investigación continúa en cuáles son los elementos efectivos del modelo y como seleccionar los pacientes más apropiados para beneficiarse de esta forma de cuidados.

[1864] Entrevista publicada en el diario La Nueva España (disponible en internet: http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pNumEjemplar=1313&pIdSeccion=36&pIdNoticia=417565)

[1865] KENT, Andrew/BURNS, Tom. «Assertive community treatment in UK practice». *Advances in Psychiatric Treatment (2005)* Vol. 11, 388-397

La accesibilidad es un derecho y que esto forme parte del sistema público es importante puesto que este tipo de programas permitirá una mejora objetiva de la calidad de vida. Lamentablemente, la situación en España es muy precaria. La falta de asistencia está dando lugar a situaciones muy problemáticas, algunas de las cuales llegan a los Juzgados y otras no. ¿Qué hacemos en estos casos? En mi ciudad la asociación de familiares y usuarios disponía de un pequeño programa de atención comunitaria. Por otro lado, he tenido siempre la inmensa fortuna de guardar buena relación con los profesionales de salud mental y llegar a acuerdos, particularmente desde la adopción de un protocolo de internamientos que permitió reducir bastante los problemas que esta intervención genera.

El primer paso suponía poner a los familiares en contacto con la asociación. Desde la Fiscalía eramos perfectamente conscientes de que no podíamos ser un instrumento para problemas cotidianos. Sin embargo se daban problemas que a juicio de todos hacía necesaria nuestra intervención y así nos planteamos por primera vez el tema de los tratamientos ambulatorios involuntarios. Las primeras experiencias dieron un resultado muy positivo con elementos de calidad objetiva de vida constatables para cualquiera. Siempre se partía de situaciones de internamiento y luego se establecían los contactos en la comunidad. Cada caso era muy diferente. La autorización judicial lo que aportaba era simplemente el deber inicial, que se cumplía, de asistencia y colaboración. El resto era trabajo de los profesionales de salud mental. No hubo necesidad de actuaciones judiciales suplementarias. La necesidad de la medida en cada caso era siempre patente para cualquier persona y estudiada cuidadosamente.

El buen éxito de esta medida me animó a intentarlo en otras ocasiones, sin embargo, en las poblaciones que no eran Alicante capital era absolutamente imposible por falta de medios y, aunque los Juzgados autorizaban las intervenciones dentro del procedimiento de incapacidad porque estaban razonadas, las unidades de salud mental ni sabían ni podían por falta de personal atender a estas peticiones. En fin las resoluciones quedaban en papel mojado y, pese a que contenían los sistemas de intervención para el caso de incumplimiento, nunca se plasmaron en la práctica. Un elemental sentido de la proporcionalidad nos hacía ver que poco se iba a lograr con ello.

Estudié a fondo este problema, uno más de los muchos a los que me sometía mi trabajo, pero se ciñó a este tipo de intervenciones puntuales. La importancia era conseguir la accesibilidad a un plan de tratamiento de personas que no aceptarán por mucho esfuerzo que realice el equipo comunitario la intervención y que claramente carecen de conciencia de enfermedad y presentan riesgo y cuando hablamos de riesgo no hablamos de algo genérico sino evidente, como situaciones de desnutrición, falta de higiene, aislamiento social, a veces en proporciones dantescas. No se trata de negar el derecho a rechazar el tratamiento a los pacientes crónicos, como se ha pretendido, sino que se constata la existencia de un grupo reducido de personas dentro de este colectivo que presenta problemas

de conciencia de enfermedad, riesgo grave para su salud e imposibilidad real de acceso a los servicios sociosanitarios.

Lamentablemente sí que sé donde han acabado muchos de los candidatos a este tipo de medidas: en los nuevos centros residenciales para enfermos mentales crónicos cuyo número, en mi comunidad, ha evolucionado al alza y con importante lista de espera. La falta de asistencia en la comunidad hace que estos centros se tornen necesarios para atender a los mínimos de atención de estos pacientes. A pesar de que las circunstancias materiales de estos centros y de personal no son las de los años 60 y su filosofía y número de plazas también, no son entornos que yo prefiera. No creo positiva la sustitución de los antiguos ghettos psiquiátricos por los nuevos ghettos sociales y la frase no es mía (PIEL/ROELANDT)[1866]. Las experiencias más agradables que he tenido han sido con pacientes completamente integrados y afortunadamente he podido conocer a bastantes. Sin embargo, la tarea de los profesionales que trabajan en los centros residenciales, según ellos mismos refieren, queda cortada por la carencia de recursos de alojamiento intermedios y de medidas de este tipo que, conforme a lo expuesto en este trabajo, son muy útiles en su forma de «supervised discharge» y permiten establecer y hacer sólidos los contactos con los profesionales de salud mental en el medio comunitario.

Cuando me llamaron para formar parte del Comité de FEAFES, sabía que este tema era polémico. Conocía bastante bien los procesos en todo el mundo pero estimé preciso prestarle atención adecuada dada su complejidad y así lo hice. El texto final fue fruto de un largo trabajo de dos años y del consenso de todos los participantes en el Comité entre los que se encontraban personas que habían tenido experiencia de aplicación. Yo apunté, fundamentalmente, a las ideas del plan de tratamiento, la revisión y duración máxima, aspectos que ya he explicado en este trabajo.

Pese a que nuestra situación es bien distinta que en el contexto internacional —puesto que nuestra regulación ya excluía el problema de la peligrosidad que era uno de los defectos más importantes de las leyes en el contexto comparado— la polémica estalló. Creo que el problema se debió a un malentendido pues se comprendió la propuesta como una «contrarreforma psiquiátrica». Si hubiera sido así, se habría pedido la modificación del artículo 20 de la LGS, cuestión que no se hizo. Nosotros, como los italianos, creemos que, con independencia de la materialización práctica, los principios del artículo 20 LGS hoy día no son discutidos y que es una absoluta pérdida de tiempo y sólo renovar viejos odios el volver a traerlos a colación.

La propuesta sigue estando en la mesa y su futuro es incierto. En fin, en el peor de los casos las cuestiones seguirán en el limbo jurídico y sin claridad, dándose que en una misma ciudad, como es Madrid, un Juzgado acoja una interpretación, el otro la contraria y el tercero no se decida ni por una ni por otra.

[1866] *Op. cit.*, página 55

XII. LOS JUZGADOS DE SOLUCIÓN DE PROBLEMAS Y LA DENOMINADA JURISPRUDENCIA TERAPÉUTICA

El nuevo proyecto de ley de jurisdicción voluntaria ha reavivado la polémica, como hemos visto, pero queda bien claro que la cuestión, como en los restantes países de nuestro entorno, sigue estando abierta[1867].

Todas las cuestiones planteadas en el texto de este trabajo siguen estando de actualidad, buena muestra de ello son las recientes recomendaciones internacionales sobre la promoción de los derechos y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad del Comité de Ministros del Consejo de Europa[1868] o la Resolución 1460 (2005) sobre la mejora de la respuesta a las necesidades de salud mental en Europa de la Asamblea Parlamentaria[1869]. Particular atención merece el desarrollo que experimentó el trabajo de Naciones Unidas tendente a la aprobación de una Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En su 30ª sesión, celebrada el 3 de febrero de 2006 en Nueva York, el Comité Especial aprobó el proyecto de informe sobre su séptimo período de sesiones (A/AC.265/2006/L.3), cuyo anexo II recogió un borrador no

---

[1867] Resalta el hecho de que, tanto FEAFES como CERMI hayan promovido la introducción de una disposición adicional en el proyecto que dispone: «Para el efectivo control y cumplimiento de las medidas de tratamiento ambulatorio no voluntario previstos en el capítulo IX del Título IV, las Comunidades autónomas, en atribución de las competencias que en materia sanitaria tuvieran atribuidas, deberán, en el plazo máximo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, proceder a incrementar los recursos asistenciales multidisciplinares de salud mental de atención a domicilio. Asimismo, deberán establecer Comisiones administrativas de supervisión, seguimiento estadístico y control de los casos adoptados».

[1868] Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015 (Adopted by the Committee of Ministers on 5 April 2006 at the 961st meting of the Ministers' Deputies). Resaltamos sus apartados 3.9 y 3.10 en los que insiste en la accesibilidad y participación en la toma de decisiones en materia sanitaria y en la rehabilitación y el apartado 4.3., destinado a las personas con discapacidad con necesidad de elevados niveles de soporte para los que señala: *«4.3. People with disabilities in need of high level of support.* One of the more vulnerable groups of people with disabilities is the group of individuals with disabilities who, due to the severity and complex nature of their impairment, require a high level of support. Their quality of life is very much dependent on the availability of appropriate and quality services that respond to their and their families' needs to facilitate their participation in society to the greatest extent possible, rather than a replica of services provided to persons with disabilities generally. This group tends to be the most likely group to be living in institutional settings or in some cases living with their family but may experience isolation due to little or no contact with service provision and other members of society. For these reasons people of this group require intensive and permanent quality services geared to their specific needs. Delivery provision needs to be strengthened in order to respond without departing from a model of community based services and equitable access to mainstream provision. Member states need to recognise that this requires intensive planning and co-ordination across relevant authorities, government agencies and service providers both at national and local levels».

[1869] Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Resolution 1460 (2005) Improving the response to mental health needs in Europe* (Assembly debate on 24 June 2005 - 24th Sitting). El Comité de Ministros emitió una respuesta informando que se iba a crear un Comité de Expertos en 2006 en el seno del Comité Europeo de Salud (European Health Committee - CDSP) con objeto de desarrollar un instrumento de política que se centrará en los aspectos éticos y de derechos humanos, el estigma y la discriminación. Se tratará de realizar un inventario de las políticas de salud mental, y ver las duplicidades y lagunas para construir una estructura básica. Una vez se adopte por el Comité de Ministros, se comprobarán cuidadosamente sus progresos para que efectivamente se desarrollen las políticas y estrategias del Consejo de Europa en el área de salud mental, constituyendo este instrumento una referencia internacional para la promoción y salvaguarda de los derechos de las personas con trastorno mental en Europa.(Reply from the Committee of Ministers adopted at the 953rd meeting of the Ministers' Deputies [18-19 January 2006). Doc. 10793, 21 January 2006)

definitivo del futuro texto[1870]. El borrador, junto a previsiones específicas sobre el derecho a servicios sanitarios y de rehabilitación (artículos 25 y 26), contiene un interesante artículo 17 sobre la protección de la integridad de la persona. En dicho artículo, junto con el principio general de igualdad, establece, en su apartado 2, que «los Estados Parte protegerán a las personas con discapacidad de intervenciones forzosas o institucionalización forzosa dirigida a corregir, mejorar o aliviar incapacidades actuales o advertidas». El apartado 4 reseña que «los Estados Parte asegurarán que el tratamiento involuntario de las personas con discapacidad: a) será minimizado a través de la activa promoción de alternativas; b) asumido sólo en circunstancias excepcionales, de acuerdo con los procedimientos establecidos por la ley y con la aplicación de las salvaguardas jurídicas adecuadas; c) asumido en el entorno menos restrictivo posible y tomando plenamente en consideración el mejor interés de la persona afectada; d) apropiado y suministrado sin coste financiero para el afectado o su familia»[1871].

El texto de la Convención, finalmente, fue aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, como ya hemos tenido ocasión de analizar ampliamente en anteriores páginas de esta obra. El texto definitivo del artículo 17 se ha visto considerablemente recortado:

> Artículo 17.- *Protección de la integridad personal*. Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás.

Una de las organizaciones de personas con discapacidades acreditada fue la *World Network of Users and Survivors of Psychiatry* (WNUSP). Agrupada en la *International Disability Caucus*, defendieron varias propuestas en relación con este artículo que abarcaron su supresión y fusión con el artículo 15 (concerniente a la libertad respecto de las torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes o castigos). Una segunda opción consistió en redactar un artículo en el que se mantenía la redacción de los dos primeros apartados suprimiendo el tercero y el cuarto. La justificación de la supresión del cuarto apartado se centraba en que

---

[1870] *Working Text - International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.* Seventh Session of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities (16 January - 3 February 2006). Revisions and amendments at the Seventh Session of the Ad Hoc Committee (disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7ann2rep.htm).

[1871] *Article 17. Protecting the integrity of the person.* 1. States Parties shall protect the integrity of the person of persons with disabilities on an equal basis with others. 2. States Parties shall protect persons with disabilities from forced interventions or forced institutionalization aimed at correcting, improving or alleviating any actual or perceived impairment. 3. In cases of medical emergency or issues of risk to public health involving involuntary interventions, persons with disabilities shall be treated on an equal basis with others. 4. States Parties shall ensure that involuntary treatment of persons with disabilities is: (a) Minimized through the active promotion of alternatives; (b) Undertaken only in exceptional circumstances, in accordance with procedures established by law and with the application of appropriate legal safeguards; (c) Undertaken in the least restrictive setting possible, and that the best interests of the person concerned are fully taken into account; (d) Appropriate for the person and provided without financial cost to the individual receiving the treatment or to his or her family.

articulaba un estándar discriminatorio que permitía las intervenciones forzadas sobre personas con discapacidades y supondría una burla del propósito y principios de la Convención[1872].

Desde el primer borrador, que contemplaba la libertad respecto de las torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes o castigos en el artículo 11 mantuvo sus posiciones sobre el problema del tratamiento involuntario que ya han sido examinadas en los epígrafes iniciales del presente trabajo[1873]. Los miembros del Grupo de Trabajo mantuvieron diferentes opiniones sobre si las intervenciones forzosas o la institucionalización forzosa debía ser contemplada bajo este artículo o bajo la libertad de violencia y abusos o ambos. Algunos miembros también consideraron que la intervención médica forzada y la institucionalización forzada debía ser permitida de acuerdo con procedimientos y salvaguardas establecidas por la ley.

Lo cierto es que la redacción final del artículo 15 (torturas o tratos inhumanos o degradantes) tiene un tenor coincidente con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su primer apartado, subrayando el segundo el principio de igualdad[1874].

El propósito al elaborar la Convención no era la creación de derechos nuevos sino subrayar la prohibición de discriminación hacia las personas con discapacidad en todas las áreas de la vida. Aunque los costes de implantación están sometidos al principio de realización progresiva (artículo 4.2) debido a la necesidad de tomar en consideración las posibilidades económicas de cada país,

---

[1872] International Disability Caucus (IDC). *Working Text as amended by the IDC according to the Chair proposed program for the 8AHC 1st week*. (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8idcamw1cor1.doc). La IDC presentó una propuesta alternativa muy parecida a la que finalmente logró aprobación (véase, *Working Text as amended by the International Disability Caucus, version 08/18/2006,* disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8idcwtam18augf.doc. La propuesta era la siguiente: Article 17.- Protecting the integrity of the person. Replace all paragraphs by following paragraph: «Every person with a disability has the right to respect for his or her physical, mental and moral integrity». Justification: The central issue in this article is to establish that the integrity of the person of people with disabilities is to be respected. Existing human rights instruments provide a template for recognition of this right in unequivocal terms.

[1873] El primitivo artículo 11 expresaba: Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. 1. States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial, educational or other measures to prevent persons with disabilities from being subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. 2. In particular, States Parties shall prohibit, and protect persons with disabilities form medical or scientific experimentation withour the free and informed consent of the person concerned, and shall protect persons with disabilities from forced interventions or forced institutionalisation aimed at correcting, improving, or alleviating any actual or perceived impairment. (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwgreporta11.htm)

[1874] United Nations. Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. Eighth session, New York, 14-25 August 2006. *Draft Convention on the rights of persons with disabilities and draft optional Protocol (advance unedited version,* disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8draftconv.doc) Article 15.- Freedom from torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. 1.- No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his or her free consent to medical or scientific experimentation. 2.- States Parties shall take all effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent persons with disabilities on an equal basis with other from being sujected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

no cabe duda de que supone un instrumento que da un paso más en el sentido del logro de la efectiva igualdad. Se trató, con buen criterio, de obtener el más amplio consenso.

Aunque es pronto para la adopción de conclusiones definitivas debido a que en el momento de redacción de estas líneas todavía la Convención no ha entrado en vigor, puede afirmarse que constituye un importante paso más en la lucha contra la discriminación y, sobre todo, contribuirá a la «visibilidad» del problema.

En lo que concierne al problema específico de los tratamientos involuntarios, estimo que era difícil alcanzar una mayor objetivación de criterios. Ningún artículo en la Convención los prohíbe aunque, naturalmente, aparecen subrayados los principios de autonomía (preámbulo y, en general, todo el texto) y consentimiento informado (artículo 25). Creo que un artículo clave es el 12 (igual reconocimiento ante la ley) cuyos apartados tercero y cuarto enfatizan el modelo de soporte (*support*) frente al de sustitución. Como señala la propia IDC, la diferencia entre el modelo de soporte (*support model*) y el modelo de sustitución (*substitution model*) es que no puede haber una determinación externa para privar a una persona del derecho a realizar sus propias decisiones. Todos los niveles de soporte y representación pueden ser incluidos en el modelo de soporte con salvaguardas apropiadas. Las salvaguardas deben ser adecuadas al tipo de ayuda suministrada, incluyendo, si procede, revisión judicial periódica. El soporte debe ser proporcionado en la extensión de las necesidades de la persona, sin castigo o vergüenza asociados[1875].

En definitiva, la clave en el problema de la autonomía vuelve a ponerse en la cuestión de la determinación de los umbrales, la concreción de las medidas y las condiciones de protección, aspectos que han recorrido la totalidad del presente trabajo. La situación de las personas que precisan de apoyo más intenso, la especialización de los profesionales, el acceso a los servicios sociosanitarios y a los de justicia… constituyen también otros aspectos dignos de tener en cuenta.

El debate ha sido intenso en España y, en ocasiones subido de tono. A mi no me cabe duda de que por ambas partes hay una preocupación importante por el bienestar de las personas con enfermedad mental y no lo digo por cumplir sino porque, defendiendo la postura contraria a la mía, están personas con las que he compartido la preocupación por estos problemas durante toda mi trayectoria profesional y son excelentes compañeros y amigos.

Con independencia de todo ello, confío en que este trabajo sirva para aclarar los interrogantes que la medida plantea y contribuya a fijar un panorama general. Hay otros muchos problemas que requieren la atención de todos para intentar encontrar soluciones o, por lo menos, denunciarlas ante quien tiene la capacidad de solventarlos. Hay dos conceptos que, tanto de mi estancia en el Síndic de Greuges como creo que también de la experiencia de este debate, resultan evidentes para todo el mundo: calendario y presupuesto. Donde se expresa la solidaridad de un

[1875] *Working Text as amended by the International Disability Caucus, version 08/18/2006*, disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8idcwtam18augf.doc.)

pueblo es precisamente en la atención que dedica a los grupos menos favorecidos en su ley de presupuestos y donde se expresa la madurez democrática de una nación es en su capacidad de llegar a consensos.

El desarrollo de la nueva corriente legislativa constituida por las leyes 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia ofrece un nuevo marco para el avance de los derechos de las personas con discapacidad a la que se sumará, sin duda, la más que probable ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas.

En este marco cabe citar la reciente «propuesta de estrategia en salud mental del sistema Nacional de Salud» [1876]. En la formulación de la estrategia se han tenido en cuenta los planes de salud mental, actualmente vigentes, en las Comunidades Autónomas, las recomendaciones en materia de políticas de salud mental de la Organización Mundial de la Salud para la región de Europa y, de forma específica, la Declaración sobre Salud Mental para Europa (Helsinki, 2005), el Plan de Acciones propuesto y las acciones propuestas en el Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud. El documento se estructura en dos partes, la primera destinada a los aspectos generales y la segunda al desarrollo de las líneas estratégicas donde se detallan los objetivos, las recomendaciones e indicadores de evaluación y seguimiento de la estrategia aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Se proponen seis líneas estratégicas:

1. Promoción de la salud mental de la población, prevención de la enfermedad mental y erradicación del estigma asociado a las personas con trastorno mental.
2. Atención a los trastornos mentales
3. Coordinación interinstitucional e intrainstitucional
4. Formación del personal sanitario
5. Investigación en salud mental
6. sistema de información en salud mental

[1876] Ministerio de Sanidad y Consumo. *Propuesta de Estrategia en Salud Mental del Sistema nacional de Salud. 2006.* Edita y distribuye Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones, Madrid, 12 de diciembre de 2006. En sesión plenaria del Consejo Interterritorial de 16 de junio de 2004 comenzaron los trabajos para la adopción de una estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud entre todos los agentes del sistema sanitario (Comunidades Autónomas, Sociedades Científicas y Asociaciones) para establecer objetivos generales y específicos, así como recomendaciones que permitan, sin interferir en el campo competencial de las Comunidades Autónomas, el establecimiento de principios generales sobre la forma de desarrollar las intervenciones en el ámbito de la salud mental de manera integral y semejante en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, con un componente esencial de indicadores y sistema de evaluación periódica. El propio documento reconoce sus limitaciones puesto que «el problema que plantea la pérdida de la salud en general y especialmente la salud mental, tiene raíces y consecuencias en múltiples áreas de la vida que se reflejan políticamente en diversos sectores institucionales –sanidad, trabajo, hacienda, educación, justicia, vivienda- y para su solución, se requiere el esfuerzo sinérgico de todos estos sectores y no solamente del sector sanitario.

Entre los puntos críticos de la atención comunitaria de los trastornos mentales, el documento reseña que «la intensidad de atención ambulatoria dispensada a los trastornos mentales graves es insuficiente, debido, en parte, a la presión de la demanda ejercida por los trastornos mentales comunes, y también a que los servicios de salud mental comunitaria no disponen de programas específicos –a nivel ambulatorio y domiciliario- dirigidos a esta población» [1877]. El documento recomienda «formas organizativas orientadas a mejorar la continuidad de la asistencia de las personas con trastorno mental grave, reducir el número de hospitalizaciones y mejorar su funcionamiento social y calidad de vida», estableciendo como objetivo «disponer, en los equipos de salud mental en el ámbito comunitario y en relación con los trastornos mentales graves prolongados, de un sistema organizativo para evitar los abandonos, facilitar la adherencia y que incluya la atención domiciliaria, así como la gestión y la coordinación multisectorial de su proceso asistencial» [1878]. En concreto proponen dos modelos de referencia: el «Tratamiento Asertivo Comunitario» y los «Programas de Continuidad de Cuidados». [1879] En otro de los apartados del documento se hará referencia a que resulta «muy llamativo que no se haya generalizado el uso de formas de organización asistencial para asegurar la continuidad de cuidados en la atención a los trastornos mentales graves, como el tratamiento asertivo comunitario, que han recibido un soporte experimental muy sólido por su eficacia y coste-efectividad». [1880]

El documento hace una breve mención al hecho de que «no existe regulación complementaria específica para el tratamiento ambulatorio involuntario», reseñando que en este tema «no existe consenso entre las asociaciones profesionales y científicas» [1881]. Dentro de los objetivos específicos en este terreno se recoge la elaboración de «una guía general, referida a las buenas prácticas, sobre aspectos éticos y legales de la práctica asistencial de cualquier modalidad de intervención, en contra de la voluntad del paciente». Los objetivos y las recomendaciones se han centrado en los aspectos propios del traslado para hospitalización, tratamiento involuntario y procedimientos para la contención física en dicho marco [1882].

El documento constituye, sin duda, un avance en el necesario consenso a la hora de abordar estas materias en sintonía con el modelo europeo [1883]. Es de coincidir con la Ministra de Sanidad que una estrategia de salud mental aprobada con total unanimidad constituye «un buen punto de partida». Ahora bien, como la propia Ministra reconoce, «el desarrollo de la estrategia les corresponde a las

---

[1877] Página 90
[1878] Página 94
[1879] Página 96
[1880] Página 105
[1881] Página 89
[1882] Páginas 97 y 98
[1883] Véase, en este sentido, Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde. Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental. Bruselas, 14.10.2005 COM(2005) 484 final

propias comunidades» autónomas[1884] y, como el propio documento reconoce, es necesaria una coordinación con otros sectores distintos al sanitario, entre los que se encuentran Justicia y, particularmente Servicios Sociales[1885].

Muchas de las cuestiones legales que se han planteado en el presente trabajo sobre el tratamiento ambulatorio involuntario y el marco de los derechos humanos son novedosas o de muy reciente implantación[1886]. Como hemos examinado, no existe sólo un modelo sino varios que ya se están aplicando en nuestro país y precisan de un adecuado análisis, debate y mejora. Ignorar su existencia, a mi juicio, constituye un grave error, sobre todo cuando hablamos de cuestiones que afectan al núcleo central de los derechos fundamentales.

Afortunadamente, ya no hablamos aquí de simple solidaridad. Hemos reconocido como conquista de derechos humanos que el acceso a los servicios sociosanitarios y a un plan de tratamiento es un derecho para las personas con discapacidad, hora es pues de hacerlo efectivo como parte del contenido del artículo 9.2 de nuestra Constitución[1887]. Lo que no podemos hacer es mirar hacia otro lado porque *el abstenerse de obrar es realizar también un acto del cual uno puede hacerse culpable sobre la Tierra*[1888].

[1884] Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Sanidad y Consumo. Sesión número 37, celebrada el jueves, 28 de diciembre de 2006. VIII Legislatura, Año 2007, núm. 744, páginas 20 y 21. Comparecencia de la señora ministra de Sanidad y consumo para informar sobre las medidas que ha adoptado desde el mes de mayo de 2004 para mejorar la salud mental de los españoles (número de expediente 213/000784)

[1885] Páginas 106 y 107, objetivo general número 6

[1886] Sin ir más lejos, basta ver, dentro de esta corriente de desarrollo legislativo, la reciente publicación del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal (BOE núm. 40 de 15 de febrero de 2007, páginas 6591 a 6593

[1887] Artículo 9.2 C.E.: »Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

[1888] «Denn auch der Untätige tut eine Tat, die ihn schuldig macht auf Erden» Zweig, Stefan. *Die Augen des ewigen Bruders* (1922)

XIII. CONCLUSIONES

XIII. CONCLUSIONES

PRIMERA.—A finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se produjo en el mundo occidental un cambio en la forma de atención a las personas con trastorno mental fundado en lo que se denominó «tratamiento moral» que giraba alrededor de tres ideas básicas: la necesidad de lograr el respeto e, incluso, el temor del enfermo, la reclusión como fórmula de separación del medio patógeno de procedencia y el trabajo mecánico. Característica común de todos los países que experimentaron este proceso fue el incremento progresivo del número de población internada y la imposibilidad de dispensar una atención adecuada.

SEGUNDA.—El período asilar empezó su declive con posterioridad a la segunda guerra mundial. Factores como los progresos de la psicofarmacología, la aparición de nuevas formas de intervención psicosocial, el movimiento de derechos humanos, los trabajos de la Organización Mundial de la Salud, la integración en las estructuras sanitarias generales, el proceso general de promoción de los derechos de los pacientes desarrollado en los años 60 y 70 y el particular de equiparación del colectivo de personas con enfermedades mentales han permitido el abandono de las formas de intervención custodiales y el progreso en materia de libertad individual y social de este colectivo de ciudadanos.

TERCERA.—El proceso de desinstitucionalización, no obstante, no discurrió paralelo a una dotación adecuada de servicios en la comunidad que permitiera a los afectados recibir un tratamiento apropiado e integral. A lo anterior, se ha unido el hecho de que, a pesar de las grandes diferencias entre la atención de salud mental en los países en desarrollo y los países desarrollados, un problema común es que muchas personas que podrían beneficiarse de los servicios psiquiátricos disponibles no los aprovechan.

CUARTA.—Durante la etapa pre-asilar, las formas jurídicas se estructuraron mediante la creación de sistemas de guarda protectores, fundamentalmente, del patrimonio familiar, siguiendo la tradición del Derecho Romano, y recogiendo el principio general de irresponsabilidad en el ámbito penal. La etapa asilar creó una estructura legislativa alrededor de la figura del internamiento que desplazó a los anteriores sistemas de guarda y que en el plano penal se tradujo en la elaboración paulatina de nuevas doctrinas legales que podemos resumir en la expansión del concepto de locura penalmente irrelevante, en el nacimiento de las denominadas medidas de seguridad y en la construcción de instituciones de custodia especializadas dentro del sistema penitenciario.

QUINTA.—Las nuevas formas jurídicas que se han generado tras el proceso de desinstitucionalización se han centrado en un presupuesto fundamental: las personas con trastorno mental tienen los mismos derechos que cualquier otra persona, siendo necesaria la adopción tanto de medidas destinadas a evitar situaciones de discriminación como de salvaguardas legales. Nuestro trabajo se ha centrado en un problema concreto cual es el de los tratamientos involuntarios en la comunidad. En el marco de los derechos humanos, hemos recogido tres áreas de atención directamente relacionadas: 1) la construcción del sistema de garantías

de la libertad ambulatoria; 2) el derecho a que los servicios socio-sanitarios sean accesibles; 3) el derecho al consentimiento informado.

SEXTA.—La reflexión Bioética surge a finales de la década de los 70 en Estados Unidos motivada, entre otros factores, por la preocupación ante los abusos en el marco de la experimentación con seres humanos, los movimientos de derechos civiles de los años 60 y 70 y los avances biotecnológicos. El problema del consentimiento informado debe enmarcarse dentro de la reflexión Bioética. Dentro de los cuatro principios de la Bioética generalmente aceptados (Autonomía, No Maleficencia, Beneficencia y Justicia), el consentimiento informado constituye una exigencia del primer principio, siendo considerado en la actualidad como parte de los derechos fundamentales. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina (Convenio de Oviedo) constituye un marco excelente como punto de partida para el análisis de los problemas generados en este campo. Dentro de las diferentes excepciones al principio general del consentimiento informado, a los fines de nuestro estudio, nos interesa destacar la necesidad de protección de la persona cuando presenta incapacidad de decisión y las derivadas de la protección de los derechos de terceras personas.

SÉPTIMA.—Dentro de los problemas que plantea la definición de lo que se entiende por «tratamiento», por «ambulatorio» y por «involuntario», los mayores escollos se plantean en este último concepto. Es difícil definir con precisión lo que constituye el límite de lo que debe considerarse involuntario. Los trabajos de WERTHEIMER sobre el concepto de coerción pueden constituir un interesante punto de partida pero deben completarse con nuestra estructura legal sobre los conceptos de violencia e intimidación contenidos en la legislación civil y penal, en la atención a entornos específicos como son las situaciones de dependencia y de carencia de recursos económicos, la propia concepción general de la sociedad que se maneje y, por último y no menos importante, la estructura del sistema de valores del individuo afectado.

OCTAVA.—Dentro del ámbito civil, hay una serie de formas jurídicas que entran dentro del concepto de lo que se define por «voluntario» pero que generan problemas de incertidumbre debido a su relativa novedad y a la carencia de una doctrina legal consolidada. Tales son los límites del modelo de tratamiento asistido en la comunidad, el denominado modelo de condicionamiento de beneficios y las denominadas «instrucciones previas».

NOVENA.—La imposición directa de un tratamiento involuntario en el marco civil por razones de ausencia de capacidad de decisión debe partir del marco que nos proporciona el *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina* que recoge unas normas básicas para el tratamiento involuntario por enfermedad mental grave en su artículo 7 que se plasman en la exigencia de que la ausencia del tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para la salud de la persona y que se observen condiciones de protección previstas por la legislación nacional que comprendan procedimientos de supervisión, control y recurso. Los trabajos del Consejo de Europa en la materia de la protección de las personas con trastorno

mental han continuado plasmándose en la reciente Recomendación Rec(2004)10 sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental que establece un marco de regulación para estos problemas. Nuestro país tiene un estándar de protección más elevado que la mayoría de los países europeos dado que partimos del principio de total equiparación previsto en el artículo 20 de la Ley 14/1986 General de Sanidad complementado por la legislación de autonomía del paciente. Por ello, las condiciones para el tratamiento involuntario de una persona con enfermedad mental, en internamiento o en la comunidad, son que se trate de enfermedad mental propiamente dicha (conforme a los criterios médicos internacionalmente aceptados), que ésta sea grave, que carezca de capacidad para emitir consentimiento informado válido y que exista riesgo constatado de que la ausencia del tratamiento sea gravemente perjudicial para la salud de la persona.

DÉCIMA.—Podemos hablar de dos principios básicos a la hora de adoptar una medida de tratamiento involuntario comunes a todas las legislaciones: los principios de legalidad y de prohibición del exceso. El respeto al principio de legalidad se fundamenta en que estamos hablando de una injerencia en derechos básicos. Tiene una vertiente formal pero también, a mi juicio, una vertiente material que se descompone en la exigencia de protección de un fin constitucional legítimo y socialmente relevante (en nuestro caso la protección de la salud de las personas que sufren trastornos mentales en el sentido de protección del interés individual del afectado y dirigido hacia su beneficio directo), de tipicidad (que se concretan en la existencia de una situación objetiva de riesgo grave y constatable, en cuya apreciación debe contarse con el sistema de valores de la persona afectada por la medida, y de un trastorno mental también grave que implica que la medición y acreditación de que la capacidad de la persona no alcanza el nivel en el que se sitúa el umbral a partir del que se estima que la decisión no es autónoma debe responder a criterios objetivos —claramente constatables—, materiales —determinables conforme a los criterios de la ciencia médica— y no centrados en los potenciales resultados perjudiciales de la decisión sino en la racionalidad del proceso lógico de adopción de la misma) y de previsión de condiciones de protección (cuyo principal exponente, aunque no el único, es el acceso a un recurso efectivo, con distinta configuración en las distintas legislaciones examinadas). El principio de prohibición del exceso o de proporcionalidad en sentido amplio responde a la exigencia de que las intervenciones no se aparten del fin de protección. Se descompone en otros tres que son el de idoneidad de la medida (que debe ser adecuada en sus aspectos cualitativos y cuantitativos, respondiendo de esta última exigencia una elemental previsión de revisabilidad), de necesidad de la medida o de la alternativa menos restrictiva (que responde a la necesidad de utilizar la medida menos lesiva de entre las que pueden alcanzar el resultado exigido por la norma) y de proporcionalidad en sentido estricto (que implica un juicio de ponderación que atienda a la necesidad del sacrificio del derecho constitucional afectado y a que, si este es necesario, las injerencias deben ser las mínimas posibles).

UNDÉCIMA.—Podemos establecer la siguiente estructura de medidas civiles de tratamiento ambulatorio involuntario en el contexto comparado: 1) las medidas vinculadas al internamiento involuntario (con dos modelos, el sistema de «libertad a prueba» y el sistema de la «alternativa menos restrictiva a la hospitalización»); 2) las medidas vinculadas a la declaración de incapacidad; 3) las medidas con sustantividad propia. A mi juicio, el nacimiento de la nueva medida no surge sólo como ampliación del supuesto de hecho aplicable a los casos de internamiento involuntario sino que acoge en su seno elementos propios de los sistemas de incapacidad personales (es decir, una serie de facultades cuyos aspectos más importantes son la determinación de lugar de residencia, requerimientos de asistencia a lugares determinados para tratamiento y rehabilitación psicosocial y facultades del personal sociosanitario de reconocer en lugares distintos al hospital), de los elementos que ilustran la evolución legislativa del derecho al consentimiento informado (determinación de la capacidad de decisión, designación de personas que ejercen el consentimiento por representación o sustitución, incidencia de las instrucciones previas…) y la elaboración de un nuevo marco de consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento. Desde finales de la década de los 90 del siglo XX, puede apreciarse un proceso de expansión de este tipo de intervenciones en el contexto internacional bien mediante la potenciación de las figuras clásicas, bien mediante la introducción de medidas de última generación, proceso que ha sido objeto de fuertes polémicas.

DUODÉCIMA.—Nuestro ordenamiento se aparta de aquellos sistemas que estiman que los trastornos mentales graves son problemas propios de las medidas de salud pública para adoptar el patrón general de la determinación de la capacidad de decisión para la prestación del consentimiento informado y la adopción de modelos de consentimiento por representación o sustitución en los casos de tal ausencia. El artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece, para el caso de adultos, que el otorgamiento del consentimiento por representación se otorgará en dos casos: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y b) cuando el paciente esté incapacitado legalmente». El artículo no distingue ni tipos de tratamiento ni lugares de realización (hospital o servicios en la comunidad). Dentro del marco de la declaración de incapacitación, existe una importante corriente jurisprudencial y doctrinal que admite la flexibilidad de los sistemas de guarda (mediante fórmulas como la denominada «curatela para tratamiento») o la adopción de medidas concretas con fundamento en los artículos 216 y 158 del Código Civil. Fuera del marco del proceso de incapacitación, se ha desarrollado en algunos juzgados la práctica de adopción de medidas de este tipo centradas en el procedimiento de internamiento involuntario en aplicación del principio «quien puede lo más, puede lo menos». En los dos casos referenciados surgen importantes problemas de aplicación y evidentes carencias de regulación

para su conformidad con el marco del Convenio de Oviedo y las recomendaciones internacionales. En la actualidad se está debatiendo una proposición de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y un proyecto de ley de jurisdicción voluntaria tendentes a recoger las garantías básicas de adopción de estas medidas con fundamento en las citadas recomendaciones internacionales, proposición y proyecto que, como en los restantes países, no han estado exentos de polémica.

DECIMOTERCERA.—A diferencia de la mayoría de los países de nuestro entorno, en España los tratamientos involuntarios en salud mental derivados de la protección de terceras personas se ciñen al ámbito penal. Lo anterior no significa que no existan situaciones concretas atendibles fuera del marco penal centradas en el modelo que hemos denominado condición/beneficio como son los casos de protección del interés de los menores o los de autorización para el ejercicio de determinadas actividades. Podemos distinguir tres fuentes básicas de tratamientos involuntarios derivados del ámbito penal: a) por imposición de una medida de seguridad; b) por cuestiones propias del proceso penal; c) por aplicación de reglas de conducta en los denominados sustitutivos de las penas privativas de libertad.

DECIMOCUARTA.—En el ámbito de las medidas de seguridad, podemos distinguir los siguientes problemas de aplicación práctica: a) la distinción de criterios con el dispositivo civil operada tras las reformas de 1983; b) los límites en la aplicación de mecanismos de diversión (artículo 637.3 LECrim); c) la imposible aplicación en los casos de simples faltas; d) la discutible imposición (a mi juicio imposible) en los casos de atenuantes por analogía; e) las dificultades de aplicación del límite máximo tanto en la medida de internamiento como en las medidas no privativas de libertad; f) la ausencia de normas que disciplinen la acumulación jurídica; g) la concurrencia frecuente de otras medidas de aplicación simultánea.

DECIMOQUINTA.—En el terreno de la aplicación por cuestiones propias del proceso penal, nuestro ordenamiento se aparta del contexto general en la medida en que no es posible el tratamiento involuntario en los siguientes casos: a) aplicación de medidas de seguridad con carácter cautelar (estas no existen en nuestro ordenamiento); b) durante el período de observación; c) en los casos de pérdida de la capacidad procesal. La Ley Orgánica 15/2003 ha resucitado la posibilidad de aplicación de tratamiento involuntario en los casos de pérdida de capacidad para comprender el sentido de la pena del artículo 60 del Código Penal, quebrando, a mi juicio, el sistema general establecido en el Código para la imposición de medidas de seguridad.

DECIMOSEXTA.—Las reglas de conducta en los sustitutivos penales se fundan en criterios diferenciados de los de la medida de seguridad (imposición directa). Su concepto radica en el que hemos denominado modelo condición/beneficio. Se distinguen tres casos distintos entre sí: a) la suspensión de la ejecución; b) la sustitución de las penas privativas de libertad; c) la libertad condicional. Pese a la falta de formulación legal expresa, el tratamiento en materia de salud mental es perfectamente factible como regla de conducta tanto en la suspensión como en la sustitución. Varias razones avalan este aserto: a) el carácter de «numerus

apertus» de la regla 6ª del artículo 83 nº 1; b) el evidente paralelismo del artículo con el artículo 105 nº 1 referente a las medidas de seguridad; c) la existencia de otro tipo de tratamiento médico análogo (el de las dependencias) en el artículo 87; d) la fijación expresa de esta posibilidad en otra forma de sustitutivo penal (la libertad condicional); e) el referente del Derecho comparado, en el que las formas de *probation* o *sursis* comprenden estas formas de tratamiento involuntario. A diferencia de la suspensión de la ejecución, la sustitución no establece consecuencias expresas para el incumplimiento de los deberes o reglas de conducta, lo que da lugar a consecuencias absurdas en el terreno práctico. *Lege ferenda* sería deseable la modificación del artículo para permitir la revocación del beneficio en el caso de incumplimiento grave de las reglas o deberes impuestos. La aplicación de reglas de conducta es más amplia en la libertad condicional, puesto que remite también a las medidas de seguridad. Los problemas fundamentales que diferencian este caso de los anteriores son los que siguen: a) la ausencia de plazo de duración determinado; b) la distinta naturaleza en los presupuestos de imposición; c) el automatismo de la revocación en caso de inobservancia de la regla de conducta.

DECIMOSÉPTIMA.—Dentro del amplio marco de lo que se entiende hoy día por «salud mental», existen tres áreas con características que hemos considerado dignas de estudio separado: la atención a las dependencias, la denominada «patología dual» y la atención a los menores de edad.

DECIMOOCTAVA.—La atención a las dependencias presenta importantes aspectos diferenciales que se centran en un hecho concreto: lo patológico resulta de la propia conducta, con independencia de que pueda existir una mayor o menor predisposición fisiológica, siendo el objetivo central del tratamiento la interrupción de tal conducta y el hacer posible la rehabilitación. El tratamiento de la conducta se diferencia del de la enfermedad en que intenta modificar un modo de vida. Aunque es teóricamente posible la incapacidad de una persona afectada de abuso del alcohol o de drogodependencias, lo cierto es que este suceso, en la práctica, es muy escaso y las posibilidades de tratamiento civil por la vía de la incapacidad de decisión también, salvo en los supuestos de urgencia. Las dependencias presentan también aspectos diferenciales en lo concerniente a la aplicación del tratamiento involuntario en caso de protección de terceras personas. Tales son: a) la despenalización del consumo que tiene carácter de infracción administrativa (siguiendo el ejemplo italiano) en la que puede utilizarse el sistema de suspensión de la sanción previsto en el artículo 25.2 L.O.1/1992 y R.D. 1079/1993, de 2 de julio (este tipo de medidas diferencia nuestro ordenamiento de otros como el francés); b) en materia de dependencias, el Tribunal Supremo admite la aplicación de medidas de seguridad en los casos de la atenuación del artículo 21.2 y en la atenuación analógica del 21.6 en relación con el artículo 21.1, solución materialmente justa pero criticable desde un punto de vista técnico, dado que se adopta un tratamiento involuntario sin previsión legal expresa; c) la suspensión de la ejecución en materia de dependencias está especialmente regulada en términos

más amplios en el artículo 87 del Código Penal; d) se aprecia la escasa precisión y adaptación de esta medida a la libertad condicional, estimando que pueden servir de orientación (no son vinculantes al ser una mera recomendación internacional) las medidas previstas en la Rec(2003)22 , de 24 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la libertad condicional; e) la Ley Orgánica 15/2003 ha introducido una nueva atenuación en el artículo 376 del Código Penal, mediante la introducción de la figura del consumidor-traficante (los problemas fundamentales que plantea, desde el punto de vista del éxito del tratamiento, es que el tiempo de duración del mismo está directamente vinculado a las circunstancias temporales del proceso y la valoración del buen resultado puede verse condicionada por la presión que los profesionales sanitarios puedan recibir al poder depender de su dictamen el futuro de su paciente).

DECIMONOVENA.—La patología dual o concurrencia de la enfermedad mental con el uso de sustancias es un supuesto muy frecuente. Los problemas fundamentales que presenta en lo concerniente al objeto de nuestro estudio, son los que siguen: a) fraccionamiento de los sistemas de atención sanitaria que impide la accesibilidad al servicio; b) la dificultad de la detección del problema; c) la insuficiencia de estudios epidemiológicos; d) su mal pronóstico y dificultad de tratamiento; e) la aparente relación de esta forma de comorbilidad con la existencia de infracciones penales.

VIGÉSIMA.—El área del menor genera aspectos diferenciales de importancia. En el ámbito civil se centran en la existencia de una red asistencial separada de la de adultos cuyo desarrollo en España dista mucho de ser adecuado, en aspectos diferenciales en el ámbito de la prestación del consentimiento informado derivadas del hecho madurativo y en la existencia de un sistema de protección amplio para los casos de riesgo y desamparo del menor. En el ámbito penal, la L.O. 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su Reglamento recogen la medida de tratamiento ambulatorio, sola o como complemento de otra medida, con una regulación propia. Como novedades presenta la imposibilidad del tratamiento de deshabituación coactivo en el ámbito de las dependencias. Sigue presentando, no obstante, problemas importantes como son la deficiente regulación de las medidas cautelares y la confusión entre los operadores con los dispositivos civiles. La nueva L.O. 8/2006 ha introducido novedades en el plazo de duración de las medidas dado que, como complemento de la libertad vigilada, la medida de tratamiento ambulatorio puede llegar hasta 6 meses en las faltas y, en el caso de los menores de 16-17 años, la medida puede alcanzar hasta 6 años, supuestos que no se producen en el derecho penal de adultos cuya imposición es discutible en las faltas y tiene un límite de cinco años para los delitos.

VIGÉSIMA PRIMERA.—Los denominados «Juzgados de Solución de Problemas» tuvieron su origen en Estados Unidos en la última década del siglo pasado. Su expansión en el contexto internacional es hoy día un hecho. Junto a ello, se ha elaborado una teoría o filosofía jurídica denominada «therapeutic jurisprudence» que

supone el «uso de las ciencias sociales para el estudio del alcance en que una norma o práctica legal promueve el bienestar psicológico y físico de la persona a que afecta» (SLOBOGIN). En el ámbito judicial norteamericano se han desarrollado fórmulas de «therapeutic jurisprudence» o «Derecho Terapéutico» para los problemas civiles y penales de salud mental y tratamiento de dependencias. Junto a la creación de juzgados especializados, podemos citar, como más relevantes, el refuerzo de los servicios especializados anejos al juzgado, la buena relación con la red ordinaria de servicios socio-sanitarios, el seguimiento constante mediante controles periódicos, los sistemas de refuerzo y respuesta inmediata en las crisis y el esfuerzo por conseguir la participación constante de los afectados por las medidas. El problema de la patología dual está siendo objeto de atención en los programas anteriormente referenciados pero las dificultades en la aplicación práctica hacen que los planteamientos sean más largos en el tiempo, intensivos, pausados, flexibles y acomodados a los déficits cognitivos individuales.

VIGÉSIMA SEGUNDA.—En el marco civil, en España comienzan a aparecer Juzgados especializados (no como jurisdicción especializada sino como consecuencia del sistema de reparto entre los distintos juzgados civiles de una misma plaza) y Servicios integrados en las Fiscalías especializados con escasa dotación de medios personales y materiales. La experiencia más desarrollada de tratamiento ambulatorio involuntario se está desarrollando en San Sebastián. Aunque la petición de la existencia de profesionales especializados en el marco de la incapacidad viene de antiguo y ha sido objeto de recomendaciones de nuestro Defensor del Pueblo, todavía sigue siendo un problema a resolver.

VIGÉSIMA TERCERA.—El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene la estructura adecuada para servir de introducción de los principios de «juzgados de solución de problemas» y «Derecho Terapéutico» antes examinados, al modo de las denominadas *reentry courts*. Sin embargo, la posibilidad de que tales juzgados puedan convertirse en el mecanismo general para ello es difícil por: a) la configuración jurídica de este tipo de juzgados que no abarca todas las funciones de ejecución ni todos los casos que hemos visto de aplicación de tratamientos involuntarios; b) los escasos medios que presentan los servicios sociales penitenciarios pese a la ampliación de sus funciones por el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo; c) la insuficiencia de la red de servicios sociosanitaria para la atención de estos problemas y su falta de coordinación con el sistema judicial que hace ilusorio el planteamiento de esquemas como los trazados en Estados Unidos.

VIGÉSIMA CUARTA.—Los tratamientos ambulatorios involuntarios en la comunidad siguen siendo objeto de polémica centrada fundamentalmente en cuatro aspectos: 1) el debate sobre su eficacia; 2) el debate sobre la posible ruptura de la alianza terapéutica e incremento de la coerción; 3) el debate sobre los medios y la concepción de los servicios; 4) la indefinición del marco de responsabilidades. Estos problemas no son sólo objeto de la ciencia médica sino que abarcan un amplio campo de cuestiones de índole filosófica, política, jurídica… Sin embargo, hay cada día más evidencia de que el uso de estas medidas ha sido cuantitativamente

limitado, que puede ser una alternativa menos restrictiva que el internamiento y la declaración de incapacidad, que el tratamiento involuntario no es equiparable en modo alguno a tratamiento forzado, que las medidas han permitido la aplicación de tratamiento (no sólo farmacológico sino entendido en un sentido integral) a los pacientes que se han beneficiado de su aplicación y cada vez hay un mayor consenso en admitir que produce una mejora objetiva en un reducido grupo de pacientes tanto por los gobiernos (que están impulsando su aplicación) como por las asociaciones profesionales.

VIGÉSIMA QUINTA.—Son, sin duda, muchos los problemas que atañen a la salud mental en nuestro país. Probablemente los más importantes son los que atienden al desarrollo de las normas antidiscriminación de las personas con discapacidad, la planificación y dotación presupuestaria de los medios, la solución de los problemas de coordinación entre los recursos sanitarios y sociales, y el estatuto de los cuidadores no profesionales

VIGÉSIMA SEXTA.—El problema de la involuntariedad en los tratamientos es sólo una pieza más de este conjunto y, sin duda, no la más importante. Una adecuada solución de los problemas que plantea permitirá contar con una herramienta más para poder atender un grupo de casos cuantitativamente pequeño pero cualitativamente importante. Ni es una solución global, ni puede sustituir al sistema socio-sanitario. Partidarios y detractores de la regulación coinciden en un extremo: sólo el desarrollo de un sistema que ofrezca una amplia gama de servicios adecuados a las diferentes situaciones que pueden presentarse, accesible y de calidad permitirá el avance en los derechos humanos de las personas con enfermedad mental.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.—Mi posición es favorable a la aplicación de estas medidas dado que pueden obtenerse resultados beneficiosos para los afectados, pero restrictiva en cuanto su aplicación exige la existencia de un marco legal adecuado y salvaguardas jurídicas precisas para que su adopción siempre esté presidida por los principios de legalidad y prohibición del exceso, no pudiendo constituir un sistema de atención generalizable ni realizarse de espaldas a la concreta situación socio-asistencial de cada lugar de la geografía en que se pretenda su aplicación. La necesidad de una mayor coordinación entre los servicios sanitarios, sociales y del sistema judicial se hace una vez más patente como lo ha sido en otros marcos como el del transporte sanitario en el caso de urgencias psiquiátricas.

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agencia Madrileña para la tutela de adultos. *Tutela de personas adultas. Guía de información y recursos*. Comunidad de Madrid, 2000

Ahern, Laurie/Fisher, Daniel. «Personal Assistance in Community Existence. A recovery guide» National Empowerment Center, Lawrence, MA, 1999 (disponible en Internet www.power2u.org/pace_manual.pdf)

Almansa Pastor, Jose Mª. *Derecho de la Seguridad Social.* Editorial Tecnos, 6º edición, Madrid, 1989

Alonso Seco, Jose Mª/Gonzalo González, Bernardo. *La asistencia social y los servicios sociales en España.* Boletín Oficial del Estado. 2ª edición. Madrid, 2000

Alonso Suárez, María/Bravo Ortiz, Mª Fe/Fernández Liria, Alberto. «Origen y desarrollo de los programas de seguimiento y cuidados para pacientes mentales graves y crónicos en la comunidad». En *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría.* Año XXIII, octubre-diciembre de 2004, nº 92, páginas 3457 a 3483.

Alvarez-Uria, Fernando. *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Tusquets editores, Barcelona, 1983

Allen, Michael y Smith Vicki F. «Opening Pandora's Box: The practical and legal dangers of involuntary outpatient commitment» *Psychiatric Services* 52:342-346, 2001)

Amador, Xavier F./Kronengold, Henry. «The description and Meaning of Insight in Psychosis», En la obra conjunta de Amador, Xavier F. y David, Anthony S. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 1998 (1ª edición), páginas 15 a 32.

American Psychiatric Association. *A vision for the Mental Health System.* April 3, 2003

American Psychiatric Association. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document*. Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference nº 990007

American Psychiatric Nurses Association. Position Papers. *Mandatory Outpatient Treatment*, approved by the APNA Board of Directors, January 2003.

Amering, Michaela/Stastny, Peter/Hopper, Kim. «Psychiatric advance directives: qualitative study of informed deliberations by mental health service users». *British Journal of Psychiatry* (2005), 186, 247-252.

Aparicio Basauri, Víctor/Sánchez Gutierrez, Ana-Esther «Norma y Ley en la Psiquiatría Española (1822-1986)» En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 21 a 42

Appelbaum, Paul S. «Ambivalence codified: California´s new outpatient commitment statute». *Psychiatric Services*, January 2003, Vol. 54, nº 1, páginas 26 a 28.

Appelbaum, Paul S. «Psychiatric Advance directives and the Treatment of Committed Patients». *Psychiatric Services* July 2004, Vol. 55, nº 7, páginas 751 a 763.

Appelbaum, Paul S. «Thinking carefully about outpatient commitment». *Psychiatric Services*, March 2001, Vol. 52, nº 3, páginas 347 a 350;

Appelbaum, Paul S. «Assessing Kendra's Law: Five Years of Outpatient Commitment in New York». *Psychiatric Services*. July 2005, Vol. 56, nº 7, páginass 791-792.

Arenal, Concepción. «Ley de dementes» en *Artículos sobre beneficiencia y prisiones. Volumen III.* Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999. Edición digital (www.ua.es) basada en la edición de Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1900 (Obras completas de Concepción Arenal; 20) - Localización: Biblioteca de Magisterio de la Universidad de Alicante. Sig. ED FA 0/0019 y ED FA 0/0065.

Arenal, Concepción. «*Moral médica» en* Artículos sobre beneficiencia y prisiones. Volumen III. *Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999.* Edición digital (www.ua.es)

Asenjo Garzón, Fernando. «La experiencia de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos: adecuación de su actividad a las exigencias legales» en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII*, Ministerio de Justicia, 1997, páginas 293 a 308

Asociación de Enfermos mentales para la Integración Social – AEMIS. Comunicado de 3 de marzo de 2005

Asociación Española de Neuropsiquiatría. *Circular sobre la situación actual del internamiento psiquiátrico*. Revista de la A.E.N. nº 9, año IV, enero/abril de 1984

Asociación Española de Neuropsiquiatría. *Documento AEN sobre la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario*. Aprobado por la Junta Directiva de la AEN en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005 en Madrid (disponible en internet http://www.asoc-aen.es/web/docs/TAI05.pdf)

Asociación Española de Neuropsiquiatría. *Comunicado aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría ante el nuevo proyecto de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario.* Madrid, 13 de Noviembre de 2006. (Disponible en internet: http://www.asoc-aen.es/web/docs/infoTAI06.pdf)

Asociación Mundial de Psiquiatría. *Declaracion de Hawaii* aprobada por la Asamblea General en 1977 y actualizada en Viena en 1983 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

Asociación Mundial de Psiquiatría. *Declaración de Madrid* aprobada por la Asamblea General en 1996 y actualizada en Yokohama en 2002 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

Asociación Mundial de Psiquiatría. *WPA Statement and Viewpoints on the Rights and Legal Safeguards of the Mentally Ill.* Adopted by the WPA General Assembly in Athens, I7th October, 1989 (disponible en la página web oficial http://www.wpanet.org/home.html)

Assemblée Nationale Française. *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution, n° 1459, de m. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, par Mme Maryvonne Briot députée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004.* Douzième législature, Rapport nº 1598 (Disponible en internet: http://assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r1598.pdf)

Bacigalupo Zapater, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General.* Editorial Akal/iure (4ª edición). Madrid, 1997

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barbéns, Francisco de. *Los enfermos de la mente. Estructura, funcionamiento y reformas que se imponen en los manicomios.* Luis Gili Editor. Librería Católica Internacional, Barcelona, 1914

Barlett, Peter y Sandland, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice,* Oxford University Press, New York, 2003

Barlett, Peter. *Blackstone's Guide to The Mental Capacity Act 2005.* Oxford University Press, New York, 2005, páginas 1 a 19

Barr, William B.K. «Neurobehavioral Disorders of awareness and their Relevance to Schizophrenia». *Op. cit.* (1ª edición) páginas 107 a 141

Barrios Flores –«El tratamiento involuntario: perspectiva jurídica». News. [Soc. Esp. Psiquiatr. Legal] 2005; 12. Disponible en Internet www.psiquiatrialegal.org/TratamientoAmbulatorioInvoluntario.pdf-)

Barrios Flores, Luis Fernando. «La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica». En *La respuesta Judicial ante la enfermedad mental.* Consejo General del Poder Judicial. Curso realizado entre los días 26 a 28 de abril de 2006 en Madrid.

Barton, Russel. *La neurosis institucional.* Editorial Paz Montalvo. Madrid, 1974

Basaglia, Franco.» La institución de la violencia» en *La institución negada. Informe de un hospital psiquiátrico.* Barral Editores, S.A., Barcelona, 1970, páginas 126 a 169

Basaglia, Franca Ongaro. «I vent'anni della legge 180» *Psiquiatria On line Italia (POLIT). Speciale «Vent'anni di 180»,* disponible en Internet (http://www.priory.com/ital/180/index.htm)

Bauer, *Lo que debe ser el manicomio provincial.* Imprenta de Jesús López. Madrid, 1925

Bazelon Center *Position Statement on involuntary commitment* (www.bazelon.org);

Beauchamp, Tom L. y Childress, James F. *Principios de Ética Biomédica.* Editorial Masson, Barcelona, 2002

Behnke, Stephen/Perlin, Michael L./Bernstein, Marvin. The essentials of New York Mental Health Law. W.W. Norton & Company, Ltd., 2003

Bender, Eve. **«**Positive Results Lead to Renewal Of Outpatient Commitment Law» *Psychiatric News* August 19, 2005,Volume 40, Number 16, página 7

Berbell, Carlos/Ortega, Salvador. *Psicópatas criminales. Los más importantes asesinos en serie españoles.* La esfera de los libros, S.A., Madrid, 2003

Bercovitz – «La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud» en *ADC* nº 4, 1984

Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo. «El régimen de internamiento involuntario en centros sanitarios», en VV.AA., *Psiquiatría legal y forense,* Editorial COLEX. Madrid, 1994

Bercovitz Rodriguez-Cano, Rodrigo. «La incapacitacion de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter ciclico». *Poder judicial*, numero 3, septiembre de 1986

BERCOVITZ, Rodrigo. *La marginación de los locos y el derecho.* Ed. Taurus. Madrid, 1976

BERG, Jessica/APPELBAUM, Paul S./LIDZ, Charles W./PARKER, Lisa S. *Informed Consent. Legal Theory and Clinical Practice*. Second Edition. Oxford University Press. New York, 2001

BERRIOS, German E./MARKOVÁ, Ivana S. «Insight in the psychoses: a conceptual history» En la obra conjunta de AMADOR, Xavier F. y DAVID, Anthony S. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 31 a 50

BINDMAND, Jonathan/PINFOLD, Vanessa/HATFIELD, Barbara/CANVIN, Krysia/BARLETT, Annie/THORNICROFT, Graham. *National Evaluation of Supervised Discharge and Guardianship*. University of Manchester. September 2001, disponible en internet: http://web1.iop.kcl.ac.uk/IoP/Departments/HSR/PRiSM/Topics/SD&Grep.pdf).

BLUGLASS, Robert. «The recent Mental Health Act in the U.K.» En ROTH, Martin/BLUGLASS, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985. Páginas 19 a 31.

BOHNERT, Cornelia, *Unterbringungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000

BOIX REIG, Javier y MIRA BENAVENT, Javier. «La reforma penal en relación con la problemática de la droga» en VV.AA. *Problemática jurídica y psicosocial de las dorogas,* Generalitat Valenciana, Conselleria de Sanitat y Consum, Monografías sanitarias Serie A (Estudis), Valencia, 1987

BOUMAZA, A. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Vol. II*, Éditions du Centre technique national d'études et de recherches sur les handicaps et les inadaptations. París, 2002, 4ª edición

BOUSOÑO GARCÍA, M./BOBES GARCÍA, J./GARCÍA PRIETO, A. «Regulación de la hospitalización forzosa», artículo integrado en la obra conjunta *Medio siglo de psiquiatría en España*. Editorial Libro del Año, S.L. Madrid, 1992, páginas 243 a 262

BRILL, Karl-Ernst, *Psychisch Kranke im Recht. Ein Wegweiser*, Psychiatrie Verlag, Bonn, 1999

BRUNO, Francesco/DE PASQUALI, Paolo/BONA, Iliana. «The Italian System from a Forensic psychiatric Perspective». En VV.AA. *Pathways to the management of mentally-ill offenders in the criminal justice system.* United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute. Publicación nº 48, Roma, diciembre de 1993, páginas 107 a 132

BÜHRING, Petra. «Psychiatrie-Reform: Auf halbem Weg stecken geblieben». *Deutsches Ärzteblatt/Jg.* 98/ Heft 6/ 9 Februar 2001, Páginas A-301 a A-307.

BURNS, Tom. «Supervised discharge orders» *Psychiatric Bulletin* (2000) 24; 401-402

BURSTON, Daniel. *The Wing of Madness. The life and work of R.D. Laing,* Harvard University Press, 1996

BUSTO LAGO, José Manuel «Violencia de género y relaciones de familia (especial consideración de la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia

de género)». El Derecho Editores. Bases de Datos de Bibliografía El Derecho. Fecha de publicación: 29 de diciembre de 2005 (EDB 2005/206589).

CABALEIRO GOÁS, Manuel. Memoria sobre la organización de un «área piloto» de asistencia psiquiátrica en la provincia de Orense patrocinada por la Organización Mundial de la Salud y la Excma. Diputación Provincial de Orense.

CABALLERO, Francis y BISIOU, Yann. *Droit de la Drogue.* Dalloz, 2e édition, París, 2000,

CALVÉ PÉREZ, Alfonso. *El manicomio de Valencia en la primera mitad del siglo XIX. Contribución al estudio de sus fuentes documentales.* Memoria para la obtención del grado de Licenciado en Medicina. Valencia, junio de 1971

CAMPOS MARÍN, Ricardo. *Alcoholismo, medicina y sociedad en España (1876-1923).* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1997.

CAMPOS MARÍN, Ricardo/MARTÍNEZ PÉREZ, José/HUERTAS GARCÍA-ALEJO, Rafael. *Los ilegales de la naturaleza. Medicina y degeneracionismo en la España de la Restauración (1876-1923).* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 2000

CAMPOS, Ricardo/HUERTAS, Rafael. «Estado y asistencia psiquiátrica en España durante el primer tercio del siglo XX». *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 65 enero/marzo 1998

CANOSA, Rocco Presidente Nazionale di Psichiatria Democratica/LUPO, Emilio Segretario Nazionale di Psichiatria Democratica *Comunicado de 23. 06. 04* (disponible en internet: http://www.psichiatriademocratica.com/Nazesteri/ciriprovano.htm)

CANOSA, Romano. *Storia del manicomio in Italia dall'unità a oggi.* Feltrinelli Editore, Milano, 1979

CAPLAN, Gerald. *Principios de Psiquiatría Preventiva (1964),* traducción de Edith Rodríguez Daverio, Ed. Paidós Ibérica S.A. Barcelona, 1996

CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «comentario al artículo 172 del Código Penal» en VV.AA. (coordinados por VIVES ANTÓN, Tomás S.) *Comentarios al Código Penal de 1995.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Vol. I, páginas 881 y ss.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, Jose-Luis. «Comentario al artículo 224 del Código Penal» en VV.AA. (coordinados por VIVES ANTÓN, Tomás S.) *Comentarios al Código Penal de 1995.* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 Vol. I, página 1065.

CARRASCO GÓMEZ, Juan-José. *Responsabilidad médica y psiquíátrica.* 2ª Edición. Editorial Colex. Madrid, 1998.

CARRASCO GÓMEZ, Juan-José/MAZA MARTÍN, Jose-Manuel. *Manual de Psiquiatría Legal y Forense* (3ª Edición). Editorial La Ley. Madrid, 2005

CARRASCO GÓMEZ, Juan-José. «Tratamiento ambulatorio involuntario en personas con trastornos psíquicos» *Revista de Psiquiatria Forense y Ley* Año 2, volumen 2, núm. 1 – Santiago de Chile, Julio de 2006, páginas 14 a 23

CARRASCO MALDONADO, Carlos. *Memorias Anuales de la Fiscalía General de la República 1883-1934.* Imprenta Góngora, Madrid, 1935

CARRETERO PÉREZ, Adolfo. *La problemática jurídica de los subnormales en España*. Editoriales de Derecho Reunidas, S. A.. Madrid, 1977

CARVALHO, Alvaro de. «Saúde Mental: a efectiva integraçao no Serviço Nacional de Saúde» en VV.AA. *A Ley de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomedico. Instituto de Medicina Legal de Coimbra. Coimbra Editora, 2000.

CASAMADA Y TORRENT, Francisco. *Legislación y Guía para la Reclusión de Dementes en los Manicomios*. Imprenta de Henrich y Cª, en comandita. Barcelona, 1903

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español común y foral.* Tomo I, volumen II, Madrid, 1982

CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral.* Tomo V. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1985

CASTEJÓN BELLMUNT, Miguel-Angel; CRISTINA LÓPEZ, Rafael; FERNÁNDEZ AGUIRRE, María-Victoria. «Motivar en rehabilitación». En RODRÍGUEZ, Abelardo (coordinador). *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos.* Ediciones Pirámide. Madrid, 1997, páginas 124 a 130

CASTEL, François/CASTEL, Robert/LOVELL, Anne. *La sociedad psiquiátrica avanzada. El modelo norteamericano.* Editorial anagrama. Barcelona, 1980

CASTEL, Robert. *El orden psiquiátrico.* Ediciones La Piqueta. Madrid, 1980

CASTEL, Robert. *La gestión de los riesgos. De la anti-psiquiatría al post-análisis.* Editorial Anagrama. Barcelona, 1984

CASTILLA DEL PINO, Carlos. «El informe psiquiátrico penal». Conferencia pronunciada en el Seminario sobre la Protección de los Derechos y Libertades de los Enfermos Mentales en el Marco de la Reforma Psiquiátrica y Legislativa. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Sevilla, 27 de mayo de 1990.

CENTRE FOR ADDICTION AND MENTAL HEALTH. CAMH Best Advice Paper. *Community Treatment Orders: Overview and Recommendations. Experience of other* jurisdictions, Toronto, febrero de 2000 (revisado en marzo de 2001).

CEREZO MIR, José. «Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995» en Revista Jurídica Española LA LEY, 1996, volumen 3, D-217, páginas 1470 a 1478.

CEREZO MIR, Jose. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General (III).* Editorial Tecnos. Madrid, 2001

CLARK, Robin E. «Substitution between Formal and Informal Care for Persons with Severe Mental Illness and Substance Use Disorders» *The Journal of Mental Health Policy and Economics* 4, 123-132 (2001)

COBREROS MENDAZONA, Eduardo. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* HAEE-IVAP. Oñati, 1988

COMISIÓN DE JUSTICIA Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núms. 209 de 02/03/2005, 206 de 01/03/2005 y 209 de 02/03/2005

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Comunicado público: El sector de la discapacidad pide a los grupos parlamentarios del Congreso que

apoyen la regulación de los tratamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Madrid, 2 de marzo de 2005.

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.. *Claves para entender la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Disponible en Internet:* http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/71F353B1-DDB9-4217-A2C8-99F4D7876EBD/9258/ClavesparaentenderlaConvención.doc).

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. *Propuestas de enmiendas que propone el CERMI a determinados artículos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.* Madrid, enero de 2007. Disponible en internet: http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/EFAB36A2-DA60-4C42-AA89-73469618997A/9390/PropuestasdeenmiendasCERMILJVenero2007.doc

Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. «El tratamiento psiquiátrico obligatorio». *Encuentro*, Boletín de la FEAFES, nº 1, 1998

Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. Documento: *Memoria breve: tratamiento ambulatorio involuntario.* Madrid, febrero de 2004

Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental. *Propuestas de enmiendas que propone FEAFES a determinados artículos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.* Madrid, enero de 2007.

Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental.. «Entrevista». *Punto de Encuentro.Revista de la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental.* Junio de 2006. Número 14, páginas 18 y 19

Conferencia Ministerial de la OMS para la Salud Mental. *Declaración Europea de Salud Mental*. Helsinki, 12 al 15 de enero de 2005

Congreso de los Diputados. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 37 de 05/10/2004 (páginas 1593 a 1602).

Congreso Estatal sobre Tutela de las Personas Adultas Incapacitadas en Situación de Desamparo. San Sebastián los días 9 y 10 de marzo de 2006

Consejo General del Poder Judicial. «Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999». En *Estudios de Derecho Judicial*, número 26; Madrid, 2000

Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. *Informe del Comité de Estudio y Recomendaciones aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la problemática jurídico asistencial del enfermo mental*, pleno del día 13 de julio de 1988

CONSTANTINO, Maurizio. *Dangereux por lui-meme ou pour les autres.* Memoire pour le Diplôme de l'Ecole. Ecole des Hautes Etudes en Sciencies Sociales, Paris, 1985

COOPER, David. «Villa 21 – an experiment in anti-psychiatry» en *Psychiatry and Anti-Psychiatry.* Tavistock, London, 1967 (el artículo está disponible en Internet, http://www.laingsociety.org/colloquia/inperson/davidcooper/index.htm)

COOPER, David. *El lenguaje de la locura.* Editorial Ariel, Barcelona, 1979

CORCES PANDO, Valentín., «Marco General de la Reforma Psiquiátrica en España» en *Curso sobre internamientos psiquiátricos* organizado por la Fiscalía General del Estado en Córdoba los días 16, 17 y 18 de marzo de 1992

COUNCIL OF EUROPE. *Explanatory Memorandum* de la recomendación Rec(2001)12 elaborado por el *European Health Committee* (CM(2001)136 Addendum 1 12 September 2001

COUNCIL OF EUROPE. Explanatory Report to the Recommendation *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* CM(2004)97 Addendum 3 9 June 2004

COUNCIL OF EUROPE. *Rapporto di Alvaro Gil-Robles Commissario per i diritti umani sulla sua visita in Italia 10-17 giugno 2005.* Strasburgo, 14 dicembre 2005. CommDH(2005)9)

COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. *A Guide to Mental Health Court Design and Implementation.*New York, NY: Council of State Governments, 2005

COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. *Criminal Justice/Mental Health Consensus Project.* Nueva York, Junio de 2002 (disponible en internet http://www.consensusproject.org)

CPA. *Mandatory Outpatient Treatment.* Approved by the Canadian Psychiatric Association Board of Directors as a Canadian Psychiatric Association position paper on January 25, 2003

CHACÓN GIMÉNEZ-CUENCA, Fernando. *Reclusión de dementes.* Madrid, 1941

CHICHARRO LEZCANO, Francisco. «Tratamiento ambulatorio involuntario». En *Revista Norte de Salud Mental*, nº 19, 2004, páginas 6-8

DANISH COUNCIL OF ETHICS. *Conditions for psychiatric patients - a report.* (apartado «7.5.3 Coercion in outpatient treatment»); 1997 (disponible en internet: http://www.etiskraad.dk/graphics/03_udgivelser/engelske_publikationer/other_publications/ psychiat/ren.htm)

DAVIES, Steffan. «Compulsory treament in the community: current legal powers». *Advances in Psychiatric Treatment* (2002), vol. 8, páginas 180-188.

DAWSON et al. *The proper uses of Community Treatment Orders.* Auckland, 2002 (disponible en internet: http://legalresearch.auckland.ac.nz/docs/ProperUsesOfCommTOs.pdf)

DAWSON, John/ROMANS, Sarah «Uses of Community Treatment Orders in New Zealand: early findings» *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry* 35 (2001), 190-195 DAWSON, John/ROMANS, Sarah/GIBBS, Anita/RATTER, Nikki. «Ambivalence

about community treatment orders» *International Journal of Law and Psychiatry* 26; 243-255 (2003)

De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España.* Reedición de la editorial Civitas, Madrid, 1991

De Castro, Federico. «Incapacitación del imbécil». *Anuario de Derecho Civil*, año 1948, 1, páginas 291-302

Defensor del Pueblo. *Situación Juridica y Asistencial del Enfermo Mental en España*. Madrid, 1991

Defensor del Pueblo. Resolución de 11 de noviembre de 2005 (Expediente Q0411621).

Del Rosal Blasco, Bernardo/Ferreirós Marcos, Carlos-Eloy. «Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud» en *XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo. Toledo-Albacete. 19 al 22 de octubre de 2003*. Edita FISLEM y Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha. Albacete, 2004, páginas 147 a 214

Dell'acqua, Giuseppe. «Triestre veinte años después: de la crítica de las instituciones psiquiátricas a las instituciones de salud mental», artículo disponible en Internet (www.triestresalutementale.it).

Denckla, Derek y Berman, Greg. *Rethinking the revolving door,* Center for Court Innovation. New York, 2001

Department of Health. *Government response to the report of the Joint Committee on the draft Mental Health Bill 2004*, presented to Parliament by the Secretary of State for Health by Command of Her Majesty July 2005 (Cm 6624) (Disponible en internet: http://www.official-documents.co.uk/document/cm66/6624/6624.pdf)

Department of Health. *Reform of the Mental Health Act 1983: Proposals for Consultation.* Cm 4480 (the Green Paper) (disponible en internet: http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm44/4480/4480-00.htm)

Department of Health. *Review of the Mental Health Act, Report of the Expert Committee*. London: Department of Health, 1999 (http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/06/26/14/04062614.pdf)

Department of Health. *The Mental Health Bill. Plans to amend the Mental Health Act 1983. Supervised Community Treatment*. Briefing Sheet. A3. Gateway reference 6420. April 2006 (disponible en Internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/13/54/35/04135435.pdf)

Department of Health. *The Secretary of State for Health: Written Ministerial Statement on the Government's policy on mental health legislation*, publicado el 23 de marzo de 2006 (disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/PolicyAndGuidance/HealthAndSocialCareTopics/MentalHealth/Men talHealthArticle/fs/en?CONTENT_ID=4132141&chk=bAKou7)

Department of Health. *White Paper on the future of mental health services*, 1998

Department of Health *Illustrative Draft Memorandum*. 17 november 2006. Gateway reference 7410 (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/06/26/04140626.pdf)

Department of Health. *Draft Illustrative Code of Practice*. 17 november 2006. Gateway reference 7398. Apartado 12 A.9 (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/07/68/04140768.pdf).

Department of Health. Mental Health Bill 2006. Summary Guide. November 2006 (disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/04/99/04140499.pdf

Department of Health. *Mental Health Bill. Amending the Mental Health Act 1983. Supervised Community Treatment (SCT).* Briefing Sheet-SCT-A3. Gateway reference 6420. November 2006 (disponible en Internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/05/10/04140510.pdf)

Department of Health. *Mental Health Bill: Regulatory Impact assessment*. November 2006, páginas 12 y 13. (Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/14/05/01/04140501.pdf)

Department of Health. *The Mental Health Bill. Plans to amend the Mental Health Act 1983. Supervised Community Treatment*. Briefing Sheet. A3. Gateway reference 6420. April 2006 (disponible en Internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/13/54/35/04135435.pdf)

Despouy, Leandro. *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*. Publicación de las Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1993

Desviat, Manuel. «Salud Pública y Psiquiatría».*Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.,* 2001, vol XXI, n.º 77, pp. 125-133

Desviat, Manuel. *La reforma psiquiátrica.* DOR, S.L. Ediciones, Madrid, 1994

Dickey, Barbara et al. «Schizophrenia, Substance Use Disorders and Medical Co-morbidity» *The Journal of Mental Health Policy and Economics*, 3, 27-33 (2000)

Diez-Picazo, Luis y Gullon, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones* (6ª edición). Editorial Tecnos. Madrid, 1992

Diez-Picazo, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Editorial Civitas. Madrid, 1979 (reimpresión de 1992)

Diputación Provincial de Valencia. Archivo General y Fotográfico. *Llibre de Constitucions, Ordinacions e Indults apostolichs concedits a favor del Espital General de Valencia*

Diputación Provincial de Valencia. *Reglamento para la dirección facultativa del asilo de enagenados de Valencia*. Imprenta de Gimeno, frente al Miguelete, Valencia, 1845

Dirección General de Beneficencia y Sanidad. *Memoria acerca de la estadística de los manicomios*. Imp. Manuel Tello, Madrid, 1880

Dixon, Lisa. «Assertive Community treatment: Twenty-five years of gold». *Psychiatric Services*, June 2000, Vol. 51 nº 6, páginas 759 a 765.

Domènech Llabería, Edelmira/Corbella Corbella, Jacinto. «Aportación a la historia de la psiquiatría infantil en España. El período de formación de la especialidad (1880-1936) en *Orígenes y Fundamentos de la Psiquiatría en España.* Compilación de Víctor Aparicio

Basauri. ELA, 1997, páginas 145 a 177

Domingo Simo, F. y Calatayud Baya, J. *El primer Hospital Psiquiátrico del mundo.* Diputación Provincial de Valencia, 1959

Dörner, Klaus. *Ciudadanos y locos. Historia Social de la Psiquiatría.* Ed. Taurus. Madrid, 1974

Dougoud Spöerri, Lidia. «Asociaciones de familiares de enfermos mentales». En García, José/Espino, Antonio/Lara, Ladislao. *La psiquiatría en la España de fin de siglo.* Editorial Díaz de Santos. Madrid, 1998, páginas 279 a 284.

Doval Pais, Antonio. *Enajenación y trastorno mental transitorio: consecuencias jurídico-penales.* Universidad de Alicante, 1989

Drug and Alcohol Services Information System. *The Dasis Report. Substance Abuse Treatment Admissions referred by the Criminal Justice System: 2002* (disponible en internet http://www.oas.samhsa.gov/2k4/CJreferrals/CJreferrals.htm)

Durst, Rimona et al. «Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel». *Psychiatric Services*, May 1999. Vol. 50 nº 5, paginas 698 a 700

Elbogen, Eric B./Swanson, Jeffrey W./Swartz, Marvin S. «Psychiatric Disability, the Use of Financial Leverage, and Perceived coercion in Mental Health Services». En *International Journal of forensic mental Health.* 2003. Vol. 2 nº 2, páginas 119-127

Eleizegui, José de. *Figuras médicas: D. Jose Mª Esquerdo.* Ed. La España Médica, Madrid, 1914

El-Guebaly, Nady. «Simultaneidad de trastornos relacionados con sustancias y enfermedad mental: la experiencia norteamericana». En *World Psychiatry. Revista Oficial de la Asociación Mundial de Psiquiatría (WPA),* Volumen 2, Número 3, diciembre de 2004, páginas 182 a 187

Elósegui Sotos, Aurora. «Informe-Ponencia para el Taller de Bilbao-Junio/2003 y para el Curso sobre Derecho de familia y Tutela Octubre/2003 del Consejo General del Poder Judicial». Publicado en *Punto de encuentro*, Revista de la FEAFES, nº 6 de 2003

Elum López, Pedro. *Los orígenes de los Furs de Valencia y de las Cortes en el siglo XIII*, Biblioteca Valenciana, Valencia, 2001

Emcdda, *Statistical Bulletin 2005*, disponible en Internet en: http://stats05.emcdda.europa.eu/en/elements/dlotab04-en.html

Eribon, Didier. *Michel Foucault.* Editorial Anagrama. Barcelona, 1992

Erickson, Steven K./ Erickson, Patricia E./Campbell,Amy. «Treatment Compliance and Child Custody». *Psychiatric Services* 56:756, June 2005

Escalas Real, Jaime. «La legislación manicomial española en la letra y en la práctica» en *Archivos de Neurobiología,* nº 3 del Tomo VII, 1927

Escalonilla Morales, Blanca. «Los internamientos involuntarios: Extensión y ámbito legal», en *Seminario sobre internamiento de enfermos psiquiátricos en la nueva LEC y problemática actual*, celebrado en Valencia los días 9 y 10 de mayo de 2001, en el marco del Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Generalitat Valenciana para la formación continuada de Jueces y Magistrados con destino en la Comunidad Autónoma Valenciana

Escohotado, Antonio. *Historia de las drogas* (3 volúmenes). Alianza Editorial (7ª Edición). Madrid, 1998.

Espino Granado, Jose-Antonio. «La formación del psiquiatra en España: Apuntes a modo de introducción». En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 107 a 143

Espinosa Iborra, Julián. *El sistema sanitario de atención al enfermo mental.* En *Salud Mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho civil y penal. La peligrosidad.* Consejo General del Poder Judicial. 1994

Espinosa Iborra, Julián. *La asistencia psiquiátrica en la España del siglo XIX.* Cátedra e Instituto de Historia de la Medicina de Valencia, 1966

Esquerdo, Jose-María. *Locos que no lo parecen. Garayo el Sacamantecas.* Segunda Conferencia dada por el Dr. Esquerdo en la Facultad de Medicina. Publicaciones del Ateneo Médico Escolar. Imprenta y estereotipia de El Liberal. Madrid, 1881

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. *Drug-using offenders in the European Union 2000-2004*, 15 de junio de 2004

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. *Illicit drug use in the EU: Legislative approaches,* Lisboa, 2005

European Network of (Ex-) Users and Survivors of Psychiatry. *Congres of Vejle (Denmark). Report of Workshop 8. Human Rights/What is coercion in psychiatry and how to fight against it?.* Vejle, 17-21 July 2004. Disponible en Internet (http://www.enusp.org/congresses/vejle/reports/workshop8.htm)

Fábrega Ruiz, Cristóbal Francisco. «Aspectos de interés introducidos por la ley de protección patrimonial del discapacitado y la ley sobre igualdad de oportunidades». Seminario: *El Fiscal y la protección de las personas discapacitadas. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.* Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005

Fábrega Ruiz, Cristóbal. «La responsabilidad civil de los titulares de las instituciones de guarda por hechos realizados por incapaces». *Estudios del Ministerio Fiscal. V-2002.* Ministerio de Justicia. Madrid, 2002, páginas 525 a 561

Fabrega y Cortes, Magín. *Lecciones de práctica forense*, Barcelona, 1921

Fallon, Peter/Bluglass, Robert/Edwards, Brian/Daniels, Granville. *Report of the Committee of Inquiry into the Personality Disorder Unit, Ashworth Special Hospital* The Stationery Office. 12 January 1999. Disponible en internet: http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm41/4194/ash4194.htm)

Farge, Arlette/ Foucault, Michel. *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille.* Éditions Gallimard, Julliard, 1982.

Feder, Lynette, «Psychiatric Hospitalization History and Parole Decisions» en *Law and Human Behavior,* Vol. 18, nº 4, 1994, páginas 395 a 410

Feliu Rey, Manuel-Ignacio. *Comentarios a la ley de adopción.* Editorial Tecnos. Madrid, 1989

Fernández Aguirre, María-Victoria; Fernández Chavero, Jose-María; Eizaguirre de Luna, Luis. *«El campo de la rehabilitación psicosocial».* En *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos* (páginas 96 a 99)

FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús. «Imputabilidad y peligrosidad. La posición del enfermo mental en el C.P. y en la LECrim», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXI, CGPJ, 1994

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña «Principios jurídicos que informan la protección civil de los menores». EDB 2005/83298. Fecha de publicación: junio de 2005

FERNÁNDEZ, G. y NYGARD, S. «Impact of involuntary outpatient commitment on the revolving door syndrome in North Carolina». *Hospital and Community Psychiatry,* 1990, 41, 1001-1004

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta. Madrid, 1998

FERRANNINI, Luigi. Secretario Nazionale Società Italiana di Psichiatria. *La cura in psichiatria tra consenso e coazione.* (disponible en Internet: http://www.sip.puglia.it/articoli/EditorialeFerrarini.pdf)

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. «Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado», *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002,* páginas 698 a 707

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *El tratamiento ambulatorio: cuestiones legales y prácticas.* Colección CERMI. Cuaderno nº 24, Madrid, 2006 (disponible en Internet www.cermi.es)

FERRER I PINYOL, Albert. «Tratamiento ambulatorio involuntario» en *Encuentro*, Boletín de la FEAFES, nº 8, septiembre de 2004, página 40

FERRER I PINYOL, Albert/MASIP I QUINTANA, Joan/RODRÍGUEZ PIÑA, María. «Que esperan los *enfermos mentales* de los jueces». Seminario *La Salud Mental a debate.* 25 de mayo de 2006

FIORINO, M. Di/ SAVIOTTI, F.M. / GEMIGNANI, A. «Gli interventi non volontari: la gestione medica e le implicazioni legali» En *Il Giornale Italiano di Psicopatologia,* Vol. 10, June 2004, Issue 2. Disponible en Internet: http://www.sopsi.it/rivista/2004/vol10-2/difiorino.htm

FIRST EUROPEAN CONFERENCE OF USERS AND EX-USERS IN MENTAL HEALTH. *The Zandvoort Declaration on Common Interests.* Zandvoort, The Netherlands, October 1991 (disponible en internet, www.enusp.org)

FIRST, Michael B. y GLADIS, Madeline M. «Diagnóstico y diagnóstico diferencial de los trastornos psiquiátricos y por uso de sustancias» en SOLOMON, Joel et al. *Diagnóstico dual*, Ediciones en neurociencias, S.L., Barcelona, 1996

FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO. *Circulares relacionadas con la ley de peligrosidad y rehabilitación social.* Publicaciones Abella. Madrid, 1972.

FLEISCHNER, Robert D.: *An analysis of advance directive statues and their application to mental health care and treatment. Report to the National Association of Protection and Advocacy Systems.* Washington, DC, National Association of Protection and Advocacy Systems, 1998

FOUCAULT, Michel. «¿A qué llamamos castigar?», artículo publicado en 1978, recogido en *La vida de los hombres infames,* páginas 213 y 229.

FOUCAULT, Michel. «Encierro, psiquiatría, prisión. Diálogo entre David Cooper, Marie-Odile Faye, Jean-Pierre Faye, Michel Foucault y Marine Zecca (1977)». En *Un*

diálogo sobre el poder y otras conversaciones. Selección e introducción de Miguel MOREY. Alianza Editorial, Madrid, 2004, páginas 102 a 138

FOUCAULT, Michel. «Incorporación del Hospital a la tecnología moderna», en *La vida de los hombres infames,* Ediciones La Piqueta, Madrid, 1990

FOUCAULT, Michel. «La evolución de la noción de *individuo peligroso* en la psiquiatría legal», incluido en *La vida de los hombres infames,* Ediciones La Piqueta, Madrid 1990

FOUCAULT, Michel. «Más allá del bien y del mal» (1971), artículo recogido en *Microfísica del poder,* Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1979, páginas 31 a 44

FOUCAULT, Michel. «*Omnes et singulatim, hacia una crítica de la razón política»,* conferencia pronunciada en 1979, recogida en FOUCAULT, Michel. *La vida de los hombres infames. Op. Cit,* páginas 265 a 306

FOUCAULT, Michel. «Poder-cuerpo». Artículo publicado en la Revista *Quel Corps en septiembre de 1975.* Recogido en la obra *Microfísica del poder*, páginas 103 a 110

FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica.* Editorial S. XXI, Madrid, 1976

FOUCAULT, Michel. *El poder psiquiátrico. Curso en el Collège de France (1973-1974).* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2003

FOUCAULT, Michel. *Enfermedad mental y personalidad.* Ed. Paidos, Barcelona, 1991

FOUCAULT, Michel. *Historia de la locura en la época clásica.* Fondo de cultura económica. Madrid, 1991

FOUCAULT, Michel. *La arqueología del saber.* México D.F. 1979, Ed. Siglo XXI

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas.* Ed. Gedisa, Barcelona, 1998

FOUCAULT, Michel. «Nietzsche, la genealogía, la historia» (1971), publicado en *Microfísica del poder*, páginas 7 a 29

FOUCAULT, Michel. *Los anormales. Curso en el Collège de France (1974-1975).* Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, 2001

FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones.* Alianza Editorial. Madrid, 2004. Página 83

FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar.* Editorial Siglo XXI. Madrid, 1986

FOUCAULT; Michel *Yo Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano.* Ed. Tusquets, Barcelona, 1983

FOX, Aubrey y WOLF, Robert, V. *The future of Drug Courts. How States are Mainstreaming the Drug Court Model.* Center for Court Innovation, New York, 2004

FRANKLIN, Donna/PINFOLD, Vanessa/BINDMAN, Jonathan/THORNICROFT, Graham «Consultant psychiatrist' experiences of using supervised discharge» *Psychiatric bulletin* (2000) 24; 412-415

FROONINCKX, Gusta. Presidenta de EUFAMI, 1995. Editorial de *Encuentro,* Boletín de la FEAFES, nº 2, año 1995

FUENTES LOJO, Juan V. *Suma de la Propiedad por Apartamentos,* Barcelona, reimpresión de 1990, Tomo I.

FULFORD, K.W.M. «Values-Based Medicine: Thomas Szasz's Legacy to Twenty-First Century Psychiatry» y «Reply by Thomas Szasz» en *Szasz under Fire. The psychiatrist abolitionist faces his critics*. Edited by Jeffrey A. Schaler. Carus Publishing Company. Chicago and La Salle (Illinois), 2005. Páginas 57 a 177.

FULFORD, K.W.M., «Filosofía analítica, neurociencias y concepto de trastorno», en el libro conjunto de BLOCH, CHODOFF y GREEN *La ética en psiquiatría*; Editorial Triacastela. Madrid, 2001, páginas 161 a 188.

FULTON HORA, Peggy/SCHMA, William G./ROSENTHAL, John T. A. «Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement: Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America». *Notre Dame Law Review*, Volume 74, Nº 2, January 1999

FULLER TORREY, E/ZDANOWICZ, Mary. «Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom?» *Psychiatric Services* (2001) 52(3); 337-341

FUNDACIÓN CORDOBESA DE TUTELA. *La experiencia andaluza, un modelo de futuro*. FAISEM, 2005

GABINETE TÉCNICO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. «Informe del Gabinete técnico sobre algunas cuestiones que suscita el Título IX del Libro I del CC, reformado por la Ley 13/83 de 24 de octubre, del 23 de febrero de 1984». B.I. del Consejo General del Poder Judicial, Año IV, nº 24, abril 1984, págs. 29 y ss.

GALCERÁN GRANÉS, Arturo. *La medicina mental y los manicomios en Italia (apuntes de un viaje científico).* Tipografía de la Casa Provincial de la Caridad. Barcelona, 1895

GARCIA ALBERO, Ramón. Comentario al artículo 105 del C.P. En *Comentarios al Nuevo Código Penal* dirigidos por QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín (4ª Edición). Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, página 585

GARCÍA GONZALEZ, José, ESPINO GRANADO, Antonio/LARA PALMA, Ladislao. *La psiquiatría en la España de fin de siglo*.Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid 1998

GARCIA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Reimpresión de la edición de Madrid de 1852 al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de Zaragoza. Zaragoza, 1974

GARCÍA, Ramón. *Historia de una ruptura. El ayer y el hoy de la psiquiatría española.* Virus Editorial. Barcelona, 1995

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. *La protección civil del enfermo mental no incapacitado.* J.M. Bosch editor, S.A., Barcelona, 1992

GASSER, Jacques/HELLER, Geneviève/JEANMONOD, Gilles. «Dégénérescence de l'eugenisme» *Revue médicale de la Suisse romande,* nº 122, páginas 47-533, año 2002

GELLER, Jeffrey L. «You Must Read This» *Psychiatric Services* March 2001 Vol. 52 No. 3, pág. 265

GENERALITAT DE CATALUNYA. *Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelar de Catalunya*, Departament de Benestar Social, 2002

GIBBS, Anita/DAWSON, John/ANSLEY, Chris/MULLEN, Richard. «How patients in New Zealand view community treatment orders» *Journal of Mental Health* (2005) 14(4):357-368

GIDDENS, Anthony. *Sociología.* Alianza Editorial. Madrid, Ediciones de 1991 y 2004

GIMÉNEZ GARCIA, J «Los internamientos psiquiátricos en el orden penal. Medidas de seguridad acordadas en sentencia», en Actualidad Penal, nº 2 /11, 1993

GOFFMAN, Erving. *Estigma. La identidad deteriorada.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1989

GOFFMAN, Irving. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales.* Ed. Amorrortu. Buenos Aires, 1992

GOLDBERG, Susan. *Judging for the 21st Century: A Problem-solving Approach.* National Judicial Institute. Ottawa, 2005

GOLDKAMP, John S. y IRONS-GUYNN, Cheryl. *Emerging Judicial Strategies for the Mentally Ill in the Criminal Caseload: Mental Health Courts.* U.S. Department Of Justice, Bureau of Justice Assistance, Washington, abril de 2000

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro/MONTALBÁN, Juan-Manuel. *Tratado Académico Forense de Procedimientos Judiciales,* Tomo I, Madrid, 1855

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil.* 2ª edición. Bosch, 2004

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, PABLO. «Algunas cuestiones sobre la ejecución de las medidas de seguridad» en Seminario de Vigilancia Penitenciaria. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. 27-28 de marzo de 2006

GONZALEZ DURO, Enrique. *Historia de la locura en España, III.* Ediciones Temas de hoy, 1996

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Joaquín, *La imputabilidad en el Derecho Penal español. Imputabilidad y locura en la España del siglo XIX.* Ed. Comares. Granada, 1994

GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal.* COLEX, Madrid, 1990

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», en *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal. 1997, II

GRAÇA, Luis. «A emergência da hospitalizaçao psiquiátrica em Portugal (1848-1971)» en *Textos sobre saúde e trabalho,* página 176. (Disponible en internet: www.ensp.unl.pt/luis.graça/textos176.html.)

GRACIA GUILLÉN, Diego y LAZARO, José. «Historia de la Psiquiatría»*;* en *Manual de Psiquiatría* de AYUSO GUTIERREZ y SALVADOR CARULLA. Vol. I; Ed. Mc Graw Hill, 1994. GRACIA GUILLÉN, Diego. *Fundamentos de Bioética.* Eudema. Madrid, 1989

GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, GRACIA MARTÍN, Luis. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* [3ª Edición], Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

GRAY, John E./O'REILLY, Richard L. «Canadian compulsory community treatment laws: Recent reforms». *International Journal of Law and Psychiatry* (2005) 28; 13-22

GRIFFIN, Patricia A./STEADMAN, Henry J./PETRILA, John. «The Use of Criminal charges and Sanchtions in Mental Health Courts» *Psychiatric Services* (2002) 53(10);1285-1289

GRISSO, Thomas y APPELBAUM, Paul S. *Assessing Competente to Consent to Treatment. A Guide for Pysicians and Other Health Professionals.* Oxford University Press, New York, 1998

GRISSO, Thomas. *Evaluating Competencias. Forensic Assessments and Instruments.* Plenum Press (2ª edición), New York and London, 1988

GROSS ESPIELL, Héctor. *Constitución y Bioética.* En la obra conjunta *Derecho biomédico y Bioética*; Editorial Comares, Granada, 1998

GROUPE POMPIDOU. *Séminaire sur les délinquants usagers de drogues et le système pénal.* Strasbourg 12-14 octobre 1988

GRUDZINSKAS, Albert J. »Mental Health Courts and the Lesson Learned in Juvenile Court» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2004) 32(3);223-227

HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad.* Taurus, 1989

HAIMOWITZ, Stephan. «Can mental Health Courts End the Criminalization of Persons with Mental Illness?» *Psychiatric Services.* (2002) 53(10);1226-1228

HAYES, Paul «Traitement de la toxicomanie et système pénal au Royaume-Uni» en GROUPE POMPIDOU. *Séminaire sur les délinquants usagers de drogues et le système pénal.* Strasbourg 12-14 octobre 1998

HELMCHEN, H. «Recent developments in relation to mental health and the law in the Federal Republic of Germany». En ROTH, Martin/BLUGLASS, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985. Páginas 58 a 71

HERNÁNDEZ VIADEL, Miguel/PÉREZ PRIETO, Juan-Francisco/ CAÑETE NICOLÁS, Carlos/ LERA CALATAYUD, Guillem/ ROCHE MILLÁN, Teresa. «Tratamiento ambulatorio involuntario (TAI) para personas con enfermedad mental grave» *Psiquiatría Biológica.* Volumen 13, número 5, septiembre-octubre 2006, páginas 183 a 187

HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo. *La contribución de la Ética médica a la Administración de Justicia.* En *Seminario conjunto sobre Bioética y Justicia celebrado en Madrid del 6 al 8 de octubre de 1999,* publicado en el nº 29 de *Estudios de Derecho Judicial;* Madrid, 2000

HERRERA MORENO, Myriam. «Nuevas vías a la rehabilitación: hacia la Justicia Restauradora desde la Teoría Jurídica terapéutica» *Seminario: Las penas y medidas de Seguridad.* Consejo General del Poder Judicial. 21 al 31 de mayo de 2006

HIGUERA GUIMERÁ, Juan-Felipe. «La prueba pericial psiquiátrica en los procedimientos judiciales penales y la medicina forense en España: una respetuosa llamada *urgente* de atención» en VV.AA. *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Editorial Dykinson. Madrid, 2005, páginas 503 a 529

HUDDLESTON, C. West/FREEMAN-WILSON, Karen/BOONE, Donna L. *Painting the current picture: A national report card on drug courts and other problem solving court programs in the United States. Volume I, nº 1*, National Drug Court Institute, mayo de 2004

HUERTA TOCILDO, Susana. «Comisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos». En *Problemas fundamentales de los delitos de omisión.* Ministerio de Justicia. Madrid, 1987

HUERTAS, Rafael. «Terapia e intimidación moral» artículo situado como prólogo a la obra de LEURET, François. *El tratamiento moral de la locura*. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2001

HUERTAS, Rafael. *Del manicomio a la salud mental. Para una historia de la Psiquiatría Pública.* Fondo de Investigaciones sanitarias de la Seguridad Social. Madrid, 1992

INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS (IDC). *Working Text as amended by the IDC according to the Chair proposed program for the 8AHC 1st week.* (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8idcamw1cor1.doc).

INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS (IDC). *Working Text as amended by the International Disability Caucus, version 08/18/2006*, (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8docs/ahc8idcwtam18augf.doc.)

INTERNATIONAL DISABILITY CAUCUS. *Mensaje del Caucus Internacional de la Discapacidad en la 61ª Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de diciembre de 2006*. (Disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/convdocs/idcgasts.doc)

JAMIESON, Liz/TAYLOR, Pamela, J. «Patients leaving english high security hospitals: Do discharge cohorts and their progress change over time?» en *International Journal of Forensic Mental Health.* 2005, Vol. 4 nº 1, pages 71-87

JANICAUD, Dominique. «Racionalidad, fuerza y poder. Foucault y las críticas de Habermas», en *Michel Foucault, filósofo,* Obra conjunta. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999

JERVIS, Giovanni. La ideología de la droga y la cuestión de las drogas ligeras. Anagrama. Madrid, 1977

JIMÉNEZ SORIA, Jesús. «El enfermo mental y el cumplimiento de condena: problemas que suscita su nueva regulación», en *el Fiscal y la protección de las personas discapacitadas*, seminario organizado por la Fiscalía General del Estado en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005 (pendiente de publicación)

JIMÉNEZ SORIA, Jesús. «El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares. Referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz» en *El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos.* Curso organizado por la F.G.E. en Madrid los días 24 a 26 de noviembre de 1997, publicado en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII.* Madrid, 1998

JONES, Richard. *Mental Capacity Act Manual.* Thomson-Sweet & Maxwell Ltd., London, 2005

JONES, Richard. *Mental Health Act Manual.* Sweet & Maxwell Ltd., London, 2003

JORGE BARREIRO, Agustín. *Las medidas de seguridad en el Derecho Español.* Civitas Monografías. Madrid, 1976

JUÁREZ, Miguel et al. *V informe sociológico sobre la situación social en España. Sociedad para todos en el año 2000. Síntesis.* Documentación Social. Revista

de Estudios sociales y de Sociología aplicada, nº 101. Edita Cáritas española. Octubre-Diciembre 1995, capítulo 9, apartado 6

JUDGE DAVID L. BAZELON CENTER FOR MENTAL HEALTH LAW. *Studies of Outpatient Commitment are Misused.* Washington, February 2000, updated July 2001 (disponible en internet: http://www.bazelon.org/issues/commitment/moreresources/studies.htm)

KACHIGIAN, Claudia/FELTHOUS, Alan. «Court Responses to Tarasoff Statutes». *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2004) 32;263-273

KANDEL, Eric R. «A New Intelectual Framework for Psychiatry» en *American Journal of Psychiatry* (1998) 155; 457-469

KAPLAN, Harold I./SADOCK, Benjamin J. *Sinopsis de Psiquiatría.* Editorial Médica Panamericana S.A., Madrid, 1999

KENDALL, Tim; «Trieste: The Current Situation». *Third International Conference on 'Psychosis: Integrating the Inner and Outer Worlds',* University of Essex, Colchester, England, Septiembre de 1996 (disponible en internet http://miramare.co.nz/kendal.htm)

KENT, Andrew/BURNS, Tom. «Assertive community treatment in UK practice». *Advances in Psychiatric Treatment (2005)* Vol. 11, 388-397

KINGDOM, David/JONES, Roland/LÖNQVIST, Jouko. «Protecting the human rights of people with mental disorder: new recommendations emerging from the Council of Europe». En *British Journal of Psychiatry* (2004), 185, 277-279

KRESS, Ken J. «Why lack of insight should have a central place in mental health law». En la obra conjunta de AMADOR, Xavier F. y DAVID, Anthony S. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 257 a 279

LABAD ALQUÉZAR, Antonio. «Teoría y práctica en Tosquelles». En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 229 a 243

LAMA AYMÁ, Alejandra. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad.* Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2006

LAMB, H. R./WEINBERGER, L. E. «Conservatorship for gravely disabled psychiatric patients: a four-year follow-up study», en *American Journal of Psychiatry* (1992) 149; 909-913

LAMB, H. Richard/WEINBERGER, Linda E. «The Shift of Psychiatric Inpatient Care From Hospitals to Jails and Prisons» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* (2005) 33; 529–34

LAMB, Richard/WEINBERGER, Linda/GROSS, Bruce. «Community Treatment of Severely Mentally Ill Offenders under the Jurisdiction of the Criminal Justice system: A review» *Psychiatric Services* (1999) 50(7);907-913.

LANDECHO, Carlos-María. *La tipificaciòn lombrosiana de delincuentes.* UNED. Madrid, 2004

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, «La profecía de Khana Chuyna», en *Temas penales,* PPU, Barcelona, 1994, páginas 57 a 59

LANG, Andrea/ BERGHOFER, Gerlinde/KAGER, Anita *et al.* «Los predictores de «insight» con respecto a la enfermedad mental entre los pacientes psicóticos y no

psicóticos» En *The European journal of psychiatry (edición en español)*, oct. 2003, vol.17, no.4, p.199-209

LATAS, António Joao/VIEIRA, Fernando. *Notas e comentários à Ley de Saúde Mental.* Coimbra Editora, 2004

LÁZARO, José «Historia de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (1924-1999)». Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 2000, vol. XX, nº 75, páginas 397 a 515

LETE DEL RIO, Jose-Manuel. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por ALBALADEJO, Manuel Madrid, 1985

LEURET, François. *El tratamiento moral de la locura.* Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2001

LIBERMAN, Paul. *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico.* Ediciones Martínez Roca S.A. Barcelona, 1993

LOMBROSO, César. *Medicina legal.* Traducción por Pedro Dorado. 2 volúmenes. Editorial La España Moderna, Madrid —sin fecha—

LOMBROSO, C./TAMBURINI, A./ASCENZI, R. *Relazione a S.E. il Ministro dell'Interno sulla ispezione dei manicomi del Regno.* Roma, 1 de octubre de 1891

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo. *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad.* J. M. Bosch editor, S.A. Barcelona, 1992

LURIGIO, Arthur J. y SWARTZ, James A. «Changing the Contours of the Criminal Justice System to meet the needs of Persons with serious mental illness» *Criminal Justice 2000, vol. 3,* National Institute of Justice, Washington, 2000, páginas 45 a 92

LYSAKER, Paul H./BELL, Morris D. «Awareness of illness in schizophrenia: advances from psychosocial rehabilitation research», En la obra conjunta de AMADOR, Xavier F. y DAVID, Anthony S. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 335 a 349.

MACHADO, Roberto. «Arqueología y epistemología». En *Michel Foucault, filósofo.* Obra conjunta. Ed. Gedisa. Barcelona, 1999

MANACORDA, *Il manicomio giudiziario. Cultura psichiatrica e scienza giuridica nella storia di una istituzione totale,* Bari, 1982

MANRESA y REUS. *Ley de Enjuiciamiento Civil, comentada y explicada.* T. V, Madrid, 1861

MARCOS DEL CANO, Ana María. *La Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico.* Marcial Pons. Madrid, 1999

MARQUEZ MORENO, Mª Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX.* Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989

MARSCHNER, Rolf. «Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie». *Recht und Psychiatrie,* 23. Jg. Heft 2, 2005. páginas 47 a 51

MARSET CAMPOS, Pedro. *La nueva psiquiatría de Pinel como expresión de la nueva situación Europea en los comienzos del siglo XIX,* recogida como prólogo al *Tratado médico-filosófico de la enagenación mental o manía* de Philippe Pinel

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Martín Bernal, Jose-Manuel. *El vecino molesto y el vecino moroso.* Editorial COLEX. Madrid, 2000.

Martín Granizo, Mariano. *La incapacitación y figuras afines* Editorial COLEX, Madrid, 1987, páginas 46 a 50

Martínez Alcubilla, Marcelo. *Diccionario de la Administración Española*, 6º edición, Tomo XI, voz «Manicomios», Madrid, 1923

Martinez de Aguirre yAldaz, Carlos. «En torno a la enfermedad mental fasica como causa de incapacitacion. Regimen y consecuencias». *Anuario de Derecho Civil* (ADC), tomo XI, fasc. II, abril-junio de 1987

Maruna, Shadd y Le Bel, Thomas. «Welcome Home? Examining the *Reentry Court* concept form a Strengths-Based Perspective» en Winick, Bruce J. y Wexler, David B. *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts.* Carolina Academic Press, Durham, 2003, páginas 255 a 283

Massip, Jacques, «Notas a la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation» Recueil Dalloz Sirey,* 1992, *Cahier-Jurisprudence* 41, páginas 498 y 499

Mathis, Jennifer. «Community Integration of Individuals with Disabilities: An Update on Olmstead Implementation». *Clearinghouse Review: Journal of Poverty Law and Policy.* Washington, noviembre-diciembre 2001, páginas 395 a 410.

Mathis, Jennifer. Where Are We Five Years After Olmstead*? Clearinghouse Review: Journal of Poverty Law and Policy.* Washington, enero-febrero 2005, páginas 561 a 582.

Mc Daid, David y Thornicroft, Graham. *Policy brief. Mental Health II. Balancing institutional and community-based care.* WHO European Observatory on Health Systems and Policies, 2004 (disponible en internet www.observatory.dk)

Mc Evoy, Joseph. «The relationship between Insight and Psychosis and compliance with medications» En la obra conjunta de Amador, Xavier F. y David, Anthony S. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 2004 (2ª edición), páginas 311 a 333

Mc Ivor, Ronan. «Care and compulsion in community psychiatric treatment». *Psychiatric Bulletin* (2001) 25, 369-370 Mchugh, Paul R. y Slavney, Phillip R. *Las perspectivas de la Psiquiatría.* Editorial Prensas Universitarias de Zaragoza. Zaragoza, 2001

Medrano Albéniz, Juan. Tratamiento ambulatorio involuntario. News. [Soc. Esp. Psiquiatr.Legal] 2005;12, disponible en internet: www.psiquiatrialegal.org/TAI2.htm)

Meroni, Gabriella. «Ospedali psichiatrici giudiziari: ci vivono in 1300». *News Pol-it territorio.* (Disponible en internet www.pol-it.org/ital/NT20031018.htm)

Merskey, Harold. «Aspectos éticos de la manipulación física del cerebro», en VV.AA. *La ética en psiquiatría; Madrid, 2001,* páginas 263 a 284

Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal (1933).* Traducción y notas de derecho español de Jose-Arturo Rodriguez Muñoz, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935

Michaud, Jean. *Explanatory Report to the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology*

and medicine. Council of Europe. Directorate of legal affairs. DIR/JUR (97)5. Strasbourg, May 1997 (disponible en internet: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm)

Mindfreedom International. *Introduction To Forced Outpatient Psychiatric Drugging*. (disponible en internet: http://www.mindfreedom.org/mindfreedom/ioc/intro.shtml)

Mindfreedom International. *National Alliance for Mentally Ill Escalates Chemical Crusade* (disponible en internet: http://www.mindfreedom.org/mindfreedom/ioc/needle.shtml)

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio del Interior, Ministerio de la Presidencia Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado. Depósito Legal M-53128/2004

Ministerio de Justicia. *I Jornadas de Fiscales especializados en Discapacitados y Tutelas*. Centro de Estudios Jurídicos Madrid los días 10 y 11 de junio de 2004

Ministerio de Sanidad y Consumo. *Propuesta de Estrategia en Salud Mental del Sistema nacional de Salud. 2006.* Edita y distribuye Ministerio de Sanidad y Consumo. Centro de Publicaciones, Madrid, 12 de diciembre de 2006.

Ministerio de Sanidad y Consumo. *Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica*, abril de 1985

Ministerio de Sanidad y Consumo. Observatorio del Sistema Nacional de Salud. *Informe de situación de salud mental.* Madrid, octubre de 2002

Ministero della Sanità. tso extra ospedaliero – Risposta del Ministero della Sanità. Prot. Nr. 100/SCPS/3.15. Risposta al foglio del 12.1.1996 . n. 200/49/773. Lettera in risposta inviata a: Assessorato Sanita' Corso Regina Margherita 153 bis 10144 Torino. Oggetto: Quesito in ordine al TSO per malattia mentale

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Reppertor (6ª edición). Barcelona, 2002

Monahan et al. «Mandated Treatment in the Community for People with Mental Disorders», *Health Affairs,* Volume 22, Number 5, September/October 2003, páginas 28 a 38

Monahan, John et al. «Mandated Community Treatment: Beyond Outpatient Commitment» *Psychiatric Services* 52: 1198-2005, 2001

Monahan, John et al. «Use of Leverage to Improve Adherence to Psychiatric Treatment in the Community» *Psychiatric Services* 56: 37-44, January 2005

Monahan, John/Bonnie, Richard J. «License as leverage: Mandating Treatment for Professionals» *International Journal of Forensic Mental Health* 2004, Vol. 3 nº 2, pages 131-138

Montoya Rico, Jose-Luis. «Los Centros (Unidades) de Salud Mental». En VV.AA. *Medio siglo de Psiquiatría en España,* páginas 73 a 76

Montoya Rico, Jose-Luis. «Reorganización y reestructuración de un hospital psiquiátrico. Nuestra experiencia actual en el hospital psiquiátrico de Oviedo». En VV.AA. *La asistencia del enfermo mental.* Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica. Madrid, 1967, páginas 37 a 44

XIV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MORDINI, E. *Ethical aspects of coercive supervision and/or treatment of uncooperative psychiatric patients in the community. Italian Report.* Istituto Psicoanalitico per le Ricerche Sociali, 1994 (Disponible en Internet: www.bioethics.it/pdf/pu_1/thical_aspects_of_outpatient_treatment_in_the_community_bio med_1_italian_report.pdf)

MORDINI, Emilio. «Psichiatria, Deontologia ed Etica» Medica (rpbl. da Lo Psichiatra Italiano, Hippocrates Edizioni Medico-Scientifiche, Milano, 1997), disponible en Internet: http://www.psychomedia.it/pm/human/etica/mordini1.htm

MORENILLA RODRÍGUEZ, Jose-María. *El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Textos Internacionales de aplicación.* Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid, 1988

MUÑOZ CONDE, Francisco. «La esterilización de los asociales en el Nacionalsocialismo» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-05, año 2002

NACIONES UNIDAS. *¿Por qué invertir en el tratamiento del abuso de drogas? Documento de debate para la formulación de políticas.* Oficina contra la Droga y el Delito. Nueva York, 2003

NACIONES UNIDAS. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el Estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad.* 61º período de sesiones (E/CN.4/2005/82) 30 de diciembre de 2004

NAMI NEW YORK STATE. *Assisted Outpatient Treatment Through Kendra's Law. A NAMI New York State White Paper* (disponible en internet: http://www.naminys.org/AOTfinal.pdf)

NAPLES, Michelle/STEADMAN, Henry J. «Can Persons with Co-occurring Disorders and Violent Charges be Successfully Diverted?» *International Journal of Forensic Mental Health* (2003) 2(2);137-143

NATIONAL ALLIANCE FOR THE MENTALLY ILL. *Assertive Community Treatment (ACT)* (Disponible en la página web de NAMI: http://www.nami.org/Template.cfm?Section=ACT-TA_Center)

NATIONAL ALLIANCE FOR THE MENTALLY ILL. *Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment,* aprobado por el *NAMI Board of Directors* el 7 de octubre de 1995

NATIONAL ASSOCIATION OF DRUG COURT PROFESSIONALS/DRUG COURT STANDARDS COMMITTEE. *Defining Drug Courts: The key components.* U.S. Department of Justice. Office of Justice Programs. Drug Courts Program Office, enero de 1997

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE MENTAL HEALTH PROGRAM DIRECTORS. *Technical Report on Involuntary Outpatient Commitment.* Approved by the NASMHPD Medical Directors council October 9, 2001

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research.* Washington: Public Health Service, 1979.

NATIONAL GAINS CENTER FOR PEOPLE WITH CO-OCURRING DISORDERS IN THE JUSTICE SYSTEM, TAPA CENTER FOR JAIL DIVERSION AND THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. *Survey of Mental Health Courts* (disponible en internet www.mentalhealthcourtsurvey.com)

Navarro Villanueva, Carmen. *Suspensión y modificación de la condena penal*. Ed. Bosch, Barcelona, 2002

New York Lawyers for the Public Interest, INC. *Implementation of «Kendra's Law» Is Severely Biased* April 7, 2005 (disponible en internet: http://www.nylpi.org/pub/Kendras_Law_04-07-05.pdf)

New York State Commission on Quality of Care for the Mentally Disabled and the Mental Hygiene Medical Review Board. *In the matter of David Dix*. Noviembre de 1999 (disponible en internet: http://www.cqcapd.state.ny.us/publications/dix.htm)

New York State Office of Mental Health. *Kendra's Law Final Report on the Status of Assisted Outpatient Treatment*. March 2005 (disponible en internet http://www.omh.state.ny.us)

New York State Office of Mental Health. *Kendra's Law. An interim report on the status of Assisted Outpatient Treatment*. January 1, 2003

Nicholson, Joanne «Use of Child Custody as Leverage to Improve Treatment Adherence» *Psychiatric Services* 56:357-358, March 2005

O'Brien, Ann-Marie/Farrell, Susan J. «Community Treatment Orders: Profile of a Canadian Experience». *The Canadian Journal of Psychiatry* 49; 27-30 (2004)

O'Callaghan, Xavier. «La declaración de incapacidad» en VV.AA. *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*. Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2000

O'Reilly et al. «A Survey of the use of Community Treatment Orders by Psychiatrist in Saskatchewan». *Can J Psychiatry* (2000) 45; 79-81

O'Reilly, Richard «Why are Community Treatment Orders Controversial?» *Canadian Journal of Psychiatry*, Vol 49, Nº 9, September 2004, páginas 579 a 584

Obiols, Juan. *Psiquiatría y antipsiquiatría*. Salvat Editores, S.A., Barcelona, 1973

Observatoire Français des Drogues et des Toxicomanies. *L'injonction thérapeutique. Évaluation du dispositif legal de prise en charge sanitaire des usagers de drogues interpellés*. Etude nº 21. París, Agosto de 2000

Observatorio Español sobre Drogas. *Informe 2004. Situación y tendencias de los problemas de drogas en España*. Edita Ministerio de Sanidad y Consumo. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. 2005

Observatorio Español sobre Drogas. *Informe nº 6*. Edita Ministerio del Interior. Delegación del gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Secretaría General Técnica, noviembre de 2003

Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2005

Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías. *El problema de la drogodependencia en la Unión Europea y en Noruega*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004

Office of Counsel for the New York State Office of Mental Health . *An explanation of Kendra's Law* realizado por la (disponible en internet http://www.omh.state.ny.us)

Office of the Public Advocate. *Treatment Orders under the Mental Health Act 1993.* (disponible en internet: www.opa.sa.gov.au/d3iib.htm)

Olesa Muñido, Francisco-Felipe. *Las medidas de seguridad.* Editorial Bosch, Barcelona, 1951

Oliviero, Diliberto. *Studi sulle origini della «cura furiosi».* Casa editrice dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984

Organización de las Naciones Unidas. Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general Nº 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* E/C.12/2000/4 11 de agosto de 2000, disponible en Internet: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument)

Organización de las Naciones Unidas. *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.* (HRI/GEN/1/Rev.7) 12 de mayo de 2004

Organización Mundial de la Salud. *Informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, 6-12 septiembre de 1978.* Serie «Salud para todos» nº 1. Ginebra, 1978. Disponible en Internet (http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf)

Organización Mundial de la Salud. *Informe sobre la salud en el mundo; Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, 2001

Ornosa Fernández, María Rosario. *Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la responsabilidad penal de los menores.* Bosch, 2001

Ortiz de Zuñiga, Manuel. *Biblioteca judicial*, Tomo I, Madrid, 1839

Pacheco Yáñez, Luis/Medrano Albéniz, Juan (Editores) *Guía para el uso autorizado de psicofármacos en España 2005.*. Editorial Glosa. Barcelona, 2005

Pacheco, Joaquín-Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1856

Padilla Alba, Herminio-Ramón. *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas.* Editorial Comares. Granada, 2001

Parker, Camilla. «The Reform of the Mental Health Act 1983. The Mental Health Foundation's response». *The Mental Health Foundation Updates: Volume 1, Issue 19.* London, May 2000 *(Disponible en internet:* http://www.mentalhealth.org.uk/html/content/updatev01i19.pdf)

Peiro, Pedro-Miguel/Rodrigo, Jose. *Elementos de Medicina y Cirujía legal arreglados á la legislacion española.* Imprenta de la Compañía general de Impresores y libreros. Madrid, 1841

Pemán Gavin, Juan. *Derecho a la salud y Administración Sanitaria.* Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1989

Pereira, Ana Leonor. «A institucionalizaçao da loucura em Portugal» en *Revista Crítica de Ciências Sociais,* nº 21, Noviembre de 1986, páginas 85 a 100

PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. en notas a Enneccerus, Ludwig, *Derecho Civil. Parte General.* Vol. I, Ed. Bosch Barcelona 1953

PÉREZ MARTELL, Rosa. *El Proceso del Menor*. Aranzadi Editorial, 2002

PÉREZ MARTÍN, Jorge. «Clasificación de las enfermedades mentales» en VV.AA. *Enfermedad y deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio*. Caja de Ahorros del Mediterráneo. Alicante, 2001. Vol. I, páginas 25 a 62

PÉRIS Y VALERO, José. *La frenopatía y la Academia de Medicina y Cirugía de Valencia ó exámen científico de las soluciones dadas por aquella Corporación a las ocho cuestiones propuestas por el Juez de la causa formada sobre la supuesta detención ilegal de Dª Juana Sagrera, en el Manicomio de San Baudilio de Llobregat.* Imprenta de Cárlos Bailly-Báilliere, Madrid, 1862

PERLIN, Michael L. «Therapeutic Jurisprudence and outpatient commitment law: Kendra's Law as case study». *Public Law and Legal Theory Working Paper Series* Nº 02-04, March 2002 (disponible en internet http://papers.ssrn.com/abstract=301545)

PERLIN, Michael. *The jurisprudence of Insanity Defense*. Carolina Academic Press. Durham, North Carolina, 1994

PESET ALEIXANDRE, Juan-Bautista/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Alfredo. *La responsabilidad atenuada. Las leyes hechas y por hacer en los diversos países respecto de los criminales y de la responsabilidad atenuada.* Impr. Casa de Beneficencia. Valencia, 1912

PETERS, Roger H. y OSHER, Fred C. *Co-Ocurring disorders and Specialty Courts.* National GAINS center y the TAPA center for Jail Diversion, abril 2004

PETRILA, John. *Involuntary Outpatient Commitment Forum. A summary of issues and research.* State of Florida Department of Children & Families Mental Health Program. University of South Florida. Louis de la Parte Florida Mental Health Institute. Department of Mental Health Law & Policy, 1999

PIEL, Eric/ROELANDT, Jean-Luc. *De la Psychiatrie vers la Santé Mentale.* Ministère de l'Emploi et de la Solidarité. Ministère délégue à la santé. Rapport de Mission-Juillet 2001

PINEL, Philippe. *Tratado médico-filosófico de la enagenación mental o manía.* Colección Clásicos de la Psiquiatría. Ediciones Nieva, 1988

PINFOLD, Vanessa/BINDMAN, Jonathan. «Is compulsory treatment ever justified?» *Psychiatric Bulletin* (2001) 25; 268-270

PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS. *Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008.* Edita Ministerio del Interior. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas Secretaría General Técnica.

POLICY RESEARCH ASSOCIATES. *Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program,* New York, 1988

POLO GRIÑÁN, Cándido, «Del Padre Jofré al *Jofrismo*», En *La locura y sus instituciones. Acta de las II Jornadas de Historia de la Psiquiatría,* Diputación de Valencia, 1997

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. SEGRETERIA DELLA CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME. *Servizio «sanità e politiche sociali»*. Prot. N 2890/04/4.1.21.9. Codice Sito: 2655. Puede consultarse en las siguientes páginas web http://www.sospsiche.it/utsam/policy/policy.pdf y http://www.pol-it.org/ital/TSOmalattia%20mentale.pdf.

PRESTON et al «Assesing the outcome of compulsory psychiatric treatment in the community: epidemiological study in Western Australia» *British Medical Journal* (2002) 324;1244

PROVEDORIA DE JUSTIÇA. *Relatório sobre o sistema prisional*. Lisboa, 1996

PROVEDORIA DE JUSTIÇA. *Relatório sobre o sistema prisional*. Lisboa, 2003

PSICHIATRIA DEMOCRATICA. *Appello di Psichiatria Democratica* (disponible en Internet: http://www.psichiatriademocratica.com/appello.htm.)

PULIDO, Angel/TOLOSA, Manuel. *De Carabanchel al Paraíso. Recuerdos de un Manicomio*, Enrique Teodoro impresor. Madrid, 1882

QUEIROZ, Clara, «Eugenesia y racismo» en VV.AA. *Entre el nacer y el morir,* Editorial Comares, Granada, 1998, páginas 92 a 116

QUINN, Gerard/DEGENER, Theresia. *Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. Nueva York y Ginebra, 2002

QUINTERO OLIVARES, G. *Locos y culpables*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1999

RACHBEISEL, Jill et al. «Co-Occurring Severe Mental Illness and Substance Use Disorders: A Review of Recent Research» en *Psychiatric Services,* noviembre de 1999, Vol. 50, nº 11, páginas 1427–1434

RECOVER BALBOA, Torcuato. «Asociaciones y Fundaciones como instrumentos de protección de las personas con discapacidad». Seminario: *El Fiscal y la protección de las personas discapacitadas*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid, 16 al 18 de marzo de 2005

REICH, Walter. «El diagnóstico psiquiátrico como problema ético». En BLOCH, CHODOFF y GREEN *La ética en psiquiatría*; Editorial Triacastela. Madrid, 2001, páginas 191 a 200

RENNEVILLE, Marc. «L'anthropologie du criminal en France». *Criminologie*, XXVII, 2, 1994. Páginas 185 a 209

RENNEVILLE, Marc. *Crime et folie. Deux siècles d'enquêtes médicales et judiciaires*. Éditions Fayard, Paris, 2003

REPRESA POLO, Patricia. «Tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales». *Revista de Derecho Privado* - Número 17 (Noviembre de 2005)

RÉSEAU INTERNATIONAL D'ALTERNATIVE A LA PSYCHIATRIE. *Recomendaciones a los responsables de la política de salud mental.* Texto recogido en la Revista de la A.E.N. nº 9, enero/abril de 1984, página 135 a 140

REY GONZÁLEZ, Antonio. «Clásicos de la Psiquiatría Española del siglo XIX (VI). Antonio Pujadas Mayans (1811-1881)» en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, número 9 (enero-abril de 1984), páginas 73 a 91

Rey Gonzalez, Antonio. «La psiquiatría en la España del siglo XIX». En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 43 y ss.

Ridgely, M. Susan et al. *The effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States*, RAND Institute for Civil Justice, Santa Monica (California), 2001 (disponible en internet: http://www.rand.org/pubs/monograph_reports/MR1340/index.html).

Roberts, Andrew 1981-/timeline 1814- Mental Health History Timeline. Middlesex University (disponible en internet: http://www.mdx.ac.uk/www/study/mhhtim.htm)

Robinson, Jerome J./Jones, James W. *Drug Testing in a Drug Court Environment: Common issues to addres*. Drug Courts Program Office, mayo de 2000

Rodríguez Lafora, Gonzalo. «El internamiento de los enfermos mentales y los subdelegados de medicina» en *El siglo médico. Revista Clínica de Madrid.* Año LXXV, Tomo 81, Madrid 17 de marzo de 1928, núm. 3.875, páginas 298 a 300

Rodríguez Lafora, Gonzalo. «La asistencia al enfermo mental en las provincias españolas y en la capital». Artículo publicado en el periódico *ABC Madrid* el 22 de noviembre de 1961

Rodríguez Lafora, Gonzalo. «Lo que debe ser un manicomio provincial». *Archivos de Neurobiología*, 3, Madrid, 1931

Rodríguez Lafora, Gonzalo. *La psiquiatría en el nuevo Código Penal Español de 1928*. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1929

Rodriguez Pérez, Juan-Francisco. *La significación de Angel Garma en el psicoanálisis hispánico.* En VV.AA. *Orígenes y fundamentos de la psiquiatría en España.* Editorial ELA, Madrid, 1997, páginas 215 y ss.

Rodríguez Villargoitia, José. *De los medios de mejorar en España la suerte de los enagenados.* Imprenta de M. Rojas, 2ª Edición, Madrid, 1857

Rodríguez, Abelardo (coordinador). *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos.* Ediciones Pirámide. Madrid, 1997

Rogel Vide, Carlos «La tutela del deficiente mental», en la obra conjunta dirigida por Díez-Picazo, Luis *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español,* Madrid, 1975, páginas 211 a 220

Roig Salas, Alicia. «La ley en la práctica: 5 años de experiencia». *Revista de la A.E.N.* nº 31, año IX, octubre/diciembre 1989, páginas 633 y ss.

Rolfe, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001

Rollin, Henry R. «Psychiatry in Britain one hundred years ago» *British Journal of Psychiatry*, nº 183, páginas 292 a 298, año 2003

Romeo Malanda, Sergio. «Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos de los pacientes». En Diario LA LEY, Año XXIV, número 5704, Viernes 24 de enero de 2003

Rosen, George. *Locura y sociedad. Sociología histórica de la enfermedad mental.* Alianza Universidad, Madrid, 1974

ROSENTHAL, Eric/SUNDRAM, Clarence J. *La importancia de los derechos humanos consagrados internacionalmente en la legislación nacional sobre salud mental.* Organización Mundial de la Salud. Departamento de Salud Mental y Toxicomanías. Ginebra, 2004.

ROTH, Martin. «The historical background: the past 25 years since the Mental Health Act of 1959». En ROTH, Martin/BLUGLASS, Robert, *Psychiatry, human rights and the law,* Cambridge University Press, 1985

ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRIST. Nota de prensa. *Draft mental health bill: Royal College of Psychiatrist anxious about civil liberties, ethics, practicality an effectiveness.* 8 de septiembre de 2004

ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRISTS. *Community Supervisión Orders*. Council Report CR18, London, 2003

SAFORCADA, M./BUSQUET, T. «Necesidad urgente de una revisión de la legislación relativa a alienados (1926)» *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (Volumen monográfico sobre la historia de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 1924 - 1999. Antología de Textos 1921-2000). Volumen XX. Número 75. Madrid, Diciembre 2000

SALIZE, Hans Joachim/DRESSING, Harald/ PEITZ, Monika. *Compulsory Admisión and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients – Legislation and Practice in EU-Member States*. Central Institute of Mental Health. Mannheim –Germany-, 2002

SANCHEZ YLLERA, Ignacio. «El cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento de enajenados en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho judicial*, IX, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1993

SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio. Comentario a la Disposición Adicional 1ª en *Comentarios al Código Penal de 1995* coordinados por Tomás S. VIVES ANTÓN. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, páginas 2.189 y 2.190

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca. «Legitimación del tutor para interponer las acciones de separación y divorcio». EDB 2005/83342. Fecha de publicación junio de 2005

SÁNCHEZ-CARO (Jesús y Javier) *El consentimiento informado en psiquiatría*. Editorial Díaz de Santos. Madrid, 2003

SANTO-DOMINGO CARRASCO, J. «Pasado, presente y futuro de la higiene mental en España (1972) » puede consultarse el texto en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, nº 75 julio/septiembre 2000

SANTOS MORON, Mª José. *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad y propia imagen.* Escuela libre Editorial. Madrid, 2000

SANTOS MORÓN, María José. *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000.* Tirant lo Blanch. Valencia, 2002

SANTOS URBANEJA, Fernando. «Fundaciones Tutelares Públicas: un modelo de futuro (La experiencia andaluza)». En *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002*. Ministerio de Justicia, 2002, páginas 911 a 958

SANTOS URBANEJA, Fernando. Memoria de la Fiscalía General del Estado. Madrid, 1999. Página 418

SANZ GÓMEZ, Timoteo. *Tratamiento extramanicomial de locos y neurasténicos.* Madrid, 1914

SANZ MARTÍN, Laura. *La tutela en el Código Civil y su precedente histórico la tutela romana.* Dykinson, Madrid, 1998

SANZ MORÁN, Ángel-José. «La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y seguridad» en VV.AA. *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal.* Editorial Dykinson. Madrid, 2005. Páginas 871 a 882 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad.* Ed. Colex, Madrid, 2000

SAVATER, Fernando. «Presentación» en FOUCAULT, Michel (selección de artículos realizada por Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría). *La vida de los hombres infames.* Ediciones de La Piqueta. Madrid, 1990, páginas 9 a 12.

SBORDONI, Silvia. «Devianza primaria e devianza secondaria. Il caso del trattamento sanitario obbligatorio». *L'altro diritto. Centro di documentaziones su carcere, devianza e marginalità*, Apartados 2.9.2 y 3.3 (Disponible en internet: http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir/devianza/sbordoni/index.htm)

SCARPA, Franco. «*Ospedale Psichiatrico Giudiziario»,* en POL-IT, *Speciale 20 anni di 180*, Vol. 4, nº 11, noviembre de 1998

SCOTTISH EXECUTIVE CENTRAL UNIT. *Review of literature relating to Mental Health Legislation.* Edinburgh, Crown Copyright 2000,. (Disponible en Internet: http://www.scotland.gov.uk/cru/kd01/purple/review00.pdf)

SCOTTISH EXECUTIVE. *An Introduction to The Mental Health (Care and Treatment)(Scotland) Act 2003.* Edinburgh, November 2003

SCHEFF, Thomas J. *Being Mentally Ill. A sociological Theory (Third Edition).* Aldine de Gruyter. New York, 1999

SCHEFF, Thomas J. *El rol de enfermo mental.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1970

SCHITTAR, Lucio. «La ideología de la comunidad terapéutica» en BASAGLIA, Franco, *La institución negada.* Barral Editores S.A., Barcelona, 1979, páginas 173 a 185

SENA, António Maria de. *Os alienados em Portugal.* Colecçao Classicos de Psiquiatria. Ed. Ulmeiro. Lisboa, 2003

SENON, Jean Louis. «Troubles psychiques et réponses pénales», Champ pénal, *Responsabilité/Irresponsabilité pénale* mis en ligne le 15 septembre 2005. URL http://champpenal.revues.org/document77.html)

SEOANE RODRÍGUEZ, Jose-Antonio. *La esterilización: Derecho español y Derecho comparado.* Editorial Dykinson. Madrid, 1998

SERRANO PASCUAL, Mariano. *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español.* Ed. Trivium. Madrid, 1999

SEUBA TORREBLANCA, Joan C./FARNÓS AMORÓS, Esther/FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio. «Daños causados por personas con trastornos mentales» *InDret* 2/2004 Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra Barcelona, abril de 2004 (Disponible en internet: http://www.indret.com/pdf/205_es.pdf)

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis. *El menor abandonado y su protección jurídica.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba. Córdoba, 2002

SHORTER, Edward. *Historia de la Psiquiatría.* Ediciones Médicas, S.L. Barcelona, 1999

SIERRA LÓPEZ, Mª del Valle. *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal.* Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997

SIMMAT-DURAND, Laurence y ROUAULT, Thomas. «Injonction thérapeutique et autres obligations de soins». *Toxibase. Revue Documentaire,* 1997, nº 3, p. 1-28

SIMMAT-DURAND, Laurence, «Principales dispositions législatives et réglementeries» en *Actualité et dossier en santé publique* n° 22 mars 1998 páginas XIV a XVIII

SIMÓN, Pablo. *El Consentimiento Informado. Historia, teoría y práctica.* Editorial Triacastela. Madrid, 2000

SIMONETTI, Giulia. *Ospedale psichiatrico giudiziario: aspetti normativi e sociologici.* (disponible en internet http://dex1.tsd.unifi.it/altrodir/sanit/simonett/index.htm)

SIMONS VALLEJO, Rafael. «Consideraciones en torno a la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal del menor». *Actualidad Penal*, nº 18, 29 de abril al 5 de mayo de 2002

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA. *Consideracions del Síndic de Greuges pel que fa a la proposta de tractament ambulatori forçós als malalts mentals.* Nota de prensa de 17/11/2004

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *Medidas de tratamiento obligatorio externo en Salud Mental: marco de una propuesta legislativa respetuosa con los derechos humanos.* Comité Técnico Jurídico sobre Tratamiento Ambulatorio patrocinado por FEAFES, Madrid, 28 de marzo de 2003

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. Queja 040182 (de oficio 12/2004). Puede consultarse en la página web del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana (www.sindicdegreuges.gva.es)

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias.* Informe especial a las Cortes Valencianas. 2003 (disponible en internet www.sindicdegreuges.gva.es)

SIRICA, Coimbra. «Outpatient Commitment in Mental Health: Is coercion the price of Community Services?» *National Health Policy Forum. Issue Brief* Nº 757, Washington, DC, 2000 (disponible en internet: http://www.nhpf.org/pdfs_ib/IB757_OutptMentalH_7-11-02.pdf)

SLATE, Risdon N. et al. «Training Federal Probation Officers as Mental Health Specialist» en *Federal probation a journal of correctional philosophy and practice,* Administrative Office of the United States Courts, diciembre de 2004 (disponible en internet www.uscourts.gov/fedprob/December_2004/specialists.html)

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA BIOLÓGICA. Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Madrid, 7 de febrero de 2005

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA LEGAL. Posición de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal sobre el tratamiento ambulatorio y la observación para diagnóstico no voluntarios. Madrid, octubre de 2005. (disponible en su página web: www.psiquiatrialegal.org)

Sociedad Española de Psiquiatría. Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Biológica. Madrid, 7 de febrero de 2005

Società Italiana di Psichiatria. *Documento approvato all'unanimità dal Comitato Esecutivo della Società Italiana di Psichiatria l'11 ottobre 2001* (disponible en Internet: http://www.psychomedia.it/pm/modpsy/psydoc/sip-11-10-01.htm)

Soler Pascual, Luis-Antonio «El Juez de Vigilancia pennitenciaria. Su intervención en el área de la enfermedad mental» en VV.AA. *Enfermedad y Deficiencia mental: aspectos legales no vinculados al patrimonio.* Caja de Ahorros del Mediterráneo, Alicante, 2001, páginas 237 y ss.

Solivetti, Luigi Maria. «De-institutionalization, psychiatric treatment and mentally disordered offenders in Italy: a difficult transition from the old to the new». En *Estratto da: Quaderno n.2. Universitá degli studi di Roma «La Sapienza». Dipartimento di contabilitá nazionale e analisi dei processi sociali,* Roma 1996

Solomon, Joel et al. *Diagnóstico dual*, Ediciones en neurociencias, S.L., Barcelona, 1996

Soyka, Michael «Substance misuse, psychiatric disorder and violent and disturbed behaviour» *The British Journal of Psychiatry* (2000) 176; 345-350

Srebnik, Debra S. y La Fond, John Q. «Advance Directives for Mental Health Treatment» *Psychiatric Services* 50:919-925, July 1999

Steadman, Henry J. et al. «Assessing the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program». *Psychiatric Services* (2001) 52; 330-336

Steering Committee on Bioethics (CDBI). *Preparatory Work on the Convention on the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine (ETS N°164).* (Document prepared by the Directorate General of Legal Affairs). Strasbourg, 28 June 2000. CDBI/INF (2000) 1 Provisional, páginas 28 y ss (disponible en internet: http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/bioethics/texts_and_documents/CDBI-INF(2000)1PrepConv.pdf)

Swanson, Jeffrey W. et al. «Psychiatric Advance Directives among Public Mental Health Consumers in five U.S. Cities: Prevalence, Demand and Correlates» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Volume 34, Number 1, 2006, pages 43-57

Swanson, Jeffrey W. et al. «Psychiatric Advance Directives: A Survey of Persons With Schizophrenia, Family Members, and Treatment Providers» *International Journal of forensic Mental Health*, 2003, Vol. 2, nº 1, pages 73-86.

Swartz, Marvin S. et al. «New directions in research on involuntary outpatient commitment». *Psychiatric Services*. 1995, 46: 381-385

Swartz, Marvin S. et al. «A randomized controlled trial of outpatient Commitment in North Carolina» *Psychiatric Services* (2001) 52; 325-329

Swartz, Marvin S. et al. «Can involuntary outpatient commitment reduce hospital recidivism?» *American Journal of Psichiatry*. 156(12): 1968-1975 (1999)

Swartz, Marvin S. et al. «The Perceived Coerciveness of Involuntary Outpatient Commitmen: Findigs From an Experimental Study» *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 30; 207-217 (2002)

SWARTZ, Marvin S. et al. «Violence and Severe Mental Illness: The Effects of Substance Abuse and Nonadherence to Medication» *Am J Psychiatry* (1998) 155; 226–231

SWARTZ, Marvin S./SWANSON, Jeffrey. «Involuntary Outpatient Commitmen, Community Treatment Orders, and Assisted Treatment: What's in the data?» *The Canadian Journal of Psychiatry* 49; 585-591 (2004)

SWARTZ, Marvin S./WAGNER, H. Ryan/SWANSON, Jeffrey W./ELBOGEN, Eric B. «Consumer's Perceptions of the Fairness and Effectiveness of Mandated Community Treatment and Related Pressures» *Psychiatric Services* (2004) 55; 780-785

SZASZ, Thomas Stephen. *El mito de la enfermedad mental. Bases para una teoría de la conducta personal.* Amorrortu Editores. Buenos Aires, 1994

SZASZ, Thomas. *Drogas y ritual. La persecución ritual de drogas adictos e inductores.* Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1990

SZASZ, Thomas. *Esquizofrenia. El símbolo sagrado de la psiquiatría.* Premia editora de libros S.A. México, 1979

SZASZ, Thomas. *Pharmacracy. Medicine and Politics in America.* Praeger Pub Text., Westport (Connecticut) 2001

SZMUKLER, George. «Ética en la psiquiatría comunitaria» en BLOCH, CHODOFF y GREEN *La ética en psiquiatría*; Editorial Triacastela. Madrid, 2001, páginas 341 a 358

TAMARIT SUMALLA, Josep-Maria y GARCÍA ALBERO, Ramón. *La reforma de la ejecución penal.* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

TEIXIDO, C. y BRAMON, E. «La responsabilidad profesional en la praxis psiquiátrica» en *Manual del Residente de Psiquiatría.* Disponible en internet (http://www.sepsiquiatria.org)

TELSON, Howard et al. *Report of the Bellevue Hospital Center outpatient commitment pilot program.* Nueva York, 19 de febrero de 1999

THE ANTIPSYCHIATRY COALITION. *Do you have a right to jury trial in psychiatric commitment?* (http://www.antipsychiatry.org/jury.htm, last modified December 28, 2000)

THE SENTENCING PROJECT ORGANIZATION. *Drug Policy and the Criminal Justice System.* 2001. (disponible en internet (www.sentencingproject.org)

THE SENTENCING PROJECT. *Mentally Ill Offenders in the Criminal Justice System: An análisis and Prescription,* Washington, enero de 2002 (disponible en internet, www.Sentencingproject.org)

THOMSEN, Kathleen/APPELBAUM,, Paul S. «The origins of Commitment for Substance Abuse in the United States». *Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 30 (2002):33-45

TORRENT, Armando. *Manual de Derecho Privado Romano.* EDISOFER, S.L., Zaragoza, 2002

TORREY, E.F. y KAPLAN, R.J. «A National Survey of the Use of Outpatient Commitment». *Psychiatric Services* (1995) 46(8), 778-784

TREATMENT ADVOCACY CENTER BRIEFING PAPER. «Key changes to New York's Kendra's Law». July 2005 (Disponible en internet: http://www.psychlaws.org/BriefingPapers/KeyChangesKendrasLaw.pdf)

TRIBOLET, Serge y DESOUS, George Martin. *Droit et Psychiatrie. Guide pratique*. Editions Heures de France, Thoiry, 1995

TROPÉ, Hélène, *Locura y sociedad en la Valencia de los siglos XV al XVIII,* Diputación de Valencia, Valencia, 1994

U.K. DEPARTMENT OF HEALTH. *Report of the review of security at the High Security Hospitals*. Febrero de 2000

ULLESPERGER, J.B, *La Historia de la Psicología y la Psiquiatría en España*. Editorial Alhambra, Madrid, 1954

UNASAM. *La posizione delle Associazioni DI.A.PSI.GRA - Associazione Difesa Ammalati Psichiatrici Gravi e U.N.A.S.A.M. - Unione Nazionale Associazioni per la Salute Mentale in relazione alle proposte di legge: n. 174 presentata il 30/5/2001 dall'Onorevole Burani Procaccini, n. 152 presentata il 30/5/2001 dall'Onorevole Cento, n. 844 presentata il 14/6/2001 dall'Onorevole Cento, n. 683 presentata il 26/9/2001 dal Senatore Gubetti.* Roma, 31 gennaio 2002. (Disponible en Internet: http://www.unasam.it/pages/documenti/posassociazioni.htm)

UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Libro Verde. Mejorar la salud mental de la población. Hacia una estrategia de la Unión Europea en materia de salud mental. Bruselas, 14.10.2005 COM(2005) 484 final

UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007. Bruselas, 28.11.2005. COM(2005) 604 final.

UNIÓN EUROPEA. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Situación de las personas con discapacidad en la unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007.* Bruselas, 20 de abril de 2006

UNITED NATIONS. *Draft report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its seventh session.* (A/AC.265/2006/L.3 30) January 2006

UNITED NATIONS. OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *World Drug Report, Volume 1*(Disponible en internet: http://www.unodc.org/unodc/world_drug_report.html)

UNSWORTH, Clive. «Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order». *Journal of Law and Society*, Volumen 18, número 2, verano de 1991

URRUELA MORA, Assier. *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*. Ed. Comares. Bilbao-Granada, 2004

USÓ, Juan-Carlos. Drogas y Cultura de masas (1855-1995). Taurus, Madrid, 1995

VALENCIANO, Luis. *La asistencia al enfermo mental.* Publicaciones de Archivos de Neurobiología, Madrid, 1933

VALLEJO Ruiloba, Julio. «La psicopatología en el momento actual» en BACA, Enrique/ LÁZARO, José. *Hechos y valores en psiquiatría.* Editorial Triacastela. Madrid, 2003, páginas 143 a 158

VALLEJO RUILOBA, Julio. *Introducción a la psicopatología y la psiquiatría.* 4ª Edición. Editorial Masson. Barcelona, 1998

VARELA, Julia/ÁLVAREZ-URIA, Fernando *El cura Galeote asesino del obispo de Madrid-Alcalá,* Ediciones La Piqueta. Madrid, 1979

VARELA, Julia/ALVAREZ-URÍA, Fernando. *Sujetos frágiles. Ensayos de sociología de la desviación.* Editorial Fondo de Cultura Económica. Madrid, 1989

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos/SERRÁNO TÁRRAGA, María Dolores (coordinadores). *Derecho Penal Juvenil.* Dykinson, 2005

VECCHIETTI, Ambretta Maria. *Salute mentale e riforma sanitaria.* Università di Macerata. Milano – Dott. A. Giuffrè Editore, 1983

VEGA GUTIERREZ, Javier/VEGA GUTIERREZ, Jose Mª/ MARTINEZ BAZA, Pelegrín. *Experimentación humana en Europa. Legislación y aspectos bioéticos*, Universidad de Valladolid, 1997

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso. *La representación y disposición de los bienes de los hijos*. Editorial COLEX. Madrid, 1989

VENTURA MAS, Silvia. «Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las Unidades de Psiquiatría. Instrucciones Previas». En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental.* Curso celebrado en el Consejo General del Poder Judicial durante los días 26 a 28 de abril de 2006 (pendiente de publicación)

VEYNE Paul. *Historia de la vida privada. Imperio romano y antigüedad tardía.* Dirigida por Philippe Ariès y Georges Duby. Taurus. Madrid, 1991

VIADA Y VILASECA, Salvador. *Código Penal reformado de 1870*, Madrid, 1890

VICTORIA GOVERNMENT. DEPARTMENT OF HUMAN SERVICES. CHIEF PSYCHIATRIST. MENTAL HEALTH BRANCH. *Community Treatment Order Guidelines*. Melbourne, 2001

VILLAGRÁN, José M./LUQUE, Rogelio. *Psicopatología descriptiva: nuevas tendencias*. Editorial Trotta, Madrid, 2000

VIVES ANTÓN, Tomás S. «Presupuestos de la prevención en el tráfico de drogas» en VV.AA. *Problemática jurídica y psicosocial de las dorogas,* Generalitat Valenciana, Conselleria de Sanitat y Consum, Monografías sanitarias Serie A (Estudis), Valencia, 1987

VIVES ANTÓN, Tomás-S. (coordinador) *Comentarios al Código Penal de 1995;* Tirant lo Blanch; Valencia, 1996

WATSON, AMY ET AL. «Mental Health Courts and the Complex Issue of Mentally Ill Offenders». *Psychiatric Services*, abril de 2001, Volumen 52, nº 4, páginas 477 a 481

WERTHEIMER, Allan. *Coercion.* Princeton University Press. Princeton, New Jersey, 1989

WEXLER, David B. y CALDERÓN, Jeanine. «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del *derecho terapéutico*». *Revista*

Española de Investigación Criminológica REIC AC-01-04 (disponible en Internet www.criminologia.net)

WINDISCH, Norbert. *Die Praxis-Theorie der Psichiatria Democratica.* Salzburg, 1978 (disponible en internet http://kulturkritik.net/Download/Psychiatria%20Demokratica.pdf)

WINICK, Bruce J. *Civil Commitment. A Therapeutic Jurisprudence Model.* Carolina Academic Press, Durham, 2005

WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B. *Judging in a Therapeutic Key. Therapeutic Jurisprudence and the Courts.* Carolina Academic Press, Durham, 2003

WOLF, Robert, V. *Drug Treatment, managed care and the Courts.* Center for Court Innovation, Nueva York, 2004

WOLFF, Nancy. «Community reintegration of prisoners with mental illness: A social investment perspective» *International Journal of Law and Psychiatry* 28 (2005) 43-58

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Atlas: child and adolescent mental health resources: global concerns, implications for the future.* Geneva, 2005 (disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/resources/Child_ado_atlas.pdf)

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Caring for children and adolescents with mental disorders: setting WHO directions. Geneva*, 2003 (disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/media/en/785.pdf)

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Guidelines for the promotion of human rights of persons with mental disorder* Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. Geneva, 1996 (WHO/MNH/MND/95.4)

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Mental Health Atlas 2005.* Geneva, 2005

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Mental Health Care Law: Ten Basic Principles.* Division of Mental Health and Prevention of Substance Abuse. Geneva, 1996 (WHO/MNH/MIND/96.9)

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Mental Health in Europe. Country reports from the WHO European Network on Mental Health.* WHO Regional Office for Europe, Copenhagen, 2001

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Mental Health, Human Rights and Legislation: WHO's Framework.* (Disponible en Internet: WHOfact_sheet_mnh_hr_leg_2105[1].pdf)

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation* Department of Mental Health and Substance Abuse. Geneva, 2005. (Disponible en internet: http://www.who.int/mental_health/policy/who_rb_mnh_hr_leg_FINAL_11_07_05.pdf)

WORLD NETWORK OF USERS AND SURVIVORS OF PSYCHIATRY. *Against Forced Treatment.* General Assembly in Vancouver, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/resolutions.html)

WORLD NETWORK OF USERS AND SURVIVORS OF PSYCHIATRY. *Comments on the Draft*
WHO Manual on Mental Health Legislation. July 12, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/Comments%20on%20the%20Draft.ht ml)

World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Position paper on the principles for the protection of persons with mental illness.* Assembly in Vancouver, 2001. Disponible en Internet (http://www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/positionpaper.html)

World Network of Users and Survivors of Psychiatry. *Statutes*. Vancouver, 2001. Disponible en Internet (www.wnusp.org/wnusp%20evas/Dokumenter/statutes.html)

Xalabarder, E. *Valía Higiénico-social de los manicomios judiciales.* Gaceta Médica Catalana. Tomo XXIV. Núm.2 -continúa también en los números siguientes-, Barcelona 31 de enero de 1901, núms. 566 y ss.

Zdanowicz, Mary. «Kendra's law victory belongs to program participants». *Treatment Advocacy Center.* July 1, 2005. (disponible en internet: http://www.psychlaws.org/PressRoom/stmt-MTZpassageKL.pdf)

Zigmond, Tony. «A new Mental Health Act for England and Wales: grounds for compulsion». *Advances in Psychiatric Treatment* (2004), vol. 10, 243–246

Zimberg, Sheldon. «Introducción y conceptos generales del diagnóstico dual» en Solomon, Joel et al. *Diagnóstico dual*, Ediciones en neurociencias, S.L., Barcelona, 1996, páginas 21 a 40

Zugaldía Espinar, José-Miguel. «La aplicación de medidas de seguridad a drogodependientes en los casos no previstos expresamente por la Ley» *Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 288.* Editorial Aranzadi, S.A., 1997

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. ASAMBLEA GENERAL [1889]

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Proclamada en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971 (disponible en internet www.unhchr.ch/spanish/html/men3/b/m_mental_sp.htm)

Declaración de los Derechos de los Impedidos. Proclamada en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975 (disponible en internet www.unhchr.ch/spanish/html/men3/b/72_sp.htm)

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing»). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990

[1889] Disponibles en internet, en castellano, en la página web oficial de Naciones Unidas (www.un.org)

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119). (Disponible en Internet: www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/68_sp.htm)

Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993. (Disponible en internet: www.un.org/esa/socdev/enable/dissres0.htm)

Resolucion 56/168 de 19 de diciembre 2001. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Resolución 59/198 de 22 de marzo de 2005. Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. (A/RES/59/198)

Resolución 61/106 de 13 de diciembre de 2006. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/RES/61/106)

COUNCIL OF EUROPE [1890]

Parlamentary Assembly

Recommendation 818 (1977) *on the situation of the mentally ill*. Text adopted by the Assembly on 8 October 1977 (12th Sitting).

Recommendation 1235 (1994) *on psychiatry and human rights*. Text adopted by the Assembly on 12 April 1994 (10th Sitting).

Resolution 1460 (2005) *Improving the response to mental health needs in Europe*. Text adopted by the Assembly on 24 June 2005 (24th Sitting).

Committee of Ministers

Recommendation no. R (83) 2 of the Committee of Ministers to member states *concerning the legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 February 1983 at the 356th meeting of the Ministers' Deputies)

[1890] Disponibles en internet, en inglés y francés, en la página web oficial del Consejo de Europa (http://www.coe.int)

Recommendation Nº R (87) 20 of the Committee of Ministers to member states *on social reactions to juvenile delinquency* (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Nº R (92) 6 of the Committee of Ministers to Member States *on a coherent policy for people with disabilities* (adopted by the committee of ministers on 9 april 1992 at the 474th meeting of the ministers' deputies)

Recommendation No. R (92) 16 of the committee of ministers to member states *on the European Rules on community sanctions and measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992 at the 482nd meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Nº R (97) 17 of the Committee of Ministers to member states *on the development and implementation of quality improvement systems (QIS) in health care* (Adopted by the Committee of Ministers on 30 September 1997 at the 602nd meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Nº R (98) 9 of the Committee of Ministers to member states *on dependence* (Adopted by the Committee of Ministers on 18 September 1998 at the 641st meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Nº R(99)4 of the Committee of Ministers to member states *on principles concerning the legal protection of incapable adults* (*Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Minister's Deputies*)

Recommendation No. R (2000) 5 of the Committee of Ministers to member states *on the development of structures for citizen and patient participation in the decision-making process affecting health care* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2001)12 of the Committee of Ministers to member states *on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations (Adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2001at the 768th meeting of the Ministers' Deputies)*

Recommendation Rec(2000)20 of the Committee of Ministers to member states *on the role of early psychosocial intervention in the prevention of criminality (Adopted by the Committee of Ministers on 6 October 2000 at the 724th meeting of the Ministers' Deputies)*

Recommendation Rec(2000)22 of the committee of ministers to member states *on improving the implementation of the European rules on community sanchtions and measures* (Adopted by the Committee of Ministers on 29 November 2000 at the 731st meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2003)20 of the Committee of Ministers to member states *concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member states *on conditional release (parole)* (Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder* (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states *on the European Prison Rules* (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2006)5 of the Committee of Ministers to member states on the Council of Europe Action Plan to promote the rights and full participation of people with disabilities in society: improving the quality of life of people with disabilities in Europe 2006-2015 *(Adopted by the Committee of Ministers on 5 April 2006 at the 961st meting of the Ministers' Deputies)*

Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states *on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse* (Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2006)17 of the Committee of Ministers to member states *on hospitals in transition: a new balance between institutional and community care* (Adopted by the Committee of Ministers on 8 November 2006 at the 979th meeting of the Ministers' Deputies)

Recommendation Rec(2006)18 of the Committee of Ministers to member states *on health services in a multicultural society* (Adopted by the Committee of Ministers on 8 November 2006 at the 979th meeting of the Ministers' Deputies)

Fiscalía General del Estado

Circular nº 2/1984 «En torno al artículo 211 del Código Civil: El internamiento de incapaces presuntos». Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1985, páginas 339 a 351

Instrucción nº 6/1987 «Sobre el control necesario de los internamientos psiquiátricos por parte del Ministerio Fiscal» Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1988, páginas 483 a 485

Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado «enajenación mental del imputado sobrevenida tras el Auto de apertura del Juicio Oral y antes de la celebración de este: sus efectos sobre el proceso». Memoria de la Fiscalía General del Estado, año 1990, páginas. 443 a 454

Instrucción nº 3/1989 sobre intervención del Fiscal en el orden civil. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1990, páginas 535 a 536

Instrucción nº 3/1990 «Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad» Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1991, páginas 659 a 662

Consulta 2/93 de 15 de octubre «De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil», Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1994, páginas 949 a 957

Consulta número 5/1997 de 24 de febrero de la Fiscalía General del Estado sobre el límite temporal de la medida de seguridad de internamiento en el nuevo Código Penal. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, páginas 627 a 632

Consulta 6/1997 de 15 de julio sobre el criterio determinante de la commpetencia territorial en los procesos civiles de incapacitación seguidos contra quienes se hallan internos en un establecimiento psiquiátrico penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad dictada en un proceso penal. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, páginas 633 a 647

Consulta 2/1998, de 3 de abril sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1999, páginas 519 a 532

Consulta 5/1999 de 16 de diciembre sobre los problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trrastorno mentl grave sobrevenido a la sentencia firme. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2000, páginas 549 a 558.

Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero por la que se regula la responsabilidad de los menores. Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, páginas 475 y ss

Circular 1/2001, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (apartado VII.2, páginas 487 a 491). Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2001, páginas 467 a 533

Circular 2/2004, de 22 diciembre 2004 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte). (EDL 2004/184606)

Circular 1/2005, de 31 de marzo de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (Segunda Parte). EDL 2005/33563

Circular 2/2005, de 31 de marzo de 2005, sobre la reforma del código penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas (EDL 2005/33564)

Instrucción nº 5/2006. Sobre los efectos de la derogación del artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, prevista por Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre. Madrid, 20 de diciembre de 2006

PROYECTOS DE REFORMAS LEGISLATIVAS CITADOS EN EL TEXTO

España

Proposición de Ley de CiU (nº expdte.122/000085)

Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (Boletín Oficial de las Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A: 27 de octubre de 2006 Núm. 109-1 Proyectos de Ley. Proyectos de Ley 121/000109)

Italia

CAMERA DEI DIPUTATI. XIV Legislatura n. 174. *Proposta di legge d'iniziativa del deputado Burani Procaccini. Norme per la prevenzione e la cura delle malattie mentali, presentata il 30 maggio 2001*. Disponible en Internet, en la página web de la Camera dei Diputati: http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/pdf/14PDL0002120.pdf.

Reino unido

DEPARTMENT OF HEALTH. Draft Mental Health bill presented to Parliament by the Secretary of State for the Department of Health, June 2002 (Cm 5538) Disponible en internet: http://www.dh.gov.uk/assetRoot/04/07/47/22/04074722.pdf

DEPARTMENT OF HEALTH. *Draft Mental Health Bill presented to Parliament by the Secretary of State for Health by command of Her Majesty,* September 2004 (Disponible en internet: http://www.official-documents.co.uk/document/cm63/6305/6305.pdf)

DEPARTMENT OF HEALTH. Mental Health Bill 2006 presented to Parliament on 16 November 2006. Disponible en internet: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldbills/001/2007001.pdf

Alemania

BUNDESRAT. Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts (... Betreuungsrechtsänderungsgesetz - ... BtÄndG) - Antrag der Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Sachsen, und Niedersachsen, Rheinland-Pfalz - Bundesrat, 8/12/03. Drucksache 865/1/03 (disponible en internet, en la página web oficial: http://www.bundesrat.de)

Naciones Unidas

Working Text - International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Seventh Session of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. 16 January - 3 February 2006. Revisions and amendments at the Seventh Session of the Ad Hoc Committee (disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7ann2rep.htm) *Draft Convention on the rights of persons with disabilities and draft optional Protocol (Advance unedited version).* Eighth session of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. New York, 14-25 August 2006 (disponible en internet: http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc-8docs/ahc8draftconv.doc)

SENTENCIAS CONSULTADAS Y CITADAS EN EL TEXTO

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Caso *De Wilde, Ooms, Versyp contra Bélgica,* Sentencia de fecha 18-06-1971, nº 2832/1966 2835/1966 2899/1966 (EDJ 1971/1)

Caso *Engel y otros contra los Países Bajos*, Sentencia de fecha 8 junio 1976, nº 5100/1971 5101/1971 5102/1971 5354/1972 5370/1972 (EDJ 1976/3)

Caso *Winterwerp contra Holanda,* Sentencia de fecha 24-10-1979, nº 6301/1973 (EDE 79/483)

Caso *Guzzardi contra Italia*, Sentencia de fecha 6-11-1980, nº 7367/1976 (EDJ 1980/646) Caso *X contra el Reino Unido,* Sentencia de fecha 5-11-1981, nº 7215/1975 (EDE 81/1161) Caso *Luberti contra Italia,* Sentencia de fecha 23-2-1984, nº 9019/1980 (EDE 84/6849)

Caso *Ashingdane contra el Reino Unido,* Sentencia de fecha 28-5-1985, nº 8225/1978 (EDE 85/6982)

Caso *Van der Leer contra los Países Bajos,* Sentencia de fecha 21-2-1990, nº 11509/1985 (EDE 90/12352)

Caso *E Contra Noruega,* Sentencia de fecha 29-8-1990, nº 11701/1985 (EDE 90/12368)

Caso *Nielsen contra Dinamarca*, Sentencia de fecha 28-11-1988, nº 10929/1984 (EDJ 1988/10489)

Caso *Koendjbiharie contra Holanda,* Sentencia de fecha 25-10-1990, nº 11487/1985 (EDJ 1990/12379)

Caso *Megyeri contra Alemania,* Sentencia de fecha 12-5-1992, nº 13770/1988 (EDE 92/13837)

Caso *Wassink contra los Países Bajos, Sentencia* de fecha 27-09-1990, nº 12535/1986 (EDE 90/12373)
Caso *Thynne, Wilson y Gunnell contra Reino Unido*, Sentencia de fecha 25-10-1990, nº 11787/1985 11978/1986 12009/1986 (EDJ 1990/12378)
Caso *Herczegfalvy contra Austria,* Sentencia de fecha 24-09-1992, nº 10533/1983 (EDE 92/13846)
Caso *Silva Rocha contra Portugal*, Sentencia de fecha 15-11-1996, nº 18165/1991 (EDE 96/12143)
Caso *Johnson contra el Reino Unido*, Sentencia de fecha 24-10-1997, nº 22520/1993 (EDE 97/15812)
Caso *Aerts contra Bélgica,* Sentencia de fecha 30-07-1998, nº 25357/1994 (EDE 98/12798)
Caso *Musial contra Polonia*, Sentencia de fecha 25-03-1999, Base de Datos Thomson-Aranzadi TEDH 1999/12
Caso *Matter contra Eslovaquia,* Sentencia de fecha 5-7-1999, nº 31534/1996 (EDE 1999/26266)
Caso *Riera Blume y otros contra España,* Sentencia de 14-10-1999, nº 37680/1997 (EDE 1999/27182)
Caso *Witold Litwa contra Polonia,* Sentencia de fecha 4-04-2000, nº 26629/1995 (EDE 2000/3905)
Caso *Varbanov contra Bulgaria,* Sentencia de fecha 5-10-2000, nº 31365/1996 (EDE 2000/26827)
Caso *Vodenicarov contra Eslovaquia*, Sentencia de fecha 21-12-2000, nº 24530/1994 (EDJ 2000/40288)
Caso *D. N. contra Suiza*, Sentencia de fecha 29-3-2001, nº 27154/1995 (EDJ 2001/2553)
Caso *Rutten contra Holanda*, Sentencia de fecha 24-07-2001, Base de Datos Thomson-Aranzadi TEDH 2001/484
Caso *H.M. contra Suiza*, Sentencia de fecha 26 de febrero de 2002, Base de datos HUDOC (Second Section, Application no. 39187/98)
Caso *Magalhaes Pereira contra Portugal,* Sentencia de fecha 26-02-2002, Base de Datos Thomson-Aranzadi JUR 2002/75691
Caso *Delbec contra Francia,* Sentencia de fecha 18-06-2002. Base de Datos Thomson-Aranzadi JUR 2002/205156
Caso *Laidin contra Francia,* Sentencia de fecha 5-11-2002, nº 43191/1998 (EDJ 2002/60923)
Caso *Hutchison Reid contra Reino Unido*, Sentencia de fecha 20-2-2003, nº 50272/1999 (EDJ 2003/3024)
Caso *Herz contra Alemania,* Sentencia de fecha 12-6-2003, nº 44672/1998 (EDJ 2003/12049)
Caso *Kolanis contra el Reino Unido,* Sentencia de fecha 21 de junio de 2005, Base de datos HUDOC (Fourth Section, Application nº 517/02).

Tribunal Constitucional

TC Sala 2ª, Sentencia de fecha 17-02-1984, núm. 22/1984, rec. 59/1983, BOE 59/1984, de 9 marzo 1984; Pte: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (EDE 1984/22) (sobre entrada en domicilio)

TC Pleno, Sentencia de fecha 14-2-1991, núm. 36/1991, rec. 1001/1988, BOE 66/1991, de 18 marzo 1991; Pte: Rubio LLorente, Francisco (EDJ 1991/1562) (legislación penal del menor)

TC Sala 1ª, Sentencia de fecha 14-12-1992, núm. 224/1992, rec. 679/1989, BOE 16/1993, de 19 enero 1993; Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDJ 1992/12333) (denegación del beneficio de suspensión de ejecución) TC Pleno, Sentencia de fecha 21-01-1993, núm. 24/1993, rec. 1376/1988, BOE 47/1993, de 24 febrero 1993; Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles (EDJ 1993/298) (cuestión de inconstitucionalidad del artículo 8 nº 1 del C.P., texto refundido de 1973)

TC Sala 1ª, S 28-6-1993, núm. 209/1993, rec. 262/1990, BOE 183/1993, de 2 agosto 1993; Pte: Mendizábal Allende, Rafael de (EDJ 1993/6336) (sobre el beneficio de suspensión de ejecución)

TC Sala 2ª, sec. 4ª, Auto de fecha 14-03-1994, núm. 83/1994, rec. 1775/1993 (EDJ 1994/13522) (internamiento penal motivado por falta)

TC Pleno, Sentencia de fecha 14-7-1994, núm. 215/1994, rec. 1415/1992, BOE 197/1994, de 18 agosto 1994; Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando (EDE 94/10563) (sobre esterilización)

TC Sala 2ª, Sentencia de fecha 11-3-1996, núm. 35/1996, rec. 2955/1992, BOE 93/1996, de 17 abril 1996; Pte: Gabaldón López, José (EDE 1996/896) (pruebas radiológicas acordadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria)

TC 1ª, S 16-12-1996, núm. 207/1996, rec. 1789/1996, BOE 19/1997, de 22 enero 1997; Pte: Gimeno Sendra, Vicente (EDJ 1996/9681) (sobre intervenciones corporales)

TC Sala 1ª, Sentencia de fecha 8-03-1999, núm. 28/1999, rec. 3784/1995, BOE 89/1999, de 14 abril 1999; Pte: Cruz Villalón, Pedro (EDJ 1999/1840) (privación del uso de la vivienda en aplicación de la ley de propiedad horizontal)

TC Pleno, Sentencia de fecha 5-7-1999, núm. 129/1999, rec. 19/1994, BOE 181/1999, de 30 julio 1999; Pte: Garrido Falla, Fernando (EDJ 1999/13066) (inconstitucionalidad del artículo 211 del Código Civil)

TC Sala 2ª, Sentencia de fecha 18-12-2000, núm. 311/2000, rec. 1158/1998, Fecha BOE 16-01-2001; Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente (EDE 2000/40310) (divorcio instado por representante legal de persona incapacitada)

TC Sala 2ª, S 16-07-2001, núm. 169/2001, rec. 3824/1999, BOE 194/2001, de 14 agosto 2001; Pte: González Campos, Julio Diego (EDE 2001/26471) (medidas limitatdoras de derechos fundamentales)

TC Sala 1ª, Sentencia de fecha 16-06-2003, nº 110/2003, rec. 2375/1998, BOE 170/2003, de 17 julio 2003; Pte: Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge (EDJ 2003/30605) (sobre el beneficio de la suspensión de la ejecución)

TC, Sala 2ª, Sentencia de fecha 2-11-2004, nº 191/2004, rec. 6674/2002, 126/2003; BOE 290/2004, de 2 de diciembre de 2004; Pte: Sala Sánchez, Pascual (EDJ 2004/156810) (sobre la posible aplicación del internamiento psiquiátrico cautelar de inimputables)

TC, Sección 3ª, Auto de fecha 29-11-2004, nº 474/2004, rec. 4905/2004(EDJ 2004/267463) (libertad provisional)

TC Sala 1ª, Sentencia de fecha 15-11-2004, rec. 6587/2003, BOE 306/2004, de 21 diciembre 2004. Pte: Casas Baamonde, María Emilia; Pte: Casas Baamonde, María Emilia (EDJ 2004/174008) (sobre el beneficio de la suspensión de la ejecución)

Tribunal Supremo

Sala 1ª

Sentencia de fecha 06-02-1968, núm. 81/1968. Pte: Cantos Guerrero, Antonio (EDE 1968/85) (graduación de la capacidad)

Sentencia de fecha 1-03-1985, núm. 141/1985. Pte: Albácar López, José Luis (EDJ 1985/7199) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 10-02-1986, Pte: Fernández Rodríguez, Antonio (EDJ 1986/1121) (enfermedades de carácter cíclico)

Sentencia de fecha 20-02-1989. Pte: Carretero Pérez, Antonio (EDJ 1989/1796) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 12-06-1989. Pte: Latour Brotóns, Juan (EDJ 1989/5938) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 19-4-1990. Pte. Sr. Almagro Nosete (EDJ 1990/4224) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 20-03-1991, Pte: Fernández-Cid de Temes, Eduardo (EDJ 1991/3017) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 31-12-1991, rec. 2672/1989. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso (EDE 1991/12410) (graduación)

Sentencia de fecha 22-07-1993, nº 776/1993, rec. 3477/1990. Pte: Burgos y Pérez de Andrade, Gumersindo (EDJ 1993/7533) (personas jurídicas tutoras)

Sentencia de fecha 30-12-1995, nº 1155/1995, rec. 2240/1992. Pte: Morales Morales, Francisco (EDJ 1995/7312) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 5-3-1997, rec. 1205/1993. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDJ 1997/1319) (responsabilidad civil)

Sentencia de fecha 9-06-1997, nº 520/1997, rec. 2931/1995. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDJ 1997/6831) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 9-6-1997, núm. 520/1997, rec. 2931/1995. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDE 97/6831) (procedimiento de incapacitación)

Sentencia de fecha 27-01-1998, nº 24/1998, rec. 1946/1997. Pte: O'Callaghan Muñoz, Xavier (EDJ 1998/315) (procedimiento de incapacitación y tutela)
Sentencia de fecha 28-07-1998, núm. 818/1998, rec. 1351/1994. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDE 1998/12946) (enfermedades de carácter cíclico)
Sentencia de fecha 26-07-1999, núm. 683/1999, rec. 206/1995. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDE 1999/33311) (incapacitación y control médico ambulatorio)
Sentencia de fecha 17-2-2000, nº 145/2000, rec. 1389/1995. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDJ 2000/868) (responsabilidad civil)
Sentencia de fecha 8-5-2001, nº 433/2001, rec. 1089/1996. Pte: Corbal Fernández, Jesús (EDJ 2001/5533) (responsabilidad civil)
Sentencia de fecha 21-6-2001, nº 638/2001, rec. 1459/1996. Pte: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel (EDJ 2001/11630) (responsabilidad civil)
Sentencia de fecha 15 octubre 2001, nº 926/2001, rec. 2069/1996. Pte: Romero Lorenzo, Antonio (EDJ 2001/33575) (procedimiento de incapacitación)
Sentencia de fecha 14-05-2003, nº 448/2003, rec. 3106/1997. Pte: Romero Lorenzo, Antonio (EDJ 2003/17164) (procedimiento de incapacitación)
Sentencia de fecha 14-07-2004, nº 781/2004, rec. 584/2000. Pte: González Poveda, Pedro (EDJ 2004/86791) (autogobierno)
STS Sala 1ª de 15 julio 2005, nº 610/2005, rec. 3116/2002. Pte: González Poveda, Pedro (EDJ 2005/116823) (procedimiento de incapacitación)

Sala 2ª

Sentencia de fecha 21 julio 1992, nº 1782/1992, rec. 19/1990. Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 1992/8214) (delito contra la salud pública)
Sentencia de fecha 15-9-1992, rec. 5682/1992, rec. 5682/1992. Pte: Puerta Luis, Luis Román (EDE 92/8794) (atenuante por analogía de drogadicción)
Sentencia de fecha 30-10-1992, nº 2356/1992, rec. 1173/1991. Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 1992/10652) (atenuantes de análoga significación)
Sentencia de fecha 31-3-1993, nº 718/1993, rec. 787/1992. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique, (EDJ 1993/3199) (internamiento penal por falta)
Sentencia de fecha 2-04-1993, Rec. 323/1991. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 1993/3274) (capacidad procesal)
Sentencia de fecha 28-1-1997, núm. 119/1997, rec. 824/1996. Pte: Granados Pérez, Carlos (EDE 97/453) (atenuante analógica de enajenación mental)
Sentencia de fecha 24-10-1997, núm. 1283/1997, rec. 1215/1996-. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDE 97/7930) (presupuestos psiquiátricos psicológicos en la circunstancia de enajenación mental)
Sentencia de fecha 27-04-1998, nº 578/1998, rec. 2137/1997. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDJ 1998/2311) (beneficio de suspensión de la ejecución)

Sentencia de fecha 17-11-1998, nº 1385/1998, rec. 2164/1997. Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 1998/26971) (atenuante de arrebato u obcecación)
Sentencia de fecha 4-01-2000, nº 1880/1999, rec. 3908/1998. Pte: Martín Canivell, Joaquín (EDJ 2000/344) (beneficio de suspensión de la ejecución)
Sentencia de fecha 11-4-2000, nº 628/2000, rec. 1334/1998. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/4635) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 5-06-2000, nº 1007/2000, rec. 658/1999. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/10881) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 16-10-2000, nº 1597/2000, rec. 1548/1999. Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2000/31891) (beneficio de suspensión de la ejecución)
Sentencia de fecha 16-10-2000, nº 1602/2000. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2000/31892) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 17-11-2000, nº 1775/2000. Pte: Sánchez Melgar, Julián (EDJ 2000/37124) (delito de allanamiento de morada)
Sentencia de fecha 20-11-2000, nº 1341/2000. Pte: Prego de Oliver y Tolivar, Adolfo (EDJ 2000/38951) (presupuestos de la eximente de enajenación mental)
Sentencia de fecha 23-11-2000, nº 1830/2000, rec. 1567/1999. Pte: Martínez Arrieta, Andrés (EDJ 2000/39261) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 26-10-2001, nº 2037/2001, rec. 4093/1999. Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2001/40284) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 12-11-2001, nº 2107/2001, rec. 26/2000. Pte: Delgado García, Joaquín Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2001/46055) (límite temporal de la medida de seguridad)
Sentencia de fecha 20-2-2002, nº 307/2002, rec. 359/2001. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2002/3113) (límite temporal de la medida de seguridad)
Sentencia de fecha 25-03-2002, nº 571/2002, rec. 3134/2000. Pte: Jiménez Villarejo, José (EDJ 2002/9851) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 30-04-2002, nº 809/2002, rec. 2422/2000. Pte: Soriano Soriano, José Ramón (EDJ 2002/13168) (atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 15-07-2002, nº 1332/2002, rec. 48/2002. Pte: Aparicio Calvo-Rubio, José (EDJ 2002/33116) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 18-07-2002, nº 1381/2002, rec. 821/2001. Pte: García Ancos, Gregorio; (EDJ 2002/28448) (esquizofrenia)
Sentencia de fecha 23-09-2002, nº 1498/2002, rec. 408/2001. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 2002/35932) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)

Sentencia de fecha 10-12-2002, nº 2066/2002, rec. 1821/2001. Pte: García Ancos, Gregorio (EDJ 2002/55438) (medida de seguridad en atenuante de grave adicción)
Sentencia de fecha 12-9-2003, nº 1176/2003, rec. 997/2002. Pte: Delgado García, Joaquín Pte: Delgado García, Joaquín. (EDJ 2003/108138) (límite temporal de la medida de seguridad)
Sentencia de fecha 12-03-2004, nº 298/2004, rec. 386/2003. Pte: Conde-Pumpido Tourón, Cándido (EDJ 2004/13206) (beneficio de suspensión de la ejecución)
Sentencia de fecha 25-3-2004, nº 377/2004. Pte: Bacigalupo Zapater, Enrique (EDJ 2004/51845) (inducción a menor a abandono de hogar)
Sentencia de fecha 23-07-2004, nº 971/2004, rec. 18/2004. Pte: Maza Martín, José Manuel (EDJ 2004/159798) (capacidad procesal)
Sentencia de fecha 9-03- 2005 , nº 314/2005, rec. 541/2004. Pte: Ramos Gancedo, Diego Antonio (EDJ 2005/40667) (trastorno de personalidad)
Sentencia de fecha 1-04-2005, nº 452/2005, rec. 1159/2003. Pte: Martín Pallín, José Antonio (EDJ 2005/68311) (esquizofrenia)
Sentencia de fecha 26-9-2005, nº 1156/2005, rec. 781/2004. Pte: Giménez García, Joaquín (EDJ 2005/187655) (medida de alejamiento)
STS Sala 2ª de 29 septiembre 2005, nº 1111/2005, rec. 986/2004. Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2005/162018) (esquizofrenia)
Sentencia de fecha 29 septiembre 2005, nº 1111/2005, rec. 986/2004. Pte: Delgado García, Joaquín (EDJ 2005/162018) (esquizofrenia)
Sentencia de 14 de junio de 2006 de la Sala 2ª, Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón EDJ 2006/98746 (capacidad procesal en proceso penal)

Sala 3ª

Sección. 7ª, Sentencia de fecha 19-11-1999, rec. 522/1997. Pte: Goded Miranda, Manuel (EDJ 1999/45157) (jubilación forzosa por incapacidad)
Sección 7ª, Sentencia de fecha 17-9-2002, rec. 257/1998. Pte: González Rivas, Juan José (EDJ 2002/35071) (jubilación forzosa por incapacidad)
Sección 7ª, Sentencia de fecha 30-01-2006, rec. 270/2003. Pte: Calvo Rojas, Eduardo (EDJ 2006/8543) (jubilación forzosa por incapacidad)
Sección 1ª, Sentencia de fecha 12-05-1989, Pte: García-Ramos Iturralde, Juan (EDJ 1989/4942) (permiso de armas)

Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales

STSJ Valencia Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, de fecha 19 de junio de 2003, rec. 185/2003, Pte: Vidal Más, Rosario. EDJ 2003/193602) (permiso de conducir)

Audiencia Provincial de Alicante, Autos 259 y 260/96 de la Sección 4ª, fechados ambos el 3-07-1996 (consulta directa) (internamiento de menores)

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, Sentencia de fecha 15-12-1999; rec. 910/1999. Pte: Villagrasa Alcaide, Carlos (EDE 1999/56305) (curatela y tratamiento médico)

Audiencia Provincial de Ciudad Real, sec. 1ª, Sentencia de fecha 10-3-1999, nº 75/1999, rec. 457/1998. Pte: Torres Fernández de Sevilla, José María (EDJ 1999/10146) (curatela)

Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6ª, Auto nº 152/00 de fecha 26-01-2000; Rollo de Apelación nº 66-A/2000 (consulta directa) (tutela de entidades públicas)

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, Sentencia de fecha 08-05-2000; rec. 1219/1999. Pte: Anglada Fors, Enrique (EDJ 2000/23084) (tutela y tratamiento médico)

Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sec. 2ª, Sentencia de fecha 18-5-2000, rec. 2034/1999. Pte: Blánquez Pérez, Luis (EDJ 2000/75277) (alcoholismo)

Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, Sentencia de fecha 16 de octubre de 2003; nº 517/2003, rec 16/2003, Pte. Bonet Navarro, José, (EDJ 2003/155893) (tutela y tratamiento médico)

Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª, Auto de fecha 4-6-2004, nº 147/2004, rec. 128/2004. Pte: Bachs Estany, José María (EDJ 2004/88350) (Competencia territorial seguimiento internamiento)

Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3ª Sentencia de fecha 25-01-2005; rec 477/2004. Pte. Marco Cacho, Concepción EDJ 2005/33186) (curatela y tratamiento)

Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, Sentencia de fecha 25-04-2005; rec. 51/2004. Pte: Velázquez de Castro Puerta, Fulgencio V. (EDJ 2005/77514) (curatela y tratamiento)

Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, Sentencia de fecha 27-04-2005 nº 261/2005, rec. 206/2005, Pte. Manzana Laguarda, Mª Pilar (EDJ 2005/95789) (rehabilitación de la patria potestad y tratamiento)

Audiencia Provincial de Valencia, sec. 8ª, Sentencia de fecha 17-5-2005, nº 277/2005, rec. 299/2005. Pte: Casas Herraiz, Olga (EDJ 2005/95700) (responsabilidad civil)

Audiencia Provincial de Alicante, sec. 5ª, Auto de fecha 15-3-2005, nº 41/2005, rec. 54/2005. Pte: Trascasa Blanco, Cristina (EDJ 2005/63042) (Competencia territorial seguimiento internamiento)

Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, Auto de fecha 25-8-2005, nº 111/2005, rec. 98/2005. Pte: Víñez Argüeso, Silvia (EDJ 2005/207532) (Medida cautelar de internamiento)

Audiencia Provincial de Alicante, sec. 5ª, Auto de fecha 8-9-2005, nº 109/2005, rec. 293/2005. Pte: Ubeda Mulero, José Luis (EDJ 2005/180647) (Competencia territorial seguimiento internamiento)

Tribunales Estadounidenses

U.S. Supreme Court

Baxstrom v. Herold, de 23 de febrero de 1966; 383 U.S. 107 (1966); Ponente: Chief Justice Warren (FINDLAW)
In re Gault, de 15 de mayo de 1967; 387 U.S. 1 (1967); Ponente: Justice Fortas; (FINDLAW)
O´Connor v. Donaldson, de 26 de junio de 1975; 422 U.S. 563 (1975); Ponente: Justice Stewart (FINDLAW)
Addington v. Texas, de 30 de abril de 1979; 441 U.S. 418 (1979); Ponente: Chief Justice Burger (FINDLAW)
Parham v. J.R., de 26 de junio de 1979, 442 U.S. 584 (1979); Ponente: Mr. Chief Justice Burguer (FINDLAW)
Zinermon v. Burch, de 27 de febrero de 1990, 494 U.S. 113 (1990); Ponente: Justice Blackmun (FINDLAW)
Washington v. Harper, 27 de febrero de 1990, 494 U.S. 210 (1990); Ponente: Justice Kennedy (FINDLAW)
Cruzan v. Director, Missouri Department. of Health, de 25 de junio de 1990, 497 U.S. 261 (1990); Ponente: Chief Justice Rehnquist (FINDLAW)
Riggins v. Nevada, de 18 de mayo de 1992, 504 U.S. 127 (1992); Ponente: Justice O'Connor (FINDLAW)
Heller v. Doe, de 24 de junio de 1993, 509 U.S. 312 (1993); Ponente: Justice Kennedy (FINDLAW)
Kansas v. Hendricks, de 23 de junio de 1997, 521 U.S. 346 (1997); Ponente: Justice Thomas (FINDLAW)
Olmstead v. L. C. and E. W., de 22 de junio de 1999, 527 U.S. 581 (1999); Ponente: Justice Ginsburg (FINDLAW).
Kansas v. Crane, de 22 de enero de 2002, 534 U.S. 407 (2002); Ponente: Justice Breyer (FINDLAW)
Sell v. United States, de 16 de junio de 2003, 539 U.S. 166; Ponente: Justice Breyer (FINDLAW)

Court of Appeals for the Second Circuit

Hargrave v Vermont, 340 F. 3d 27 [2nd Cir 2003], de 1 de agosto de 2003; Docket No. 02-7160; Ponente: José A. Cabranes, *Circuit Judge* (Disponible en internet: http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/027160p.pdf).
(La sentencia recurrida del Magistrado Federal del Distrito de Vermont, Sr. Niedermeier, se encuentra disponible en formato original en la página web del Bazelon Center - *Hargrave v. State of Vermont*, No. 2:99-CV-128 D. Vt. Oct. 11, 2001 - http://www.bazelon.org/issues/advancedirectives/hargrave.pdf)

Court of Appeals of New York

Schloendorff, v. The Society of the New York Hospital, de 14 de abril de 1914; 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92; Ponente: Justice Cardozo (disponible en internet: http://wings.buffalo.edu/faculty/research/bioethics/schloen1.html).

In the Matter of K.L. (Anonymous) v. Glenn Martin de 17 de febrero de 2004 (2- Nº 6) (Pte. Chief Judge Judith S. Kaye) (FINDLAW, también disponible en la página web de la Corte, http://www.nycourts.gov/courts/appeals/decisions/feb04/6opn04.pdf).

Corte Costituzionale della Repubblica Italiana

Sentencia n. 74 de 20 de junio (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 6 de julio 1968); Relatore: Prof. Michele Fragali (www.cortecostituzionale.it)

Sentencia n. 110 de 5 de abril de 1974 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 24 de abril de 1974); Relatore: Dott. Nicola Reale (www.cortecostituzionale.it).

Sentencia n. 139 de 8 de julio de 1982 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 4 agosto 1982); Relatore: Avv. Alberto Malagugini (www.cortecostituzionale.it).

Sentencia n. 249 de 15 de julio de 1983 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 3 agosto 1983); Relatore: Avv. Alberto Malagugini (www.cortecostituzionale.it).

Sentencia n. 324 de 14 julio de 1998 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 29 julio de 1998); Relatore: D. Valerio Onida (www.cortecostituzionale.it).

Sentencia nº 253/2003 de 18 de julio de 2003 (publicada en la *Gazzetta Ufficiale* de 23 de julio de 2003); Relatore: D. Valerio Onida (www.cortecostituzionale.it).

Court de Cassation

Arrêt CIV. 1re, 21 de enero de 1992.- MM. Massip, f.f. prés.- Gélineau-Larrivet, rap. (Recueil Dalloz Sirey, 1992, 41e Cahier-Jurisprudence, pág. 498 y 499)

Bundesgerichtshof

Beschluss vom 11.Oktober 2000, XII ZB 69/00. Puede consultarse en la base de datos del Bundesgerichtshof (http://www.bundesgerichtshof.de)

Tribunales Británicos

Court of Appeal (Civil Division)

In the matter of F (Adult Patient) [2000] EWCA Civ 192, Case nº 2000/0094. Strand, London WC2A 2LL, 26 de junio de 2000 (L. J. Thorpe and L. J. Sedley) (BAILII)

Camden and Islington Health Authority Ex parte K, R v [2001] EWCA Civ 240; Case nº: C/2000/2375; 21 de febrero de 2001. ((L. J. Justice Barton) (BAILII)

R (on the application of Wilkinson) v. Broadmoor Hospital [2001] EWCA Civ 1545; Case No: C/2000/2267; London, WC2A 2LL Monday 22 October 2001 (L.J. Simon Brown, L.J. Brooke y L.J. Hale) (BAILII)

High Court of Justice (Queen's Bench Division)

Regina v The Managers, Warley Hospital [BHB Community Healthcare NHS Trust] Taylor [Dr. Jason] ex parte Barker. R v. [1998] EWHC Admin 519. Case nº CO/769/98 CO/772/98, 11 de mayo de 1998 (L. J. Richards) (BAILII)

House of Lords

In Re L (By His Next Friend Ge) (Respondent) de 25 Junio de 1998 [1998] UKHL 24 (Lord Goff of Chieveley, Lord Lloyd of Berwick, Lord Nolan, Lord Steyn, Lord hope of Craighead) (BAILII)

colección:

CERMI es

Los contenidos de esta publicación pueden consultarse en la página de Internet:
www.cermi.es

Con el auspicio de:

CAJA MADRID
OBRA SOCIAL