



El tratamiento ambulatorio involuntario: perspectiva jurídica

Luis Fernando Barrios Flores
Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante
Comité Asesor del Estudio EUNOMIA

1. La coerción en psiquiatría.	1
1.1. Fundamento de la coerción.	1
1.2. Medios/medidas coercitivas.	3
2. Precedentes en España.	4
3. Derecho Comparado.	5
3.1. Estados Unidos.	5
3.2. Europa.	11
3.3. Otros ámbitos geográficos.	12
4. Posiciones en torno al tratamiento ambulatorio involuntario.	13
4.1. A favor.	13
4.2. En contra.	16
4.3. Posición propia.	18
5. Principios jurídicos rectores de un eventual tratamiento ambulatorio involuntario en España.	27
6. Conclusiones.	32
Notas y Bibliografía	33

1. La coerción en psiquiatría.

1.1. Fundamento de la coerción.

En términos generales la intervención coercitiva en psiquiatría tiene tres posibles fundamentos: el beneficio del paciente, la defensa social y el fundamento mixto que conjuga los dos fines anteriores.

En beneficio del paciente se legitima la intervención del Estado, y de la sociedad en general, desde una posición paternalista. Bien entendido que aquí hacemos propia la distinción de Joel Feinberg¹. Este autor diferencia entre lo que primeramente denominó paternalismo “fuerte” y “débil” y posteriormente “duro” y “blando”. En el “débil” un sujeto interviene sobre la base de la beneficencia o la no maleficencia solo para prevenir una conducta *esencialmente involuntaria*, para proteger a personas contra sus propias acciones esencialmente no autónomas (consentimiento no informado, depresión intensa, adicción aguda). En el “fuerte” existen intervenciones concebidas para beneficiar a una persona, aunque las decisiones y acciones arriesgadas sean informadas, voluntarias y autónomas, es decir frente a decisiones esencialmente autónomas. En realidad, concluirá Feinberg “es gravemente erróneo pensar en (el paternalismo débil) como una forma de paternalismo (real)”.

Bien es cierto que algún autor, como Garzón Valdés², considera que junto al paternalismo existen otras dos formas de intervención coactiva relacionadas: a) la intervención del Estado con el propósito de asegurar un beneficio (físico, psíquico o económico) del destinatario de la medida en cuestión y b) el perfeccionismo, pues siempre es una buena razón sostener que es probablemente necesario perfeccionar el carácter de la persona a quien se le impone. Evidentemente, para quienes prefieren esta clasificación, aquí en cualquier caso estaríamos haciendo referencia a la primera de las formas de intervención coactiva.

En el derecho anglosajón tal intervención suele girar en torno al concepto de *parens patriae*. Esta noción tiene dos significados en la jurisprudencia norteamericana que, por un lado, ha elaborado la doctrina del *parens patriae*, como recurso para que un Estado represente los intereses colectivos de sus habitantes cuando estos resulten afectados por la conducta de otro estado. El Tribunal Supremo estableció este criterio especialmente a partir de 1901, cuando el Estado de Missouri alegó que los vertidos llevados a cabo por el Estado de Illinois en aguas interestatales, afectaba la salud y el bienestar de sus habitantes³. Años después se resolvió otro litigio también relacionado con la salud, en este caso la emisión de gases tóxicos en un Estado vecino⁴. Esta construcción doctrinal ha traspasado las fronteras norteamericanas. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia ha utilizado también la noción de *parens patriae* para fundamentar la

imposición de indemnizaciones a la República Federal de Yugoslavia a favor de Bosnia-Herzegovina y Croacia por la calidad de estas últimas de *parens patriae* de sus ciudadanos, por los daños acaecidos en las personas y bienes de éstos últimos⁵. Este primer significado tiene manifestación en el campo de la salud, como puede verse –defensa frente a vertidos y emisiones dañinas o daños psico-físicos causados por la guerra o la violencia civil-. Pero, junto a éste, existe otro ámbito aplicativo de apreciable interés, referido a la intervención estatal en la defensa de los incompetentes. Inicialmente en el caso de menores desvalidos⁶, posteriormente ampliada dicha intervención en el caso de enfermos mentales⁷. El recurso al *parens patriae* se ha ido ampliando desde sus orígenes⁸, gozando pues de amplia aceptación hoy en el ámbito de la salud de adultos no competentes⁹.

En el derecho continental europeo la formulación legitimadora de la intervención coercitiva en beneficio del paciente viene de la mano del derecho administrativo. A principios del siglo XX Otto Mayer analiza la Coacción Administrativa¹⁰ en su obra *Deutsches Verwaltungsrecht-Le droit administratif allemand* (1903), diferenciando dos tipos de coacción: la ejecución forzosa y la coacción directa.

El elemento fundamental (*unique moyen*) de coacción directa es el uso de la fuerza por los agentes de policía, los cuales actuarán bien por disposición legal, bien por cumplimiento de un principio general cuya legitimidad sea incontestable. Para Otto Mayer, el fundamento jurídico (“causa de justificación” según su propia terminología) que hace de la coacción directa una coacción legal es: o bien una “prescripción legal particular”, o bien, una preexistente obligación “natural” del súbdito (*vorausgesetzte allegemeine Untertanenpflicht*), obligación de mantener un “buen orden de la comunidad”, que permite, explica y justifica en un Estado de Derecho la existencia de cláusulas generales y amplios apoderamientos de la Administración. Se puede hablar así de “un deber preexistente de los súbditos que constituye precisamente el ‘fundamento iusnaturalista’ de la coacción directa”¹¹. Habla en suma Mayer de un derecho natural del poder de policía.

Tomando como modelo el ordenamiento civil y penal (§§ 542 y 53 del Código Penal entonces vigente y §§ 227 a 229 del BGB), Mayer diferencia los siguientes fundamentos habilitantes del empleo de la coacción directa:

1) La autodefensa administrativa (*polizeiliche Selbstverteidigung*) justifica el empleo de la fuerza, siendo aquí el bien jurídico protegido la propia existencia externa de la Administración. Así se defenderían tanto los bienes inmuebles de dominio público, como los bienes muebles destinados al servicio público. Es, en fin, la reacción de la Administración ante todo tipo de desorden ocasionado por los particulares en la actividad administrativa.

2) La evitación de hechos punibles (*gewaltsame Verhinderung strafbarer Handlungen*), siendo aquí el bien jurídico protegido el orden penal y no tanto la persona o bien objeto directo de la agresión: “Lo que la policía protege mediante el uso de la fuerza no es, en efecto, la persona del atacado y su bien jurídico puesto en peligro, sino el orden público que está igualmente atacado en su persona”¹².

3) La extrema necesidad, o estado de necesidad administrativo (*polizeiliches Notstandsrecht*) justifica el uso de la fuerza siempre que no se vulneren las libertades constitucionales, siendo el bien jurídico protegido “le bon ordre de la chose publique”. Es aquí donde Mayer cita el caso del loco furioso que es preciso encerrar para evitar que causa daños a terceros o el caso del suicida ante el que se emplea la fuerza para salvar su vida. Se trata en tales casos de la “aplicación salvadora de la fuerza” (*rettende Gewaltanwendung*). En palabras del propio Mayer: “las desventuras, los accidentes, los ataques de desesperación que les suceden a los individuos interesan a la policía pues ellos constituyen al mismo tiempo perturbaciones del buen orden de la comunidad”. Existen casos, en definitiva, en los que no se protege a un tercero sino al mismo contra el que recae la fuerza: “en las relaciones entre los individuos existen circunstancias en las cuales un hombre hace uso de la fuerza contra otro sin que sea necesario defenderse o defender a un tercero de peligro alguno: lo hace más bien a causa de un peligro en que se encuentra el que sufre la fuerza”. Y entre estos casos, cita expresamente: “El alienado a quien el transeúnte detiene para conducirlo a un hospicio” y “el suicida que en el agua opone a su salvador una resistencia desesperada es legítimamente sujetado por este último; puede hasta hacerse perder el conocimiento mediante un puñetazo con el fin de poderlo transportar fácilmente”.

Como podrá comprobarse, mientras el segundo de los fundamentos habilitantes remite a la “peligrosidad social” o a la respuesta penal ante el delito, el tercero legitima la intervención en beneficio del paciente.

El segundo de los argumentos que se utilizan para justificar la intervención involuntaria en psiquiatría alude a la defensa social, a la peligrosidad del enfermo mental. Han corrido ríos de tinta sobre este tema, por lo que parece innecesario dedicarle mayor atención. Baste decir que la correlación enfermedad mental-peligrosidad ha sido calificada de “ilusoria” por unos¹³, mientras que para otros las personas que sufren trastornos mentales severos sí tienen un elevado riesgo de criminalidad y de comportamiento violento; en definitiva defienden que “las personas violentas son más susceptibles que las que no lo son de presentar una sintomatología psiquiátrica y que los enfermos mentales son más susceptibles que los que no lo son de ser violentos”¹⁴. Polémicas aparte, de lo que no cabe la menor duda es de que, en determinados casos, la enfermedad mental puede comportar peligrosidad para sí o para otros –aunque personalmente considero que en no un grado sustancialmente mayor que en otros colectivos de individuos-. Lo que sí sucede es que el *modus operandi* del enfermo mental frecuentemente “espectacular” y sorprende, alcanzando gran repercusión mediática. Este fundamento es harto frecuente en las legislaciones psiquiátricas nacionales para justificar la intervención, incluso coactiva sobre el sujeto enfermo. Y en aquellos otras –como la española- en las que no aparece explicitado, no albergo el menor género de dudas que se está subyacente.

Entiendo que el fundamento de la coerción en psiquiatría es mixto, ya que atiende a una necesidad social –evitación de daños a terceros- y a una necesidad personal –beneficio del propio paciente-. Lamentablemente el marco legal español es notablemente impreciso, ya que el art. 763 LEC, refiriéndose al internamiento habla de “internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”, pero no indica ni la causa del internamiento ni siquiera su finalidad (el tratamiento). Esta última tiene que presuponerse por la mención a los facultativos que atiendan a la persona que hace el apartado 4, pero no se indica explícitamente y esta no es precisamente una cuestión pacífica en nuestro entorno, como habrá ocasión de señalar. Con todo creo que una mirada al derecho comparado pone de manifiesto la existencia de este fundamento dual (individual-social, peligro propio-ajeno), aunque se encuentra mucho más explicitado en el derecho anglosajón. Por ejemplo, la *Mental Health Act* británica de 1983 considera que el ingreso psiquiátrico ha de llevarse a efecto a fin de garantizar la propia salud o seguridad del paciente o para proteger a terceros (Sección 2 para el ingreso para evaluación o Sección 3 para el ingreso para tratamiento. Por su parte, la Sección 9.39 de la *Mental Hygiene Law* del Estado de Nueva York admite el ingreso de urgencia de sujetos que padecen una enfermedad mental que suponga un riesgo grave para sí o para otros. Naturalmente que no puede justificarse la intervención coactiva por la mera presencia de conductas excéntricas.

No obstante las razones justificativas hasta aquí invocadas, es cierto que existen radicales detractores del empleo de la coerción en psiquiatría. Un representante muy conocido de esta posición es Thomas Szasz. Para él lo característico de la coerción psiquiátrica es la imposición de un ostensible diagnóstico o de una intervención terapéutica en sujetos en contra de su voluntad, intervención legitimada por el Estado como forma de protección de los afectados de su locura y de protección del público de la actuación del loco. Esta intervención de la psiquiatría adopta dos formas, bien la fuerza, bien la dependencia. Las intervenciones involuntarias descansan en la fuerza y las voluntarias en la dependencia. Confundir ambas formas de intervención, sería a juicio de Szasz, tanto como confundir la violación con las relaciones sexuales consentidas¹⁵. Coherente con esta formulación, lógicamente para Szasz la coerción es ante todo un “castigo”. Es “la aptitud legal o física para privar a otra persona de la vida, la libertad o la propiedad, o la amenaza de llevar a cabo dicho ‘castigo’”¹⁶.

De todos modos, es patente que el uso de la coerción en psiquiatría, en general sí es aceptable en casos puntuales y por mi parte lo considero adecuado siempre que esté legalmente permitido, se encuentre terapéuticamente indicado y se someta a los pertinentes controles y garantías, respetando, en cualquier caso, unos principios jurídicos reguladores a los que haré alusión en el penúltimo apartado de este trabajo en referencia concreta al TAI.

Tradicionalmente los instrumentos de coerción en psiquiatría han sido los siguientes:

- El internamiento involuntario o forzoso (*involuntary admission*), entendiéndose por tal aquella modalidad de internamiento que se justifica en base a la peligrosidad del paciente hacia sí o hacia terceros o bien por necesidades de tratamiento. La nomenclatura varía según los países, siendo distinto el grado de intensidad de la regulación de esta forma de privación de libertad y diferentes los criterios y causas justificadoras de la decisión de internar.
- El aislamiento terapéutico (*seclusion*), considerando como tal la ubicación de un paciente en una habitación cerrada, destinada precisamente (la habitación, la medida o ambos) a la separación del paciente de su entorno.
- La inmovilización terapéutica (*restraint*), que viene referida a la fijación o sujeción de, cuando menos, alguno de los miembros del paciente mediante dispositivos mecánicos *ad hoc*. Como señala la *Joint Commission on the Accreditation of Health care Organizations* es el “uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente a fin de controlar sus actividades físicas y protegerlo de las lesiones que pudiera infligirse a sí mismo o a otros”.
- El tratamiento médico forzoso (*forced medication o compulsory medical treatment*), es decir, la implantación de terapias médicas sin contar con la voluntad personal del paciente.

A estos instrumentos se añadiría otro nuevo: el “tratamiento ambulatorio involuntario”. Su carácter de instrumento coercitivo es incuestionable, sin que sutilezas lingüísticas puedan enmascarar tal hecho. Respecto a la nomenclatura empleada para adjetivar al tratamiento ambulatorio: “involuntario” o “forzoso” (de “tratamiento obligatorio preventivo” habló Lago Baylin¹⁷), recordemos que en el curso de las comparecencias en el Congreso de los Diputados de los expertos allí convocados se planteó la distinción entre ambos términos: “no pretendemos un tratamiento forzado, pretendemos un tratamiento involuntario”, reclamó Blanco del Barrio; “yo no voy a coaccionar, y como voy a actuar en contra de la voluntad del enfermo, pido permiso al señor juez para hacerlo”, lo que le pido al juez es simplemente “sujétele un poco que vamos a pincharlo, ya está. Pero yo no voy a coaccionar”, “yo no judicializo: simplemente, le pido permiso al señor juez para actuar en contra la libertad del enfermo, no pido su responsabilidad, sino el permiso” (Giner Ubago). El argumento se refuerza en los siguientes términos: “No pretendemos coartar a nadie. Lo que se pretende es hacerle acudir con todas las garantías...”. Creo que los términos en que se plantea esta distinción están equivocados. Parece como si aplicando el adjetivo de “involuntario” en lugar del de “forzoso” se hiciera una afirmación más “blanda” y con más garantías, lo cual en modo alguno es cierto. “Forzoso” e “involuntario” a estos efectos son términos sinónimos¹⁸. Y la coacción concurre en

ambos. Lo fundamental no es tanto la distinción terminológica cuanto si la coacción es o no legítima. De todos modos, a la vista de que el término “tratamiento ambulatorio involuntario” viene siendo el más utilizado, haré lo propio y utilizaré el mismo a lo largo de estas páginas (con la abreviatura TAI).

2. Precedentes en España.

Como precedentes de la propuesta de una futura regulación del TAI en nuestro país deben citarse: en el orden civil, la regulación contenida en el Decreto 3.7.1931¹⁹, “Sobre asistencia a los enfermos mentales” (Gaceta de 7.7.1931) que establece las normas reguladoras que tendrían vigencia hasta época reciente²⁰ (hasta la Ley 13/1983) y, en el orden penal, la modalidad prevista en el Código Penal de sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en un establecimiento psiquiátrico por tratamiento médico externo.

El Real Decreto de 12 de mayo de 1885 que aprueba el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés permitía intuir la existencia de una modalidad de “salidas temporales”. Mención a ellas se hace en el art. 71, pfo. 3º cuando alude al registro del Establecimiento. Más ninguna regulación específica al respecto contiene.

El Decreto de 1931 sí aborda de forma más detallada la cuestión. En su art. 30, contemplaba dos tipos de salidas de los establecimientos psiquiátricos: los permisos de ensayo o licencias temporales de un lado y los permisos o salidas provisionales, de otro:

“Art. 30. 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”.

Las previsiones del Decreto de 1931 fueron completadas por la Orden de 3 de noviembre de 1941 del Ministerio de la Gobernación por la que se aprobó el Reglamento del Manicomio de Santa Isabel de Leganés (arts. 54-59). En este texto se reitera la doble modalidad de salidas (licencias temporales y salidas provisionales), si bien se vuelve más complejo el sistema de aprobación. Si con anterioridad la competencia se atribuía al Médico-Director del establecimiento, con el Reglamento de Leganés las licencias temporales y salidas provisionales se decretarán por la “Superioridad” a propuesta del “Jefe Facultativo del Manicomio”. Tal “Superioridad” no es otra que el Director General de Beneficencia y Obras Sociales incardinado en el Ministerio de la Gobernación (a quien compete la “alta inspección” del establecimiento).

El Reglamento de Leganés reitera el tenor del art. 30 del Decreto de 1931 en lo referente a las “salidas provisionales” (art. 58), destacando dos innovaciones. La primera la reserva de plaza que se producía en el caso de licencia que no sobrepasara los tres meses (art. 56), pues en otro caso el reingreso del paciente debía sujetarse “al orden establecido en el escalafón general” (art. 56), proveyéndose la plaza al enfermo “a quien corresponda por turno” (art. 57). La segunda, la posibilidad de conducción del paciente por la Autoridad gubernativa en caso de alta o licencia temporal hasta la residencia familiar, si la familia no se presentase a recogerlo en el término de cuatro días (art. 59).

Como habrá podido observarse sólo relativamente puede afirmarse que la regulación antes descrita es un precedente del tratamiento ambulatorio involuntario. No obstante, en cierta medida, se encuentra relacionada con la temática que aquí interesa. De hecho, en otros países, como luego se verá también aparecen regulados los permisos de ensayo (así Francia).

Por lo que respecta al orden penal, señalar que el art. 20 del Código penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) considera exento de responsabilidad criminal al 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” (art. 20.1º CP). A este tipo de infractores penales “se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (art. 101.1 CP). Durante la ejecución de la sentencia, es decir mientras dure el internamiento, el Juez o Tribunal sentenciador pueden –previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria y mediante un procedimiento contradictorio- “sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate” (art. 97.b CP). Es decir, pueden sustituir el internamiento por la “sumisión a tratamiento externo²¹ en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario” por un período no superior a 5 años (art. 105.1.a CP). Bien entendido, que “en el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal

medida sin efecto” (art. 97.b CP). O lo que es lo mismo, dando por finalizado el tratamiento médico externo (tratamiento ambulatorio) el sujeto concernido devendría nuevamente internado, si bien por tiempo limitado (“El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”, art. 101.1 CP). Por otro lado indicar que ninguna duda existe acerca de la atribución, precisamente al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, del seguimiento de la efectividad del tratamiento ambulatorio²².

No obstante algún autor defiende, que una evolución desfavorable del sometido a tratamiento ambulatorio, no necesariamente debe comportar el reingreso en el establecimiento para proseguir el internamiento, ya que si tal empeoramiento se experimentó con la medida sustitutiva (tratamiento ambulatorio) pudiera suceder que tampoco la medida sustituida (internamiento) fuera la adecuada en la nueva situación, por lo que cabría imponer al sujeto una medida distinta a la sustituida²³. El juego de medidas contempladas en el art. 105.1 CP admitiría, en principio, tal posibilidad en el caso de enfermos mentales. Tales medidas recuérdese son, además de la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sanitario, la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas, la custodia familiar, el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. Aunque parece evidente que este elenco de medidas posibles serían poco operativas en el supuesto de falta de autogobierno del individuo.

El procedimiento es como sigue. El equipo multidisciplinar que atienda al paciente presentará al Juez de Vigilancia Penitenciaria un informe indicando la necesidad de mantenimiento, cese o sustitución del internamiento (art. 186.2 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario²⁴). El Juez de Vigilancia Penitenciaria “estará obligado a elevar al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad privativa de libertad impuesta” (art. 97 pfo. 2º CP), correspondiendo la decisión final al Juez o Tribunal sentenciador, en el curso un procedimiento contradictorio (art. 97 CP).

Lo que sucede pues en el ámbito penal es que la ejecución de la medida de seguridad está presidida por la individualización y la adecuación a la evolución del sujeto sometido a ella, teniendo como fundamento su peligrosidad, convirtiéndose el internamiento en el último recurso, sólo en los casos necesarios²⁵. La vigencia de tal principio de individualización es precisamente el que permite que la medida de tratamiento médico externo pueda adoptarse “desde un principio o durante la ejecución de la sentencia” (art. 105 CP).

En conclusión en lo que aquí nos puede interesar, desde la perspectiva del TAI en el ámbito civil, indicar que este precedente penal tiene como principales características: a) poder aplicarse el tratamiento ambulatorio con o sin previo ingreso hospitalario, ya que puede adoptarse “desde un principio o durante la ejecución de la sentencia” (art. 105 CP); b) tener una duración limitada aunque puede ser dilatada –hasta 5 años- lo que se justifica por la posible gravedad del hecho delictivo y las circunstancias personales del sujeto sometido a la medida; c) ser siempre postdelictivo, es decir, la peligrosidad del sujeto se ha materializado en la comisión de un hecho delictivo, aunque del mismo no sea responsable criminalmente; d) condicionamiento de la medida de tratamiento ambulatorio a la posterior evolución del paciente y e) posibilidad de revocación del tratamiento ambulatorio y su conversión en internamiento o eventualmente –muy excepcionalmente- en otra medida de seguridad no privativa de libertad.

3. Derecho Comparado.

3.1. Estados Unidos²⁶.

A lo largo de los últimos años se ha producido en EE.UU. una progresiva implantación de fórmulas de TAI, hasta constituir hoy amplia mayoría los Estados que recogen en sus ordenamientos esta alternativa a la hospitalización psiquiátrica forzosa²⁷.

La mayor parte de los Estados de la Unión regulan esta institución al mismo tiempo que el internamiento forzoso²⁸, si bien de forma heterogénea (unos Estados la admiten sólo tras un período de hospitalización mientras que otros acogen la posibilidad de su aplicación directa desde el ámbito extrahospitalario; unos Estados aplican patrones similares a los del ingreso involuntarios, mientras que otros emplean criterios distintos en el caso del tratamiento externo)²⁹. Con la incorporación de Florida el 30.6.2004 (con entrada en vigor el 1.1.2005) en la actualidad son 42 los Estados que gozan de una regulación sobre tratamiento ambulatorio forzoso (“assisted outpatient treatment”, OAT). Sólo ocho Estados no contemplan la figura referida: Connecticut, Maine, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Jersey, New Mexico y Tennessee³⁰.

En los últimos tiempos una percepción, ya clásica, entre enfermedad mental y violencia³¹, se ha visto reforzada. Frecuentemente los medios de comunicación han servido para incrementar tal percepción (así por ejemplo con motivo de atentados de enfermos mentales contra políticos³² o con ocasión de asesinatos múltiples³³). También los organismos oficiales han detectado esta tendencia, hasta hallar un incremento de hasta un 250% entre 1950 y 1996 en Estados Unidos³⁴. Ello explica en buena medida el auge de la institución que aquí se trata. Ha de tenerse en cuenta, además, la disminución de la población psiquiátrica hospitalizada en Estados Unidos en las últimas décadas. Mientras en 1955 se hallaban ingresados en instituciones psiquiátricas 559.000 personas, en 1992 sólo lo estaban 83.320³⁵.

De todos los modelos existentes en Norteamérica, los que han alcanzado mayor repercusión han sido el californiano (*Laura's Law*) y el neoyorkino (*Kendra's Law*). Centraré mi campo de análisis en el segundo de los modelos, el neoyorkino –aunque haré posteriormente una inevitable alusión al primero, por las mejoras que introduce en los aspectos asistenciales-. La alusión, ciertamente amplia, al régimen neoyorkino está justificada a fin de evitar una posible repetición de errores en la propuesta legal que actualmente se encuentra en tramitación en el Parlamento español.

De todos modos, ha de advertirse que los modelos implantados en Norteamérica sobre tratamiento ambulatorio, en absoluto son homogéneos. Como señala Ferreirós³⁶:

- En algunos Estados no hay normas de este tipo (como acabamos de ver).
- Mientras en unos Estados se admiten los TAls sólo tras un tiempo de previa hospitalización, en otros cabe la implantación inicial en el medio extrahospitalario.
- Los criterios de aplicación pueden coincidir o no con los vigentes para los internamientos involuntarios.
- El paciente candidato idóneo al programa puede ser quien tengan un previo historial de fracasos terapéuticos o simplemente en quien concurra determinadas condiciones de enfermedad.
- Y, en fin, las formulaciones para el ingreso pueden ser variadas: desde la rehospitalización directa, a la necesidad de previa audiencia judicial o incluso la inexistencia de previsiones legales al respecto.

El modelo instaurado por la llamada “Ley Kendra” es, probablemente sobre el que más se ha escrito. Con anterioridad a la Ley Kendra en el Bellevue Hospital de Nueva York se inició, en 1994, la aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio (el *Bellevue Pilot Project*)³⁷. Precisaba, para su aplicación, la concurrencia de los siguientes criterios: a) pacientes de más de 18 años, b) padecimiento de una enfermedad mental, c) juicio clínico de incapacidad del paciente de sobrevivir con seguridad en comunidad sin supervisión, d) previa hospitalización en el Bellevue Hospital, e) historial de ausencia de cumplimientos con el tratamiento que hubiera requerido la hospitalización en al menos dos ocasiones en los últimos 18 meses, f) escasa probabilidad de que el paciente, a causa de su enfermedad mental, cumpla voluntariamente con el plan de tratamiento propuesto, g) indicación terapéutica del tratamiento ambulatorio forzoso a fin de prevenir recaídas o deterioros que pudieran provocar daños al propio paciente o a terceros, h) presunción de que el tratamiento ambulatorio forzoso sea beneficioso al paciente, e i) disposición y capacidad del hospital para proporcionar el tratamiento ambulatorio forzoso ordenado.

Tras la implantación de este Programa se llevaron a cabo dos estudios evaluadores que pusieron de relieve: por un lado, la inexistencia de una diferencia significativa en cuanto a tasas de rehospitalizaciones entre grupos de pacientes sometidos o no a órdenes judiciales de tratamiento ambulatorio forzoso – lo que hizo patente la relativa ineffectividad de las resoluciones judiciales de imposición de tratamiento ambulatorio³⁸ - y, por otro, la necesidad de una mejora de los servicios asistenciales³⁹.

Posteriormente en Nueva York aconteció un drama que actuaría como revulsivo y centraría el interés de los medios de comunicación, pero también del legislador estatal. El 3 de enero de 1999 Andrew Goldstein, un esquizofrénico que no recibía tratamiento, empujó a una mujer al paso del metro, ocasionándole la muerte por decapitación⁴⁰. En evitación de tragedias similares⁴¹ un año después se aprobó una Ley, conocida precisamente con el nombre de la víctima de aquel suceso, Kendra Webdale. Es incuestionable la notable influencia que en este caso y en esta ley tuvieron los *media*⁴².

La Ley⁴³ tiene por finalidad básica dar cobertura a los tribunales para dictar órdenes de tratamiento compulsivo para individuos que, padeciendo enfermedades mentales graves, no reúnan los criterios para un ingreso involuntario. Se pretende pues establecer un mecanismo preventivo del acto dañoso⁴⁴.

La Ley Kendra estructura un programa de Tratamiento Ambulatorio Asistido (*Assisted Outpatient Treatment*, AOT) que proporciona unos “servicios de supervisión” (*case management*) y un “tratamiento comunitario asertivo” (*assertive community treatment*, ACT⁴⁵) a los individuos que padezcan una enfermedad mental, a la vez que puede incluir otros servicios asistenciales autorizados por los tribunales que pueden consistir en (§ 9.60.a.1 Mental Hygiene Law, en adelante MHL⁴⁶): medicación; periódicos análisis de sangre u orina a fin de verificar el cumplimiento de las prescripciones médicas; terapia individual o grupal; programación diaria o parcial de actividades; actividades educativas y de formación profesional; verificación de consumo de alcohol o drogas; supervisión de actividades, y otros servicios.

El *Case management* es un método que coordina el tratamiento y los cuidados en un medio comunitario. Abarca el desarrollo de planes asistenciales, demanda asistencial y el mantenimiento de la relación con los pacientes. Por su parte el *Assertive community treatment* es una modalidad de tratamiento que emplea un equipo que satisfaga la prestación de servicios, el tratamiento psiquiátrico en el medio comunitario, la rehabilitación y medidas de apoyo⁴⁷.

Según la Ley Kendra para la aplicación del tratamiento ambulatorio forzoso han de reunirse los siguientes criterios (§ 9.60.c de la Mental Hygiene Law):

1. Que el paciente sea mayor de 18 años
2. Que padezca una enfermedad mental.
3. Que sea improbable que sobreviva con seguridad en sociedad sin supervisión clínica.

4. Que haya protagonizado una historia de falta de compromiso con el seguimiento del tratamiento de su enfermedad mental. Lo que se traduce en que:
 - a. Al menos en dos ocasiones dentro de los últimos 36 meses haya precisado la hospitalización o recibido asistencia en una institución forense o mental correccional, sin incluir el tiempo de hospitalización o encarcelamiento inmediatamente precedente a la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso.
 - b. Haya protagonizado uno o más actos de violencia grave hacia sí o hacia otros, o amenazas o intentos de dañarse a sí mismo o a terceros dentro de los últimos 48 meses, sin incluir el tiempo de hospitalización o encarcelamiento inmediatamente precedente a la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso.
5. Que sea poco probable que el paciente, como resultado de su enfermedad mental, se comprometa voluntariamente a seguir el plan de tratamiento propuesto.
6. Que, a la vista, de la historia del paciente y de su conducta, éste esté necesitado de tratamiento ambulatorio a fin de prevenir recaídas o deterioros derivados y los daños a sí mismo o a terceros definidos en la § 9.01 MHL.
7. Que sea probable que el paciente se beneficie del tratamiento ambulatorio.

Los criterios aquí enumerados serían menos estrictos que los requeridos para la hospitalización involuntaria, la cual necesita además la concurrencia de peligrosidad o incompetencia⁴⁸. No obstante lo cual, luego veremos que doctrinal y judicialmente reaparecerán estos requisitos, siempre más o menos explícitos cuando se trata de esta materia.

En cuanto al requisito del cómputo en el historial de elusión del tratamiento (§ 9.60.c.4 MHL) en *In re Weinstock*, 723 N.Y.S.2d 617 (N.Y. Sup. Ct. 2001) se estableció que la falta de autocontrol de un paciente durante su ingreso en un establecimiento psiquiátrico es indicativa de una potencial conducta violenta en el medio externo, y por ello es “relevante a la hora de evaluar el potencial violento en comunidad”. En consecuencia, la falta de compromiso con el tratamiento dentro de la institución psiquiátrica puede ser indicativa de la necesidad de aplicar un AOT. Se une esta resolución a lo ya establecido en *In re Dailey*, 185 Misc. 2d 506 (N.Y. Sup. Ct. 2000), cuando señaló que la actual hospitalización sí puede ser computada como una de las dos hospitalizaciones a que hace referencia el citado § 9.60.c.4 MHL⁴⁹.

Ha de tenerse en cuenta que algunos criterios, como los establecidos en los apartados 3 y 5 evidentemente requieren un pronóstico que excede del ámbito de actuación del psiquiatra o del psicólogo⁵⁰.

La autorización judicial para la aplicación del AOT (*assisted outpatient treatment*) (§ 9.60.e MHL) ha de recabarse del Tribunal Supremo del Estado o del Condado en el que el sujeto concernido resida, e inicialmente sólo podrá ser solicitada por las siguientes personas (§ 9.60.e.1 MHL):

- a. Cualquier persona mayor de 18 años que conviva con el sujeto a tratar.
- b. Los padres, esposo/a, hermano/a mayor de 18 años o hijo mayor de 18 años del sujeto a tratar.
- c. El director del hospital en el que el sujeto a tratar permanece hospitalizado.
- d. El director de una organización pública o privada, agencia o servicios asistenciales de enfermos mentales de la institución en la que el paciente reside.
- e. Un psiquiatra titulado que supervise o trate el paciente.
- f. El director de los servicios comunitarios o persona por él designada.
- g. El oficial de libertad condicional asignado para la supervisión del sujeto concernido.

La solicitud deberá concretar (§ 9.60.e.2 MHL):

- a. El cumplimiento de los criterios de ingreso reseñados en el § 9.60.c MHL.
- b. Los hechos en los que se fundamenta la petición.
- c. La constatación de que el sujeto para el que se solicita autorización residirá en la demarcación del condado en el que se solicita la misma.

La solicitud irá acompañada de una certificación o declaración jurada de un médico, que no reúna la condición de solicitante de la autorización en la que se hará constar (§ 9.60.3.e MHL):

- a. Que ha examinado personalmente al paciente dentro de los diez días precedentes a la presentación de la solicitud, que recomienda el AOT y que prestará testimonio de ello en la audiencia. Sin su presencia no podrá dictarse orden de AOT (§ 9.60.h.2 MHL); se requerirá que el facultativo testimonie acerca de la concurrencia de criterios de aplicación del AOT, así como en su caso la medicación prescrita y forma de administración - autoadministrada o por medio de personal adecuado- (§ 9.60.h.4 MHL). Si el sujeto concernido se negara al examen el tribunal podrá ofertar que dicho examen se lleve a cabo por un médico designado por el propio tribunal y si el sujeto no consintiera en ello y el órgano jurisdiccional estimara razonables las alegaciones que fundamentan la solicitud de aplicación de una orden de AOT, podrá ordenar a los agentes de paz, policías u oficina del sheriff que tomen al eventual paciente bajo custodia y lleven a cabo el traslado a un hospital a efectos de evaluación médica, retención que no excederá del plazo de 24 horas (§ 9.60.h.3 MHL).

- b. Que personalmente o a través de una persona por él designada ha intentado expresamente en los diez días previos a la presentación de la solicitud convencer al paciente para que coopere en su tratamiento, no consiguiendo persuadirle de ello, por lo cual considera que reúne los criterios de aplicación de un AOT, comprometiéndose además a prestar testimonio de todo ello en la audiencia referida.

Cuando se proporcione información falsa o se emita falso testimonio en la petición o en la audiencia ante el tribunal se responderá penalmente de ello (§ 9.60.p MHL).

Tras la presentación de la solicitud, y habiéndose notificado la misma a las personas reseñadas en el § 9.60.f MHL, el tribunal fijará una audiencia dentro de los tres días siguientes a la recepción de la petición (excluyendo de tal cómputo sábados y festivos), admitiéndose solo un aplazamiento por causa justificada (necesidad de evaluación médica o instauración urgente de tratamiento del paciente). Tras las notificaciones oportunas, se celebrará la audiencia, en la que estará presente el sujeto concernido, salvo que no se presente, en cuyo caso la audiencia podrá celebrarse en ausencia (§ 9.60.h.1MHL). El paciente tiene derecho a ser representado por el Servicio Legal de Higiene Mental o por un asesor a su costa (§ 9.60.g MHL).

La autorización de AOT no se dictará sin que se previamente se proponga un Plan Terapéutico escrito que incluirá los organismos o medios asistenciales para llevarlo a cabo. En el supuesto de incluir medicación, establecerá la forma de administración, tipo de medicación y dosis. Los médicos que presten testimonio en la audiencia explicitarán el contenido del plan, la racionalidad del mismo y los hechos que justifican que el mismo es la alternativa menos restrictiva para el paciente. Si además incluyera prescripción farmacológica, el testimonio médico se extenderá el tipo de medicación recomendada, los efectos benéficos de la misma y forma de administración (§ 9.60.i MHL).

Cualquier modificación del Programa Terapéutico requiere la aprobación del tribunal, salvo que dicho cambio estuviera previsto en la propia autorización judicial (§ 9.60.j.6 MHL).

Tras la audiencia:

- Si el tribunal considerara que no se reúnen los criterios de aplicación de AOT, se rechazará la solicitud (§ 9.60.j.1 MHL).
- Si el tribunal estimara que se reúnen los criterios de aplicación y no es factible una alternativa menos restrictiva, dictará orden de aplicación del AOT por un período inicial que no excederá de 6 meses (§ 9.60.j.2 MHL).
- Si el tribunal concluyera que el paciente reúne los requisitos de aplicación del AOT, pero aún no se ha suministrado un Programa Terapéutico, ordenará al director de los servicios comunitarios la elaboración de dicho Programa, en un plazo que no excederá de tres días.

La autorización judicial concernirá al plan terapéutico propuesto, pudiendo ordenarse la administración de medicación psicotrópica –que en cualquier caso se explicitará–, en régimen de auto-administración o por personal autorizado (§ 9.60.j.4 MHL).

Si el Director de la institución hospitalaria en la que se gestiona el AOT considerara pertinente prolongar la asistencia al paciente, solicitará antes de la expiración de la primera autorización judicial una segunda orden autorizatoria de la continuación, por un tiempo que no exceda de un año.

Las ulteriores prolongaciones del tratamiento requieren que se cumplan los requisitos establecidos en el § 9.60.c.4.i y ii MHL (§ 9.60.k MHL). Cualquiera de las resoluciones judiciales aquí indicadas pueden ser apeladas en la forma prescrita en el § 9.35 MHL (§ 9.60.m MHL).

En el caso de que un paciente incumpla el Programa Terapéutico, y tras los fallidos intentos del facultativo porque se comprometa a cumplirlo, el facultativo podrá solicitar del director de la institución de seguimiento, la persona por él designada o alguno de los referidos en la § 9.37 MHL a que se proceda al ingreso hospitalario, pudiendo requerirse a estos efectos el concurso de oficiales de paz o de policía o de miembros de la oficina del sheriff para la custodia y traslado al hospital en donde esté implantado el AOT o a algún otro hospital autorizado a estos efectos por el Director de Servicios Comunitarios⁵¹. El sujeto refractario al tratamiento podrá ser retenido para observación y tratamiento por un plazo que no exceda de 72 horas, estableciéndose por un facultativo si dicho sujeto padece una enfermedad mental y precisa de internamiento involuntario más allá del referido plazo. De ser ello preciso se seguirá el procedimiento legalmente previsto para el ingreso involuntario. Por el contrario si se estimara que el sujeto no reúne los requisitos del ingreso involuntario y manifestara su desacuerdo con seguir ingresado, será liberado.

El empleo de medicación psicotrópica afecta a los procesos mentales por lo que los tribunales y la doctrina norteamericanas han admitido que, en principio, la medicación psicotrópica forzosa infringe el interés protegido por la 1ª Enmienda de la Constitución que salvaguarda la integridad de los procesos mentales de toda interferencia gubernamental salvo que concurra un estado de necesidad⁵², siendo por ello de aplicación la cláusula del debido proceso en materia de prueba (“evidencia clara y convincente”) de la legitimidad de la intervención psiquiátrica forzosa⁵³. Las limitaciones a una

injustificada intervención psiquiátrica forzosa ya fueron consagradas en *O'Connor v. Donaldson* es donde se estableció que: "Un Estado constitucional no podía confinar sin más a un individuo no peligroso que fuera capaz de sobrevivir en libertad por sí mismo o con la ayuda de familiares y allegados"⁵⁴.

El nudo gordiano del tratamiento ambulatorio forzoso se sitúa en la constitucionalidad, desde el principio de libertad, de esta medida restrictiva. Como afirma Winick⁵⁵, el tratamiento psicofarmacológico impuesto sí afecta al derecho reconocido en sede constitucional que, en principio, tiene el paciente para rechazar el tratamiento⁵⁶. Para que sea legítima la intervención coercitiva que el TAI comporta, será necesario que la medicación psicotrópica involuntaria sea administrada en caso de necesidad, salvo el supuesto de la administración carcelaria en el que se requiere un menor estándar de exigencia⁵⁷. Distintos son los fundamentos de una eventual intervención coactiva⁵⁸:

- Si la intervención se fundamenta en el poder de policía, es decir en la facultad de prevenir los atentados al orden social, será preciso demostrar que efectivamente el sujeto es peligroso, que el riesgo de daño es inminente y que la administración de psicofármacos es el medio menos lesivo de los posibles⁵⁹.
- Si el fundamento se busca en la facultad *parens patriae*, será en este caso preciso demostrar que el individuo concernido es efectivamente incompetente para adoptar una propia decisión sobre su tratamiento, que la medicación prescrita es la adecuada y que en su mejor interés no existe otra alternativa menos restrictiva para prevenir un eventual daño.

El TAI puede aplicarse incluso a aquellos pacientes que reúnan los criterios para la aplicación de un internamiento forzoso, aunque deberá satisfacer el mismo escrutinio de constitucionalidad que el internamiento involuntario y la administración forzosa de tratamientos mentales⁶⁰. De no satisfacerse el estricto estándar que aquí se señala, podría hablarse de un daño injustificado a la privacidad corporal, a la integridad mental y a la autonomía individual, todo lo cual constituiría una vulneración de derechos constitucionales⁶¹. Y recuérdese el derecho que, en principio tienen los pacientes ambulatorios a rechazar un tratamiento⁶².

Indudablemente uno de los principales problemas que plantea el TAI son las dificultades para establecer con una cierta exactitud un pronóstico sobre el futuro comportamiento del paciente en relación a su seguimiento de la medicación, posibles descompensaciones graves de no ser tratado, la capacidad del paciente para reasumir la necesidad de tratamiento ante el advenimiento de síntomas graves o, en general, la peligrosidad del paciente⁶³.

De lo que no parece que quepa albergar dudas es sobre el hecho de que la Ley Kendra hace más fácil el internamiento de enfermos mentales que se resisten al tratamiento y "ha relajado el estándar para el tratamiento involuntario"⁶⁴.

La Ley Kendra ha sido cuestionada ante algunos órganos jurisdiccionales⁶⁵. En el caso *Urcuyo*⁶⁶ se planteó la eventual violación de la cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*) garantizada por las Constituciones estatal neoyorkina y federal norteamericana. Sin embargo, el tribunal, basándose en el hecho de que los pacientes tienen garantizado su activa participación en el Plan Terapéutico, declaró que la Ley Kendra no violaba tal derecho constitucional. Es más, se afirmó también que la Ley Kendra ni imponía un tratamiento médico forzoso ni tampoco medidas punitivas en caso de incumplimiento del Plan; todo lo más dejaba en manos del médico la posibilidad de proceder a la hospitalización.

Posteriormente en el caso *Martin*⁶⁷ volvió a cuestionarse la constitucionalidad de la Ley mencionada. Los demandantes afirmaron que el respeto al derecho al debido proceso y a una igual protección requieren demostrar la incapacidad del sujeto antes de proceder a implantar un tratamiento involuntario. El tribunal nuevamente confirmó la constitucionalidad de la Ley Kendra al hacer notar que en el marco de la misma se invitaba al paciente a participar en la formulación del Plan Terapéutico, no imponiéndosele la medicación forzosa o el tratamiento en caso de incumplimiento de aquel, ya que solo amparaba que en base a la prescripción facultativa se procediera, en su caso, a la rehospitalización, que en modo alguno era automática.

Frente a estas resoluciones se hace necesario indicar que en la práctica la Ley Kendra puede ser menos protectora de los intereses individuales y además ningún tribunal ha definido el significado de lo que ha de entenderse por nivel de participación suficiente a fin de proteger el *due process*. Además, se ha tachado igualmente de inconstitucional la Ley Kendra por otro tipo de motivos, como el alto grado de discrecionalidad judicial en las solicitudes de revisión⁶⁸.

Veamos a continuación algunos de los cuestionamientos de la Ley Kendra en sede de los derechos del paciente⁶⁹:

- En lo relativo al derecho a asesoramiento, es cierto que la Ley Kendra encomienda esta tarea al *Mental Hygiene Legal Services* (§§ 9.07 y 9.09 MHL), el cual provee al paciente de abogado. Sin embargo surgen diferentes problemas prácticos. Por un lado, porque no se especifica con claridad en qué momento surge tal prestación. Por otro, el tiempo que se marca para la celebración de la audiencia -tres días- parece insuficiente para elaborar una defensa idónea e incluso para hablar con el paciente-cliente. Tampoco se establece el deber de notificar al abogado la orden judicial en caso de incumplimiento del Plan Terapéutico.
- En cuanto al derecho a determinar el curso del propio tratamiento, los tribunales neoyorkinos vienen reconociendo que el adulto tiene derecho a decidir lo que se haga con su cuerpo, y en consecuencia, a determinar el

curso del propio tratamiento. La Ley Kendra en tal sentido vulneraría dicho derecho al permitir la hospitalización del paciente refractario al tratamiento, y además admite recabar apoyo policial para ello. Y debido a que el derecho a rechazar el tratamiento es quizás la última expresión de la autonomía del enfermo mental, tal vez hubiera de quedar mejor protegido. Téngase en cuenta en este sentido que en el caso *Rives v. Katz*⁷⁰ se estableció que el Estado puede proceder a la administración medicación forzosa a pesar de las objeciones que lleve a cabo el paciente solo cuando éste presente un peligro propio o ajeno o cuando el sujeto concernido no posea capacidad para decidir por sí mismo. Por ello, "la cláusula del debido proceso de la Constitución del Estado de Nueva York, otorga a los pacientes involuntariamente ingresados el derecho fundamental a rechazar medicación antipsicótica"⁷¹, lo que implica que el tribunal deba realizar una evaluación de la incompetencia o peligrosidad del paciente antes de permitir la medicación forzosa. Bien entendido, que el hecho de que el paciente rechace la medicación no conlleva, *per se*, que pueda calificársele de incompetente. Los tribunales⁷², y también la doctrina,⁷³ han confirmado que los pacientes mentales pueden actuar competentemente.

- En lo que al derecho a la confidencialidad médica concierne se ha tachado a la Ley Kendra de infringir la misma desde el momento en que se permite el testimonio de los facultativos asistenciales en las audiencias judiciales. En este sentido se ha afirmado que el privilegio terapéutico debiera impedir a los médicos asistenciales prestar testimonio ante los tribunales. Al respecto ha habido diversos pronunciamientos: en *Amin v. Rose F.*⁷⁴ se concluyó que el privilegio no era aplicable en las audiencias del *Asisted Outpatient Treatment*; en *In re Sullivan*⁷⁵, sin embargo, se limitó el testimonio de un médico, concretamente señaló la existencia de una distinción entre hechos e informaciones, extendiéndose el privilegio terapéutico solo a las segundas. El problema estaría en distinguir "hechos" e "informaciones" lo cual no siempre es fácil⁷⁶.

Los diferentes modelos de TAI en Norteamérica puede adoptar tres formas:

- La liberación condicional del paciente hospitalizado⁷⁷. En esta modalidad se condiciona la deshospitalización al cumplimiento del plan de tratamiento. Son por tanto el hospital o el médico quienes, a menudo sin intervención judicial alguna, señalan los términos del compromiso. Si se diera el incumplimiento por parte del paciente el médico procedería a la rehospitalización si así lo considerara oportuno. Junto a Nueva York (§ 29.15 MHL) son muchos los Estados que admiten esta modalidad⁷⁸. El tipo de compromiso que efectúa el paciente en la *conditional release* obedece a un esquema muy similar a la libertad condicional del medio penitenciario.
- El tratamiento ambulatorio como medida menos restrictiva que la hospitalización⁷⁹, tras comprobar que se reúnen los criterios para una hospitalización el tribunal competente. Numerosos Estados –no así el de Nueva York– admiten esta modalidad⁸⁰.
- La intervención preventiva. A esta última modalidad pertenece la Ley Kendra. Esta modalidad de tratamiento no requiere la concurrencia de peligrosidad a fin de ordenar la intervención más significativa: la medicación forzosa. Para parte de la doctrina este tipo no es sino una reacción frente al auge de las posiciones sobre autonomía del paciente mental de las dos últimas décadas, que no es sino una mera forma de intimidación judicial⁸¹.

Flug⁸² describe además dos programas de tratamiento ambulatorio en el Estado de Nueva York que, a diferencia del establecido en la Ley Kendra, sí cumplen los requisitos de ofertar un tratamiento integral, colaborativo, continuo y preventivo. Son el *Assertive Community Treatment* (ACT) y el *Intensive Case Management* (ICM). De hecho el propio Informe de la Comisión de Calidad Asistencial⁸³ reconoció la eventual eficacia de estos programas en el caso de Andrew Goldstein.

El ACT se estructura en torno a un equipo interdisciplinario compuesto por 10-12 profesionales, gestores, psiquiatras, enfermeras y trabajadores sociales que cubre la asistencia 24 horas al día los siete días de la semana, garantizando un plan integral de tratamiento, continuidad del equipo asistencial y reducido número de pacientes a cargo (cada profesional atiende a 10 pacientes como máximo). La opinión doctrinal es claramente favorable al ACT en concurrencia con otras modalidades de tratamiento ambulatorio⁸⁴.

También ha sido acogido favorablemente el ICM, muy similar al ACT, si bien a diferencia de este deriva a los pacientes a servicios oficiales, mientras que el ACT, por definición proporciona asistencia directamente a los pacientes en un medio comunitario y a través de un equipo multidisciplinario.

El modelo californiano (*Laura's Law*) ha recibido opiniones favorables en la doctrina⁸⁵, por las mejoras que introduce. Regula un IOC (*Involuntary Outpatient Commitment*), posee unos elementos básicos muy similares a los de la Ley Kendra e incluso parte de similares criterios de aplicación (reciente hospitalización, episodios violentos próximos, probabilidad de incumplimiento del tratamiento y necesidad de tratamiento). Organiza un procedimiento legal similar al neoyorkino en cuanto a solicitud, audiencia y resolución judicial. La diferencia principal radica en que la Ley californiana impone la obligación a los condados en esta materia de garantizar que el tratamiento ordenado reúna unos significativos estándares y que se proporcione a los pacientes involuntarios el mismo tratamiento que el que reciben los voluntarios. Los mentados estándares son considerablemente más elevados que los preconizados por la Ley Kendra: equipos de base comunitarios, móviles, multidisciplinarios y altamente entrenados con una adecuada ratio profesionales/pacientes. Además de ello se proporciona asistencia oficial a las familias que conviven con los enfermos mentales graves y una amplia red asistencial de apoyo⁸⁶.

3.2. Europa.

Si bien en el caso de Alemania ninguna de las legislaciones de los Länders alude explícitamente al TAI, lo cierto es que dichos ordenamientos sí sugieren el tratamiento posthospitalario, enfatizándose el papel que en esta tarea tienen los servicios psiquiátricos comunitarios. Además de ello, cuatro de los länders contienen en sus regulaciones sobre internamiento el sometimiento a tratamiento sin el consentimiento del paciente, incluso cuando no perdura el status involuntario tras el alta. Igualmente las normativas de quince länders explícitamente permiten la interrupción del internamiento involuntario por períodos de tiempo, en la modalidad de permisos.

En Bélgica está previsto el tratamiento ambulatorio posthospitalario (“nazorg”) con posibilidad de reingreso por incumplimiento de las condiciones impuestas dentro del año siguiente al alta, en la Ley 26.6.1990 (Publicada en el Staatsblad, 27.7.1990 y que entró en vigor el 28.7.1991)⁸⁷.

En Francia, el vigente artículo L.3211-11 del *Code de la santé publique* recoge una forma de suspensión condicionada del internamiento mediante la modalidad denominada “salidas de ensayo” (*sorties d’essai*). La justificación de las mismas se halla en el favorecimiento de la curación, readaptación y reinserción social de los sujetos previamente internados, que de este modo pueden beneficiarse de una adecuación de sus condiciones de tratamiento. Tales “salidas” o permisos se llevan a efecto bajo supervisión médica, siendo su duración inicial de hasta 3 meses, renovables.

La autorización de este régimen de tratamiento ambulatorio, la renovación o el cese del mismo son decididos, según la modalidad del previo ingreso:

- En el supuesto de internamiento por solicitud de terceros, por un psiquiatra del establecimiento donde aquel tuvo lugar, el cual elevará el “boletín” correspondiente al Director del mismo, quien a su vez lo remitirá a la autoridad gubernativa del Departamento⁸⁸, debiendo informarse al tercero que hubiere instado el internamiento.
- En el caso de internamiento de oficio (por decisión de la autoridad administrativa), por el representante de la autoridad gubernativa del Departamento, previa propuesta de un psiquiatra del establecimiento de acogida.

Algún pronunciamiento jurisprudencial, como es el caso de la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation*, no ha manifestado oposición a la posibilidad de aplicar en el Derecho francés, condicionamientos a la salida, fundados en la aplicación del principio *qui peut le plus peut le moins*⁸⁹.

En Italia la *Ley del Servicio Sanitario Nacional* italiana recoge, en el artículo 34 de la citada ley⁹⁰ el tratamiento obligatorio ambulatorio (extrahospitalario), permitiendo la aplicación del procedimiento general para tratamientos obligatorios previsto en el artículo 33 de la citada ley (resolución del Alcalde previa propuesta motivada de un médico)⁹¹. Sin embargo, como señala Cobreros⁹², falta una regulación detallada dado que el artículo citado 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 Luxemburgo la Ley de 26.5.1988, relativa al internamiento de personas aquejadas de trastornos mentales en establecimientos o servicios psiquiátricos cerrados establece que al tiempo del alta, podrán estipularse condiciones de residencia o cuidados sanitarios (art. 16) que, de incumplirse, pueden justificar el reingreso dentro de los tres meses siguientes al alta⁹³.

En Portugal, tras un internamiento involuntario el paciente puede reintegrarse a la comunidad siguiendo un TAI, con periódicas revisiones del equipo psiquiátrico, según prevé la Ley 36/98, de Salud Mental, de 24 de julio, que entró en vigor en enero de 1999⁹⁴.

En Inglaterra y Gales, según citan Del Rosal y Ferreirós⁹⁵, la antigua *Mental Health Act* de 1959 recogía fórmulas de suspensión condicionada del internamiento (en su artículo 26). Posteriormente la *Mental Health (Patients in the Community) Act* de 1995⁹⁶ introdujo una nueva forma de control en la comunidad, la *after care under supervision*. La reforma fue patrocinada por el propio Colegio de Psiquiatras que exigían mayores poderes para el control de los enfermos dado que la necesaria medicación sólo podía administrarse si el paciente era hospitalizado conforme al tenor de la ley. Esta ley añade al artículo 25 de la Ley de salud mental (*Mental Health Act*) un conjunto de disposiciones que permiten a las autoridades locales utilizar poderes de compulsión en los casos de tratamiento en la comunidad sometidos al artículo 117 similares a los de la *guardianship* pero con el importante añadido de facultar al transporte (*conveyance*). Sin embargo, su uso ha sido poco frecuente debido a que adolece de las mismas deficiencias de la *guardianship*, no existe poder para detener propiamente dicho y no existen estadios intermedios entre detención y retención. El Libro Blanco para la reforma de la ley (1998) parece que tiende a desarrollar mayores poderes en este sentido⁹⁷, existiendo muchas voces que intentan adoptar en Inglaterra el modelo de las *Community Treatment Orders* propio de EE.UU.

Posteriormente se elaboró un borrador de proyecto de ley (*Draft Mental Health Bill* de junio de 2002) conteniendo especificaciones sobre este tipo de disposiciones. La consulta finalizó en septiembre del mismo año, habiéndose recibido

hasta 2000 respuestas. En septiembre de 2004 se redactó nuevamente el proyecto recogiendo algunas de las propuestas recibidas, elevándose a un comité parlamentario que está previsto que presente su informe a finales de marzo de 2005. Como más significativa aportación en este proceso, en el tema que aquí interesa, cabe subrayar que el documento de 2004 enfatiza el hecho de que el tratamiento ambulatorio debe ir precedido, por lo general, por un previo ingreso hospitalario.

En Suecia la ley de Asistencia Psiquiátrica Involuntaria de 1.1.1992 establece que el seguimiento del TAI, que siempre ha de basarse en un plan de tratamiento, se lleve a cabo por los equipos psiquiátricos ambulatorios en colaboración con los allegados y los recursos comunitarios, cuando ello sea necesario.

Como habrá podido observarse los modelos vigentes en el continente europeo son básicamente post-hospitalarios. En ellos el tratamiento ambulatorio involuntario es una medida, en cierto modo de tránsito –intermedia- entre el ingreso hospitalario y la plena autonomía del paciente. El previo ingreso constituye el antecedente necesario de la posterior instauración del TAI. Apréciase igualmente la existencia en algunos países –me remito a los precedentes españoles descritos *supra*- de medidas de seguimiento terapéutico en régimen de “ensayo” o “prueba”, los referidos permisos o “licencias”.

3.3. Otros ámbitos geográficos.

En el caso de Israel, junto al internamiento involuntario la Ley de Tratamiento de los Enfermos Mentales, S.H. núm. 1339, 1991, contempla el TAI como alternativa a la hospitalización involuntaria en la Sec. 11 a y b. El sometimiento a tal tipo de tratamiento puede suponer una condición necesaria para la liberación del paciente. La orden de TAI es por un período de seis meses, y podría prorrogarse por seis meses más por el psiquiatra de distrito (Sec. 11 b y c). Ahora bien este mismo tiene potestad para proceder automáticamente a la hospitalización si el paciente incumple las prescripciones. Ninguna audiencia se celebra, ni ningún tribunal revisa la decisión.

En la práctica judicial tuvo especial interés el caso Valinchik v. Tel Aviv District Psychiatrist⁹⁸ por las repercusiones que tuvo en el plano de las garantías del paciente. Se trataba de una mujer sometida a procedimiento penal, aunque los posteriores acontecimientos dieron pie a unas interesantes consideraciones en torno al TAI. El Tribunal, en base al informe del Psiquiatra de Distrito, llegó a la conclusión de que se trataba de una enferma mental que no reunía criterios para ser juzgada, y como entendió que no comportaba un peligro para sí misma o para otros estableció que pudiera ser de aplicación el TAI (Sec. 15 b). La mujer rechazó posteriormente seguir el tratamiento y el Psiquiatra de Distrito ordenó su ingreso en una institución hospitalaria (Sec. 15 e). La decisión del Psiquiatra fue apelada ante el Tribunal de Distrito, el cual resolvió que la paciente no podía presentar la apelación. No obstante la mujer recurrió ante el Tribunal Supremo el cual hizo las siguientes consideraciones:

- En principio, la hospitalización forzosa de un inculpado incompetente infringe sus derechos constitucionales a la libertad, dignidad, autonomía y respeto a la imagen, por imponer un estigma.
- Sin embargo dichos derechos no son absolutos, cuando existan razones de seguridad pública o el paciente suponga una amenaza. Se precisa por ello hacer un balance entre los intereses públicos y los derechos del paciente, balance que ha de hacerse con las miras puestas en optar por el tratamiento menos lesivo de la libertad personal.
- El tratamiento ambulatorio alcanza esta meta ponderada y por ello ha de ser el elegido cuando el paciente no suponga un riesgo para la comunidad o para sí mismo (sec. 15 d).
- En relación a la apelación contra la orden de hospitalización del psiquiatra del distrito, el Tribunal Supremo declaró que si el paciente, según la ley, tiene derecho a apelar frente a la decisión de hospitalización dictada por un Tribunal, entonces hubo de tener el mismo derecho en relación a la decisión del Psiquiatra de Distrito.

En Canadá, citan Del Rosal y Ferreirós⁹⁹, cuatro provincias (Saskatchewan, Columbia Británica, Manitoba y Ontario) tienen disposiciones sobre *community treatment orders*. 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*¹⁰⁰). Columbia británica presenta una forma de suspensión condicionada del internamiento en el artículo 39 de la Mental Health Act de 1996. Saskatchewan es la regulación más antigua, contenida en la *Mental Health Services Act* en los artículos 24.3 y ss.

En el caso de Nueva Zelanda, por citar a nuestros antípodas, rige la *Mental Health (compulsory Assessment and Treatment) Act 1992*, enmendada en 1999 (la modificación entró en vigor el 1 de abril de 2000) y la regulación sobre TAI se contiene en la Parte II (*Compulsory treatment orders*), artículos 28 y 29 (*community treatment orders*), principalmente. La vigencia del modelo anglosajón ahorra más comentarios.

4. Posiciones en torno al tratamiento ambulatorio involuntario.

Existe un perfil definido de “candidato” al tratamiento ambulatorio involuntario: estaría diagnosticado de esquizofrenia, trastorno bipolar u otras psicosis, sería incumplidor con la medicación y tendría antecedentes de numerosos ingresos hospitalarios¹⁰¹.

Sin duda, el *punctum dolens* es la falta de adherencia al tratamiento, ya que de contar con la aquiescencia del paciente, el problema queda en buena medida resuelto. Ahora bien, la falta de adherencia al tratamiento en la esquizofrenia está condicionada por diversos factores: la ausencia de conciencia de enfermedad¹⁰², la concurrencia de abuso de alcohol o drogas¹⁰³, escasa o deficiente relación entre psiquiatra y paciente¹⁰⁴, efectos secundarios de la medicación – menos relevante que los tres factores anteriores¹⁰⁵, y otros factores (coste de la medicación, falta de acceso a la medicación por ser “sin techo” o estar ingresado en prisión, confusión, depresión, la falta de mejora de los síntomas,...). Es preciso abordar todos estos factores. Y nótese que algunos no justificarían la intervención forzosa si, por ejemplo, hubiera una mejor relación con el psiquiatra –con el equipo asistencial en general- (y estos dispusieran de tiempo para atender debidamente a cada paciente), si disminuyeran los efectos secundarios (en buena medida los últimos avances en psicotrópicos facilitan esta tarea), etc. Es decir, no todos los factores que coadyuvan a una falta de adherencia al tratamiento tienen por qué resolverse por vía forzosa. Es más, se ha señalado que la aplicación de programas de TAI puede dañar a largo plazo la alianza terapéutica¹⁰⁶.

En principio el TAI podría ser una opción válida en algunas circunstancias, con algunos pacientes, señalan sus defensores. Se argumenta a su favor la disminución de los tiempos de estancia hospitalaria, la mejora en la calidad de la vida de los pacientes, el incremento de las posibilidades de rehabilitación y la disminución de síntomas de la enfermedad. Los argumentos críticos contra el TAI se han centrado en el excesivo intervencionismo estatal, la interferencia al derecho a rechazar el tratamiento, los riesgos de abuso y el socavamiento de la relación terapéutica¹⁰⁷. Y en cuanto a la efectividad de los OAT's se han publicado algunos benéficos efectos de la aplicación de la Ley Kendra: los incidentes por daños se redujeron en un 44% en los tres primeros años de aplicación de la normativa, se disminuyó el número de “sin techo” en un 55% y se incrementó la adherencia al tratamiento¹⁰⁸.

Pero junto a las luces, hay sombras. El ejemplo neoyorkino pienso que puede sernos en alguna medida útil y a él haré referencia al posicionarme sobre el TAI.

En lo que a España respecta, la regulación del TAI ha sido objeto de un arduo debate en el Congreso de los Diputados. Si los Grupos parlamentarios se han mostrado divididos a la hora de considerar pertinente una regulación sobre la materia, más enconadas aún han sido las posiciones de los expertos invitados a la Comisión de Justicia que comparecieron en las sesiones de los días 1 y 2 de marzo de 2005¹⁰⁹. La misma división es perceptible en el campo asociativo, de lo que son buena muestra los documentos elaborados por FEALES y AEN¹¹⁰ que en algún caso han alcanzado cotas de cierta tensión.

Entiendo que la amplitud, e incluso enconamiento, de las posiciones a favor y en contra de la propuesta de reforma legal justifican sobradamente hacer una amplia referencia a las mismas, para finalmente exponer mi propio punto de vista sobre el tema.

4.1. A favor.

El 2 de marzo de 2005, bien avanzada pues la tramitación de la Proposición de Ley de tratamientos ambulatorios involuntarios (se producía en la misma fecha la segunda tanda de comparencias de expertos en la Comisión de Justicia del Congreso), CERMI emitió un comunicado público en el que recogía las razones fundamentales para apoyar dicha Proposición. Interesa recogerlas literalmente por ser precisamente el movimiento asociativo el motor principal de la proposición:

- “- colma una laguna normativa actualmente existente en nuestro Ordenamiento;
- garantiza que el tratamiento involuntario goce de las máximas garantías al incidir o poder incidir en determinados derechos fundamentales (principios de eficacia, idoneidad, proporcionalidad de la medida, razones terapéuticas, situación menos restrictiva, revisabilidad, audiencia del interesado, oposición y recurso, temporalidad), que ha de residenciarse en sede judicial;
- la medida no pretende ser la solución universal al grave problema de atención a la salud mental en España, pero ofrece una herramienta más, que resultará positiva para un considerable número de personas con enfermedad mental, evitando ‘soluciones’ más drásticas; es un instrumento más en manos de los profesionales sanitarios, con los medios que tienen a su alcance y que por afectar a derechos fundamentales deberá ser supervisado y autorizado por un juez;
- la aplicación de la medida evitará la adopción de otras medidas mucho más restrictivas y onerosas para la independencia y plena ciudadanía de las personas con enfermedad mental, como el internamiento forzoso o la incapacitación judicial, que actualmente se produce, sin que nuestro Ordenamiento jurídico prevea medidas menos gravosas;
- la medida se inscribe en la dimensión de considerar la discapacidad como cuestión de derechos humanos, puros y simples, en los que en los últimos años viene trabajando el movimiento ciudadano de la discapacidad, abandonando perspectivas asistencialistas y de beneficencia o caridad”.

En el Documento “Conclusiones FEAFES” la confederación se muestra rotundamente a favor de la Proposición de reforma del art. 763 LEC, desgranando los argumentos, en buena medida reproducidos a lo largo de las comparecencias en el Congreso de los Diputados a los que luego haré referencia: el favorecimiento de la atención temprana y la integración social, la disminución del fenómeno de “puerta giratoria”, la continuidad terapéutica, favorecimiento del mantenimiento del paciente en su hábitat comunitario y familiar. Se describe esta medida como “un instrumento más en manos de los médicos”, supervisado por la autoridad judicial, intervención que justifica que pueda calificarse la intervención de “involuntaria pero no forzada” y siempre con carácter temporal, todo ello con plena garantía de los derechos fundamentales de los enfermos. En fin, afirma que la medida no se circunscribe a un mero tratamiento farmacológico, ya que comporta un auténtico “plan de tratamiento” que no debe basarse en la ausencia de recursos, por otro lado siempre necesarios y nunca óptimos.

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso (Convergencia i Unió) fue admitida a trámite el 2.7.2004¹¹¹. La justificación de su presentación traía su causa en que “uno de los aspectos que más preocupan a los familiares de las personas con enfermedad mental es la negativa de los enfermos a asumir el tratamiento médico, en ocasiones por la falta de reconocimiento de la propia enfermedad y en otros casos por la estigmatización social de las enfermedades mentales o por los efectos secundarios de la medicación de las mismas que lleva a los enfermos a la decisión o la inercia de no tomar tratamiento”. Se daba cuenta asimismo de los trabajos llevados en este campo por un comité técnico jurídico¹¹² auspiciado por la Confederación de Familiares de Enfermos Mentales (FEAFES), miembro del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

El panorama del momento actual que describe la Proposición de Ley parte del hecho de que las personas que padecen una enfermedad mental “que hoy por hoy no tiene cura y es crónica” podrían llevar una vida normalizada si fueran atendidas correctamente desde el punto de vista socio-sanitario y siguieran un tratamiento, más sin embargo las únicas medidas de protección legal son el internamiento y la incapacitación, ya que “en la práctica no existe ninguna medida directa de aplicación cuando el enfermo no presta su consentimiento”. Todo ello conlleva un notable coste económico-social, al no beneficiarse los pacientes de una vida normalizada ni familiar ni laboral y al incrementarse notablemente los gastos por estancias hospitalarias.

La iniciativa pretende engarzar con el art. 7 del llamado Convenio de Oviedo¹¹³ que reza textualmente:

“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 comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”.

Este Convenio, aunque tiene plenos efectos jurídicos en España, sin embargo, se señalaba en la Proposición de Ley, no ha tenido ningún reflejo ni desarrollo legislativo, aunque en casos aislados ha sido aplicado por las instancias judiciales.

La propuesta se materializaría en la incorporación de un nuevo número, el 5, al vigente art. 763 LEC que rezaría así:

“5. 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 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”.

Como consecuencia de la propuesta de incorporación anterior, se propuso igualmente que el título del art. 763 LEC tuviera la siguiente redacción: “Tratamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico”.

La Proposición de Ley fue tomada en consideración en la sesión del 5.10.2004¹¹⁴. Los argumentos para la defensa de la Proposición giraron en torno a la necesidad de regular una “tercera vía” entre el internamiento y la incapacitación que faculte a los tribunales a autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (Grupo Parlamentario Catalán, Sr. Jané i Guasch), resolviendo así el problema que plantea el “carácter poco flexible de la Administración de Justicia al adoptar medidas” que especialmente se pone de manifiesto ante la contradicción existente entre el proceso de rehabilitación psicosocial y la declaración judicial de incapacitación (Grupo Parlamentario Mixto, Sra. Fernández Dávila). También el Grupo Parlamentario Popular invocó la “falta de medidas intermedias” en nuestra legislación, y el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria (Sr. Mardones Sevilla) aludió a la necesidad de recoger situaciones tales como el tratamiento domiciliario o periódico en centros psiquiátricos, sin internamiento permanente (sic).

Junto a los precedentes argumentos no faltaron advertencias de los grupos parlamentarios más proclives a la aprobación de la Proposición en el sentido de considerar que esta mera medida legislativa no es bastante, sino que debe ir acompañada de la dotación de los servicios necesarios para realizar tales tratamientos involuntarios (Grupo Parlamen-

tario Catalán); invocando la necesidad de “una especial atención en legislación y en recursos” (Grupo Parlamentario de Esquerra, Sra. Gonás Pahisa). Especial acento puso en la problemática subyacente derivada de la existencia de un “sistema sociosanitario deficitario” el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde.

Por su parte el Grupo Parlamentario Popular hizo especial hincapié en las condiciones que debería reunir una futura regulación del TAI:

- Ha de probarse de forma convincente la enajenación mental del interesado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo.
- La perturbación debe revestir un carácter o magnitud que legitime dicho tratamiento.
- Debe controlarse la persistencia de la perturbación.
- Debe adoptarse la medida en un procedimiento judicial contradictorio.

En las comparecencias de expertos de los días 1 y 2 de marzo de 2005 se utilizaron como principales argumentos para defender una regulación del tratamiento ambulatorio en España los siguientes:

- La enfermedad mental en nuestro ordenamiento precisa de principios reguladores específicos, de lo que son buena muestra la existencia de diversas menciones en los ordenamientos civil y penal (Blanco del Barrio).
- Existe una cobertura normativa internacional para la regulación de los TAIs. El Convenio de Oviedo habla de “intervención”, término más amplio que el mero internamiento y la Recomendación (2004) 10, de 22 de septiembre del Consejo de Europa dedica el Capítulo III al tema (Blanco del Barrio). La alusión del Convenio de Oviedo abriría pues la posibilidad legal de regulación de los TAIs (Nombela Cano).
- En la práctica algunos juzgados de España se vienen aprobando, aún sin marco legal explícito de referencia, TAIs (Blanco del Barrio). Y también es una medida que se aplica en países de nuestro entorno, sin que se cuestionen su aplicación (Terrero Chacón).
- La propuesta de regulación “no es la solución de la salud mental”, sino “una norma para que haya médicos que la conozcan y jueces que estén dispuestos a aceptarla fuera de los voluntarismos de los jueces especializados” (Blanco del Barrio), ya que está demostrado que “hay personal que si no tiene un marco jurídico que le justifique la toma de decisión no la toma” (Jané i Guasch). Puede decirse que es “una herramienta que se le da al médico con todas las garantías procesales” (Giner Ubago).
- La participación judicial supone un respaldo de la autoridad (“de una autoridad que socialmente se considera que lo puede todo”, Blanco del Barrio). Además los psiquiatras “quizá se sientan cómodos al saber que sus decisiones médicas vienen amparadas y refrendadas en una norma jurídica y también autorizados en un expediente judicial” (Blanco del Barrio). En este sentido se pide “una autoridad que de vez en cuando le falta a la familia o al padre, no más, a alguien que no tiene conciencia” (Giner Ubago). El respaldo de la autoridad, incluso policial, es inocultable: “si detrás de mí había un señor vestido de rojo, el ertzaina o el policía correspondiente, el paciente desde luego respondía mucho mejor” (Iruin Sanz). La intervención del juez liberaría al médico de ciertas cargas: “cuando introducimos otra figura, la posibilidad de que el malo sea el juez, el cual no le tiene que tratar, con lo cual obtenemos una ventaja, es alta y de hecho es lo que pasa, lo que a mí como psiquiatra me facilita el tratamiento”. Esta invocación al juez fue objeto de una contundente crítica de Santos Urbaneja: “lo que se busca en ese juez es la sombra del juez penal, y esto no lo niega nadie; además nos lo dicen: a ver si se le asusta un poquito”.
- La norma que se apruebe no debiera contener el listado de patologías a los que sería de aplicación, máxime cuando en la actualidad es frecuente que los psiquiatras no hagan tanto juicios clínicos como descripción de síntomas (Blanco del Barrio) y además “no corresponde a la Ley de Enjuiciamiento Civil hacer un decálogo de patologías” (Soriano Campos). No obstante, el TAI sería indicado evidentemente para psicosis graves y no trastornos bipolares (Blanco del Barrio); la propia experiencia del País Vasco demuestra que este tipo de intervención funciona en aquellos cuadros y no en casos de patología dual (Iruin Sanz).
- Aún reconociendo que existe un problema de recursos sanitarios, no tendría por qué esperarse a la dotación de tales recursos para acometer una reforma legal (Blanco del Barrio). De hecho, la necesidad de una red estructurada aún siendo evidente no es incompatible con la reforma legal (Iruin Sanz). Pero es más, aún con todos los medios del mundo, el tratamiento no voluntario va a seguir existiendo (Giner Ubago).
- No es pertinente incluir en la regulación del TAI una alusión a las instrucciones previas. No sería adecuado que “una ley de procedimiento deba contener una ley sustantiva” (Blanco del Barrio). Posición contraria mantiene López Álvarez, aunque matiza que ello en no todos los casos. Y tampoco comparte la opinión de Blanco Terrero Chacón quien consideró que “se podría introducir alguna referencia a la posibilidad de la existencia de estos tratamientos involuntarios sobre todo en cuanto a las instrucciones previas para evitar el choque normativo que se puede producir si un enfermo en fase de normalidad elabora unas instrucciones previas en las que ponga de manifiesto que se opone a cualquier tipo de tratamiento médico psiquiátrico y luego se solicita ese tratamiento involuntario”.

- La regulación del TAI pretende afrontar la existencia de estadios intermedios entre la necesidad de un internamiento y de una incapacitación (Blanco del Barrio). Además, existen ocasiones en las que no se necesita el ingreso de la persona para hacer una valoración diagnóstica o de tratamiento, bastando a tales efectos el tratamiento ambulatorio (Soriano Campos).

Además de estos argumentos se pusieron sobre el tapete algunos temas colaterales o que incluso incidían en aspectos concretos de la propuesta de ley. Así en varios momentos se aludió a la utilidad del trámite de audiencia judicial al paciente, el cual fue considerado difícilmente aplicable (Giner Ubago) o “inviabile en la práctica” (Santos Urbaneja); se llegó a afirmar que la exigencia de la audiencia del enfermo pudiera mermar considerablemente la aplicación de la medida (Terrero Chacón). Se cuestionó la virtualidad de recurso de los pacientes (Santos Urbaneja). La alusión a la asistencia letrada fue estimada innecesaria por encontrarse ya regulada en el actual 763 LEC (Soriano Campos), pero incluso “el hecho de que sin pedirlo el enfermo, sin tener conciencia de ello aparezca un abogado allí es totalmente gratuito e incluso perturbador” (Soriano Campos). De distinta opinión fue Terrero Chacón que consideró que a fin de evitar futuras dudas en la aplicación de la norma, la referencia a la asistencia letrada del actual art. 763 LEC se reiterara en el núm. 5 de la Proposición de Ley. Soriano propuso que el texto que pudiera aprobarse incluyera la audiencia a familiares.

En cuanto al número de facultativos que deberían proponer el programa de tratamiento se dividieron las opiniones: a favor de que fueran dos (Nombela Cano) o solo uno (por ejemplo Terrero Chacón consideró que “no parece razonable que las [garantías del TAI] las llevemos más allá de las garantías que existen para el ingreso involuntario”, que marcan un solo facultativo).

Sobre la ubicación de la norma en la ley procesal o en la ley de autonomía, Giner Ubago se mostró partidario de la LEC, por considerar que allí se regula el internamiento, el cual se refiere no solamente al campo de la psiquiatría, sino a cualquier otra especialidad. Entendió que el ingreso conlleva tratamiento y debe estar más que en la autonomía del paciente en el enjuiciamiento civil. Para Iruin Sanz el tema no es fundamental, aunque considere que probablemente “esta medida es más discreta en la Ley 41/2002”. El Prof. Nombela Cano, por su parte, consideró que la iniciativa de reforma de la LEC debe complementarse con una “normativa de referencia”, que especifique las situaciones de aplicación, la forma de hacerse y la manera más práctica y adecuada para su realización. Y también a favor de la ubicación en la LEC se manifestó la diputada Uría Etxebarria con el argumento de que “el derecho procesal es derecho común para todo el Estado, mientras que la materia sanitaria está dividida, compartimentalizada”. Por su parte la fiscal Soriano Campos también entendió que la Ley 41/2002 “no está prevista para el tratamiento continuado y de forma ambulatoria de los enfermos mentales”. Terrero Chacón por su parte estimó admisible que se incluyera una referencia a los tratamientos no voluntarios en la Ley de Autonomía del Paciente.

A favor de reconocer un papel a los Comités de ética se pronunció, en fin, el prof. Nombela Cano.

4.2. En contra.

En España se han alzado asimismo voces de rechazo a una hipotética regulación de los TAIs. Destacaré una de las más representativas tanto por la relevancia de la Asociación en cuyo seno se discutió, la Asociación Española de Neuropsiquiatría¹¹⁵, como por la condición del Grupo de Expertos que participaron en la elaboración del documento¹¹⁶.

En las intervenciones que tuvieron lugar con motivo de la toma en consideración de la Proposición del Grupo Parlamentario Catalán no puede decirse que existieran posiciones absolutamente contrarias a la misma, aunque es pertinente resaltar aquellas que pusieron de manifiesto sus aspectos más deficitarios.

En tal sentido, destacó la indisimulada crítica vertida por la representante del Grupo Parlamentario Izquierda Verde (Sra. García Suárez) la cual, aunque defendió la postura favorable de su Grupo a la toma en consideración de la Proposición, dejó patente el carácter insuficiente de la misma por un doble tipo de razones: por un lado, porque el problema de fondo es la pervivencia de un “sistema sociosanitario deficitario” especialmente en lo que respecta a la salud mental, hasta el punto de considerar que “la salud mental ha sido la gran olvidada del sistema sanitario”; por otro, por constatar la existencia de serias dudas en relación a como se resolverán en la práctica los incumplimientos del tratamiento. Consideró por todo ello que la propuesta legislativa, aislada de otras modificaciones sustanciales y de reformas importantes, es incompleta

Por su parte, la representante del Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV (Sra. Uría Etxebarria)¹¹⁷, aún admitiendo la corrección de la propuesta legislativa resaltó los problemas que conlleva su “traslación a la práctica”. Más en concreto, la falta de definición sobre qué poderes públicos ha de residenciarse el seguimiento ulterior a la medida de TAI. Puso de manifiesto al respecto que tal control no debería recaer ni en familiares, ni en los profesionales de la sanidad, reconociendo no poder aportar de momento una identificación de a quien atribuir tales funciones. No obstante, si llegó a establecer que excediéndose tal control de lo meramente médico, no llegaba a tener una connotación judicial. Como mucho serían de asistencial social, si bien de momento tal tipo de funciones ni tan siquiera están actualmente previstas en el sistema público asistencial.

La posición del Grupo Parlamentario Socialista (Sra. Grande Pesquero) fue estimar loable el objetivo perseguido con la Proposición de Ley. No obstante puso de manifiesto algunas circunstancias previas, tales como que el vigente art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ya contempla en la actualidad el supuesto de hecho que pretende satisfacer aquella y fue aprobado sin que hubiera ninguna enmienda en el sentido en que después se presentó la Proposición de Ley. Con todo su principal crítica —o si se quiere duda— radica en la falta de especificaciones en algunos puntos no menores que básicamente giran en torno a la puesta en práctica de la medida. Así, la falta de determinación del lugar o lugares en los que ha de efectuarse la intervención sanitaria, el régimen de las mismas o el dispositivo médico y sanitario necesario. Por todo ello, aunque este Grupo votó a favor de la toma en consideración de la propuesta consideró imprescindible “abordar un conjunto de previsiones que permitan el tratamiento integral de dicho colectivo, con medidas más amplias y profundas que las que la proposición de ley plantea”.

Tras la toma en consideración la AEN reunió a un grupo de expertos para que debatieran sobre la propuesta parlamentaria. El Documento resultante fue aprobado por la Junta Directiva de esta Asociación en su reunión de 28-29 de enero pasado. Parte en primer lugar de la identificación de las causas de aparición de la propuesta: a) sobrecarga y malestar de familiares de pacientes que sufren trastornos severos y persistentes, b) falta de desarrollo de un modelo comunitario integral de atención a la salud mental, c) falta de regulación de un Plan Integral de Atención Sociosanitaria para este tipo de pacientes y d) disparidad y heterogeneidad en el desarrollo de los servicios a nivel autonómico.

En segundo lugar la AEN considera suficiente el marco normativo vigente para garantizar la atención integral a las personas que sufran trastornos psíquicos: la Ley General de Sanidad, especialmente su art. 20 en lo referido a atención comunitaria; la Ley 41/2002 de autonomía del paciente, especialmente en sus arts. 9.2 —en cuanto que autoriza la intervención sin consentimiento en el caso de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo—, 9.3 —consentimiento por representación— y 11 —posibilidad de redactar instrucciones previas en los períodos en que el paciente mantenga su capacidad para decidir—.

En tercer lugar la AEN lleva a cabo una valoración de la propuesta: rechazando la promulgación de cualquier legislación específica para las personas que sufren trastornos mentales¹¹⁸, poniendo de relieve la insuficiente evidencia científica sobre la eficacia del TAI, considerando que no existe un marco europeo para este tipo de iniciativas siendo este tipo de medidas controvertido en el ámbito internacional, entendiéndose que la propuesta adolece de imprecisión y falta de criterios de aplicación, poniendo de relieve que tal medida solo permite la objetivación del cumplimiento del tratamiento farmacológico y no de la adherencia a un plan terapéutico y/o rehabilitador, alertando de los peligros de una “judicialización” que puede fomentar actitudes de inhibición o “desresponsabilización” de los profesionales sanitarios por delegación en el sistema judicial y poniendo de manifiesto que la confianza del paciente es básica en la evolución del tratamiento y posterior proceso rehabilitador.

En las comparecencias de 1 y 2 de marzo de 2005 se utilizaron como principales argumentos para rechazar una regulación del tratamiento ambulatorio en España los siguientes:

- La solución pasa por desarrollar la Ley General de Sanidad y la Ley de autonomía del paciente (Lago Baylin), muy especialmente en el ámbito de la intervención domiciliaria (Santos Urbaneja). Puede decirse que hay una regulación legal razonable, desde la LGS a la Ley de Autonomía del paciente (López Álvarez). Es fundamental en este sentido el art. 20 LGS (Santos Urbaneja). La posición pues es desarrollar la Ley General de Sanidad y crear un plan integral sociosanitario que dé cobertura a todas las situaciones que son realmente carenciales (Roig Salas). La defensa de un plan nacional integral también fue expresada por el representante de la asociación de pacientes (Ferrer Pinyo).
- Lo adecuado es llevar a cabo programas de continuidad de cuidados, específicos para los trastornos mentales severos (Lago Baylin), “equipos de gestión de seguimiento de casos” (Roig Salas). Es preciso cumplir con las prescripciones del art. 20 LGS sobre la asistencia domiciliaria, “la gran olvidada” (Santos Urbaneja); se hace necesario por tanto crear “equipos de intervención externa”; lo pertinente es el desarrollo de la salud mental comunitaria que preconiza dicho precepto (Ferrer Pinyo) o como dijo la magistrada Ventura: “no se ha desarrollado el artículo 20 de la Ley General de Sanidad y ahí tenemos la solución al problema”. El problema está más condicionado por la dotación y funcionamiento de los servicios previstos en la Ley General de Sanidad que por la falta de una regulación jurídica del tema (López Álvarez). El problema entonces es que “aquí nos lanzamos sin paracaídas porque no hay recursos... No tenemos esos recursos y entiendo que ni se esperan” (Santos Urbaneja). La magistrada Ventura fue muy expresiva: “Las leyes, señorías, no pueden sustituir a los servicios”.
- Tratándose el tratamiento de los enfermos mentales de un problema eminentemente sanitario, no parece de recibo que la solución al mismo venga de la mano de un mero cambio legislativo de la norma procesal (Grande Pesquero). Sin embargo se presenta como una cuestión de legalidad aquello que evidentemente es netamente sanitario; es más: “nos estamos jugando el modelo sanitario” (Santos Urbaneja). A juicio del único representante de los pacientes afectados: “no tiene sentido en el marco actual un punto específico dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil que sabemos que no pretende criminalizar, pero la percepción social que dará es de criminalidad social” (Ferrer Pinyo).

- La judicialización y la intervención de las fuerzas de seguridad tiene notables riesgos. Para López Álvarez: un reforzamiento del estigma social, un incremento en la confusión de papeles entre Administración de justicia, fuerzas de seguridad y administración sanitaria; un reforzamiento de las dificultades para establecer una alianza terapéutica y un fomento de la mala práctica profesional, la inhibición y el desentendimiento de algunos profesionales. Para Alicia Roig: “la judicialización encubre un fracaso del sistema sanitario y sociosanitario”. El problema es sanitario y no judicial y es más “tenemos que preguntarnos si en el año 2005 tiene tanto sentido que la garantía sea únicamente judicial” cuando los textos internacionales de referencia aluden a un órgano de control que puede ser administrativo o mixto (Santos Urbaneja).
- La propuesta de FEAFES no ha contado con un colectivo de inevitable consulta, los afectados, los pacientes. Especialmente dura fue en este sentido la intervención del fiscal Santos Urbaneja y a la misma ausencia aludió Roig Salas. Y muy contundente al respecto fue igualmente Ferrer Pinyo en representación de los pacientes: “Esta propuesta fue presentada de una forma total y absolutamente unilateral por la dirección de Feafes”.
- La propuesta se plantea como una regulación de los tratamientos cuando, como sucede igualmente con los internamientos involuntarios, lo único que se regula son las garantías judiciales de los mismos (Santos Urbaneja).
- No se pueden extrapolar sin más experiencias puntuales que han tenido lugar en algunos lugares de España: “Bilbao es Bilbao y sus circunstancias” (Santos Urbaneja).

El documento de la AEN fue objeto de una dura contrarréplica por parte de FEAFES en el aludido “Análisis del debate actual...”. La respuesta de la FEAFES aborda lo que considera las dos principales objeciones de la AEN y otros aspectos colaterales.

En primer lugar, sobre el pretendido error de enfoque de la propuesta –que se basaría más en una propuesta legal que en un abordaje de la falta de medios asistenciales- FEAFES entiende que con ello la EN lo que hace “es en realidad, un intento de introducir una nueva materia como elemento de la discusión” y reconoce que “[no] nos encontramos ante un debate sobre la totalidad del Sistema Socio-Sanitario nacional, sus problemas y alternativas de futuro”. Critica que la AEN no lleve a cabo una propuesta alternativa concreta, ni es una respuesta a las situaciones reales y cotidianas de cientos de familias en España.

En segundo lugar, sobre la pretendida vulneración de derechos y la colisión con el tratamiento que supondría la propuesta de regulación del TAI, responde la FEAFES que lo único que se pretende es “dar cobertura legal expresa a una práctica que puede considerarse amparada ya por la redacción actual del art. 763 LEC”, pero que vendría a dar mayor seguridad jurídica a las partes implicadas. Invoca a tal efecto la Recomendación (2004) 10 del Consejo de Europa que diferencia entre internamiento y tratamiento. Al propio tiempo pone en evidencia que numerosos preceptos de las legislaciones penal, penitenciaria, civil e incluso sanitaria (20 LGS) son normas específicas para los enfermos mentales lo que es contrario también frente a la postura de la AEN contraria a la existencia de “legislación específica” para este tipo de pacientes. Considera FEAFES que no se pretende la judicialización de la asistencia sino una mayor seguridad jurídica.

En tercer lugar, FEAFES alude a algunos elementos colaterales: a) falta de representación de juristas en el grupo de expertos de la AEN (uno solo entre 11), b) la preocupación de la AEN por mantener más su *status quo* ante la mayor carga de trabajo que supondría la implantación de la medida propuesta, c) la ausencia de nota estimatizadora alguna, pues por otro lado “no se pueden condicionar las medidas terapéuticas a una hipotética mayor o menor aceptación social”, d) la representatividad de CERMI y FEAFES para proponer este modelo de intervención.

4.3. Posición propia.

Como habrá podido comprobarse las posiciones en torno a la Proposición de Ley están encontradas. Y ya no sólo en lo referente al contenido de la misma, sino a su propia pertinencia. Incluso, en algunos momentos, puede hasta hablarse de una cierta “subida de tono” en el lenguaje empleado en apoyo de los diferentes argumentos.

Intentaré abordar los principales argumentos empleados desde mi particular punto de vista que, ya adelanto, es de sincero respeto a ambas posiciones planteadas pero de claro escepticismo en cuanto a la virtualidad de la propuesta planteada.

- a) El problema de fondo: la identificación del problema.

Cuando se habla de tratamientos ambulatorios –sean voluntarios o no- es preciso indagar acerca de qué necesidad se pretende cubrir y qué problemas dimanen de la cobertura de tal necesidad.

Aunque el tratamiento ambulatorio voluntario, parte de un hecho incontestable, la voluntad del paciente, su autonomía en suma, no por ello pueden dejar de plantearse dos cuestiones: la red asistencial que permita cubrir tal necesidad asistencial y la cobertura jurídica de dicha prestación sanitaria. Lo primero remite a consideraciones acerca del modelo

asistencial y de los recursos –humanos o materiales- necesarios. Lo segundo viene referido al marco jurídico organizativo de tales intervenciones sanitarias de un lado, y a la habilitación para la intervención que emana de la propia autonomía del sujeto concernido. Queda por ello patente que, incluso en el sistema de asistencia a la salud mental menos discutido, ambos aspectos, el material y el jurídico también se hallan presentes.

El TAI precisa igualmente de ambos análisis o perspectivas, aunque de forma modulada, precisamente por su carácter involuntario o forzoso. Respecto al ámbito de los recursos, de los dispositivos asistenciales, es exagerado afirmar que “nunca se van a dar los recursos sociales y sanitarios suficientes para nada” (Blanco del Barrio), pues tal afirmación induce a error, equiparando “suficientes” a “máximos”. Pienso que sí cabe hablar de recursos razonablemente suficientes para implantar una determinada política asistencial. Jamás podrá construirse un hospital absolutamente seguro ante cualquier eventualidad accidental o catastrófica, más creo yo que sí cabe hablar de unas normas de edificación y de seguridad razonablemente suficientes para las instituciones hospitalarias. De eso se trata, que no es poco. El problema está en que si creemos en la bondad de una norma, por muy excelsa que esta sea, sin soporte material para su aplicación estamos reconociendo a la ley unos efectos taumátúrgicos de la ley que nos los tiene. Además tal creencia constituye, a la vista de nuestro acontecer histórico-jurídico, un mal bastante endémico. Pongo siempre el ejemplo en mis clases del mandato dirigido a todos los españoles de ser “justos y benéficos”, contenido en nuestro primer texto constitucional (Constitución de 18.3.1812, art. 6). La buena intención de los constituyentes de Cádiz es loable, pero no pasa de eso, de mera intención. Ejemplo más cercano lo tenemos en la legislación de protección de menores, precisamente invocada en el curso de las comparencias en el Congreso: es constatable la falta de eficacia de la misma, precisamente por la ausencia de dotaciones personales y materiales en este ámbito: falta de suficiencia de personal especializado, escasez de centros, ausencia de clasificación de menores que facilita la convivencia de los acogidos bajo protección con los que cumplen medidas penales...

Por tanto, lo primero que ha de hacerse es identificar el problema, y este sentido a mí me parece evidente que este es básicamente asistencial, pues lo que se plantea es la necesidad de que las prestaciones asistenciales en salud mental lleguen a un núcleo de pacientes con trastornos severos, en los que concurre además su condición de poco proclives o abiertamente hostiles a un tratamiento que les está indicado. Lo jurídico, lo normativo, no pasa de ser instrumental, medial. Existe fundamentalmente porque deriva de las necesidades propias de un Estado de Derecho garantizador de las libertades individuales y de los derechos ciudadanos. Pero la garantía de estos no conlleva implícita la de la cobertura de las prestaciones necesarias. Las carencias del sistema asistencial tras la desinstitucionalización de enfermos mentales ha sido ampliamente puesta de manifiesto por la doctrina¹¹⁹.

b) La elección del instrumento idóneo.

Si se comparte pues que el problema es de índole socio-sanitario -lo que en principio no parece que nadie discute en lo básico- habría entonces que dar cumplida una respuesta asistencial, sin menoscabo, en lo que sea menester, de atender el nivel de garantías exigible.

a. Los recursos asistenciales.

Si en algo ha habido coincidencia entre los defensores y detractores de la regulación del TAI es en la necesidad de dotación de recursos sociosanitarios. La diferencia sin embargo ha radicado en que mientras los primeros consideran que es perfectamente compatible la introducción de la propuesta legislativa con la petición de mayores y mejores recursos (“no son cosas incompatibles” afirmó Iruin Sanz), los segundos estiman que el planteamiento de la propuesta enmascara la infradotación de una red asistencial comunitaria, judicializando un tema que eminentemente es sociosanitario.

En esta diferencia de enfoque se encuentra probablemente el nudo gordiano de la cuestión. Blanco del Barrio afirmó que “nunca hemos pretendido abrir debate nacional sobre cuál es la solución de la salud mental”. Pero probablemente es precisamente esto lo que tenía que haberse planteado de una vez por todas. Incluso se pusieron de ejemplo algunas medidas legislativas (protección de menores) que han carecido de cobertura presupuestaria. Más reparo en que precisamente por ello se han producido las importantes disfunciones en su aplicación, como antes quedó puesto de manifiesto.

El problema está en que si se implanta una regulación de TAIs sin soporte material asistencial adecuado, me temo que vamos a encontrarnos con una desvirtuación de la medida. Si no hay red de seguimiento, si no existen dispositivos asistenciales comunitarios, al final ante el incumplimiento del paciente quedará lo que ya existe, el ingreso involuntario, por corta duración que este tenga. Habría que pensar si para este viaje hacían falta tamañas alforjas.

b. Los instrumentos legales.

A lo largo de las intervenciones en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados los partidarios de la aprobación de la Proposición de Ley sobre TAIs reiteraron la necesidad de introducir un instrumento intermedio entre la incapacitación y el ingreso involuntario que permitiera el abordaje de pacientes mentales con trastornos severos y refractarios al tratamiento¹²⁰.

El futuro panorama normativo contemplaría pues la existencia de tres instrumentos: incapacitación, internamiento involuntario y TAI. En este punto se hace necesario indicar la posibilidad de solapamiento del TAI con los supuestos de

hecho, en ciertos casos, de los otros instrumentos legales o dicho de otro modo, la posibilidad de que determinadas aplicaciones de la incapacidad o del internamiento involuntario puedan cubrir las necesidades asistenciales del grupo de pacientes a quien en principio va dirigida la nueva medida legislativa que se propone.

En este punto hemos de reparar en dos datos. En primer lugar, que la incapacidad no tiene por qué ser absoluta. Es más no debe ser absoluta cuando ello no es necesario. Por eso la sentencia que declare la incapacidad debe determinar los límites y extensión de ésta (art. 760.1 LEC) y de ahí también el carácter revisable de la declaración cuando sobrevengan nuevas circunstancias (761.1 LEC). Entiendo que si tan persistente es la negativa de un paciente a seguir un tratamiento que realmente necesita, la solución sí puede ser la incapacidad limitada a los aspectos relativos al autogobierno en el ámbito de la salud de su persona¹²¹. No estamos hablando pues –como aludió la letrada Blanco del Barrio en su comparecencia en el Congreso- de incapacidad para contratar laboral o civilmente. Estamos hablando de algo mucho más reducido, circunscrito al ámbito de la salud, que es precisamente aquel sobre el que se pretende intervenir. Salvando las distancias, el ejemplo de las *guardianship order* británicas puede ser un referente a tener en consideración¹²². En este sentido creo que es preciso acudir a una función y a un órgano que tiene legalmente asignadas competencias al respecto. Me refiero al Ministerio Fiscal. De conformidad con su Estatuto Orgánico Regulador (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) a él compete:

“Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley” (art. 3.6).

“Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación” (art. 3.7).

A diferencia del principio de independencia que vertebra el poder judicial (art. 117.1 CE), y que por ello da lugar frecuentemente a pronunciamientos contradictorios o a posicionamientos bien distintos dentro del mismo ámbito territorial, el Ministerio Fiscal “ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica” (art. 124.2 CE), lo cual facilita en buena medida la tarea que aquí se propone. La elaboración de instrucciones a los miembros del Ministerio Público a fin de que insten medidas de incapacidad parcial, cuando ello sea lo adecuado, parece más que deseable. Bien entendido que, como señala la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado sobre “Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles”, la puesta en conocimiento del ministerio público de hechos que pueden ser determinantes de la incapacidad “no obliga al Fiscal a interponer automáticamente la demanda de incapacidad, sino que deberá analizar las circunstancias del caso”. Tales circunstancias, como digo, vendrían referidas en lo que aquí interesa al grado y extensión de la incapacidad que –insisto- bien puede limitarse a la toma de decisiones sanitarias.

Desde luego no puede servir de excusa la insuficiencia de recursos personales del Ministerio Fiscal –la cual por otra parte es sobradamente conocida- ya que tal carencia de recursos no puede justificar, bajo ningún concepto, la disminución de las garantías y de la protección que tal institución debe proveer precisamente al colectivo de pacientes de que aquí se trata.

Sentado lo anterior, añadir que incapacidad y diagnóstico no están necesariamente correlacionados. Es decir, aunque existe una tendencia generalizada a identificar ambos términos, lo cierto es que la incapacidad es algo más que un mero diagnóstico, es también un concepto circunstancial lo que implica que el Ministerio Fiscal deberá tener el diagnóstico como punto de partida, analizar las circunstancias que concurren en la persona concernida, determinar lo que dicha persona precisa para atender o decidir sobre sus asuntos y acotar igualmente lo que dicho sujeto puede hacer por sí mismo. De tal modo que, delimitada la “zona de falta de autogobierno” será exclusivamente a ésta a la que deba referirse la incapacidad¹²³. Indicar finalmente que es discutida en derecho español cual sea la institución pertinente a estos efectos (tutela-curatela)¹²⁴.

En segundo lugar, desterrados los internamientos indefinidos, que ni tan siquiera perviven en los casos más graves (ámbito penal), el ingreso involuntario es una medida eminentemente temporal. Puede durar semanas, días o incluso horas. Es un instrumento válido para instaurar tratamientos en ese denominado “núcleo de población residual” (Blanco del Barrio) a quien va destinada la medida legislativa en tramitación. Es más, la respuesta a las preguntas que hizo en la Comisión la diputada Grande Pesquero (“¿Dónde se realizaría el tratamiento? ¿Qué pasa si al paciente se le cita y no quiere venir? ¿Si se opone a someterse? ¿Quién lo trae? ¿Qué recursos y dispositivos serían necesarios para el cumplimiento de esta norma?”) se encuentra precisamente aquí, en el internamiento involuntario, por breve duración que éste tenga. Obviamente es así, ya que personalmente no acabo de visualizar a un equipo sanitario externo administrando inyectables en la cocina del hogar, en la oficina propia o en el despacho del director de la empresa o en la parada de taxis –traigo a colación el ejemplo de un paciente que reunía la condición de profesional del sector-.

El problema, se dirá, es que ni todos los jueces aplican una incapacidad parcial, ni todos los facultativos acceden al ingreso incluso cuando concurren datos suficientes que lo harían indicado. Reconociendo que esto, en algunos casos es así, advierto de lo peligroso que es utilizar tal tipo de argumentos, ya que a la postre se acudiría a una norma coercitiva para responder a problemas ajenos al paciente, un anómalo funcionamiento de la administración judicial y sanitaria. La desproporción es evidente.

En este punto, se introdujo en varios momentos de las comparecencias en la Comisión y en los documentos de FEAFES un argumento que es fundamental para entender la filosofía de la propuesta legislativa: el papel del juez. A éste se le atribuyen dos condiciones: por un lado, es garante de los derechos del paciente, ya que toda medida restrictiva de la libertad debe gozar de tal garantía y, por otro lado, su presencia con carácter de autoridad hace más eficaz el tratamiento.

De la primera función trataré en el penúltimo apartado de esta colaboración, por lo que me centraré ahora brevemente en la segunda. Como afirmó la letrada Blanco del Barrio lo que se pretende es el respaldo de “una autoridad que socialmente se considera que lo puede todo”, y que “de vez en cuando le falta a la familia o al padre” (Giner Ubago). O en palabras más gráficas se pretende introducir la posibilidad de que “el malo sea el juez, el cual no le tiene que tratar” (Iruin Sanz). Lo que el psiquiatra le pediría al juez es permiso para actuar: “sujétele un poco que vamos a pincharlo, ya está” (Giner Ubago). Puede ser que con esta intervención judicial los psiquiatras se sentirían más cómodos, en palabras de Blanco del Barrio, pero creo que habríamos de preguntarnos hasta qué punto es preciso que sea el Juez el que deba jugar este tipo de papel. Es decir, sin desdeñar el papel del juez como garante de los derechos fundamentales del paciente, y como quiera que ya para el ingreso involuntario está prevista su autorización, el tema es si es necesaria también su presencia para “asustar un poquito” (Santos Urbaneja) al paciente. Un tema ya enunciado sigue latente: ¿dónde se administra el tratamiento en caso de incumplimiento por el paciente?. Evidentemente si es en hospital la solución ya viene dada por nuestro ordenamiento vigente: o bien ingreso de urgencia y posteriormente ratificación judicial o bien previa autorización judicial para el ingreso ordinario. Si es de forma extrahospitalaria, a su vez debiera concretarse si lo va a ser en un medio no sanitario o sanitario (centro de salud mental, por ejemplo). Tanto en uno como en otro caso me pregunto si lo adecuado es administrar el tratamiento sin más (con posterior salida inmediata del paciente de las instalaciones sanitarias no hospitalarias o su permanencia en el hogar o lugar de trabajo) o llevar a cabo un período de observación. Esto último remitiría a un breve ingreso hospitalario lo que remitiría al supuesto anterior.

Garantizado en cualquier caso –con o sin reforma- el control judicial de los ingresos (ex art. 763 LEC vigente) la intervención judicial básicamente se justificaría por la influencia psicológica que tiene la presencia de la autoridad. Más, bien pudieran desempeñar tal papel los propios equipos de salud mental comunitaria, que tienen mecanismos para establecer cierta presión (persuasión más bien) para conseguir que el paciente coopere con el tratamiento¹²⁵; o, si se quiere, podría encomendarse tal función a la propia Administración sanitaria, es decir, ya no tanto los facultativos o los equipos asistenciales cuánto los órganos administrativos que en su caso asumieran tal tarea. Al paciente, por tanto, desde el dispositivo asistencial puede persuadirse y hacerse ofrecimientos, negociar en suma con él el seguimiento del tratamiento¹²⁶, aunque en ocasiones ciertamente el paciente puede percibir una cierta coerción para la consecución de la adherencia al tratamiento¹²⁷.

c) Los problemas técnico-jurídicos de la regulación de las intervenciones sanitarias en psiquiatría.

La puesta en escena de la Proposición de ley que aquí se comenta obliga a un análisis de planteamientos ya no solo político-legislativos o programáticos- asistenciales, sino otros de contenido más técnico-jurídico que, sin embargo, tienen suficiente enjundia y merecen por ello ser abordados.

a. Especialidad o generalidad de la norma reguladora.

Una primera cuestión, no precisamente nueva, concierne a la opción legislativa a tomar en cuenta en relación a la asistencia psiquiátrica. Lo cierto es que desde la Comisión constituida en el Ministerio de Justicia en 1982 para analizar la problemática derivada del internamiento de los enfermos mentales se ha consagrado el modelo de un marco legislativo no específicamente psiquiátrico. Tal opción se justificó para evitar discriminaciones de los enfermos mentales con otro tipo de enfermos¹²⁸. Sin embargo el modelo no es puro, es decir, se ha materializado en la inexistencia de una ley especial, más no de normas especiales que, de hecho existen. En este sentido, deben tenerse en consideración las puntualizaciones –Blanco del Barrio- que se hicieron en la sesión de la Comisión de Justicia del Congreso, poniendo de manifiesto la existencia de diversas normas especiales cuyos destinatarios son los enfermos mentales en materia de incapacidad, sucesiones, penal, penitenciaria e incluso de limitación de la libertad personal (como fue el caso del extinto 211 CC y lo es hoy del 763 LEC). Sobre esto último, y a pesar de que uno de los defensores de la Proposición de Ley -el prof. Giner Ubago- aludiera en su comparecencia a otros posibles usos no psiquiátricos del internamiento regulado en el 763 LEC, la dicción de dicho precepto, al menos hoy por hoy, es patente que tiene por destinatarios los ingresos psiquiátricos involuntarios. El campo de aplicación del precepto, el “internamiento por razón de trastorno psíquico” (apartado 1) o la alusión al internamiento de menores en un “centro de salud mental adecuado a su edad” (apartado 2), son elocuentes al respecto. Por ello es legítimo pensar que efectivamente sí existen normas específicas sobre enfermos mentales en nuestro ordenamiento jurídico. Diferente cuestión es que éstas debieran limitarse al máximo o que pueda seguir sosteniéndose la vigencia del modelo de “ley general”¹²⁹.

Personalmente entiendo que el modelo establecido pudiera seguir siendo válido, aunque debe interpretarse en el contexto histórico en que vio la luz y someterse a una revisión de los resultados obtenidos en este tiempo. El modelo de ley general que sirve a la redacción del art. 211 CC en la reforma de 1983 tuvo lugar en un contexto en el que debe recordarse que la normativa existente para la privación de libertad de enfermos mentales no era acorde con los parámetros constitucionales, pues tenía solo rango reglamentario (personalmente entiendo que tampoco responde a tales parámetros la situación que desde entonces tenemos, ley ordinaria en lugar de la orgánica que considero es exigible en esta materia); se partía de una situación de clara discriminación del enfermo mental –en buena medida aún subsistente-, con

lo que se pretendía incorporar “como uno más” al enfermo psíquico; se encontraba aún pendiente la tan anhelada Ley General de Sanidad, con lo que el art. 211 CC en realidad fue un anticipo de la misma, si bien en un elemento tan coyuntural como extraño (una norma procesal en un código sustantivo). Dicho esto, indudablemente el modelo de “ley general” puede mantenerse, bien entendido que sólo si otorga plenas garantías a los pacientes, a todos los pacientes. El hecho de que existan numerosos pronunciamientos de asociaciones internacionales y de entidades supranacionales –muy especial el Consejo de Europa- sobre protección al enfermo mental, pone de manifiesto que tal protección, en la práctica, no es todo lo óptima que sería deseable. La ausencia de regulación en prácticas nada inusuales de la psiquiatría, como el empleo de medios coercitivos, es buena prueba de ello¹³⁰. Y si bien, es lo cierto que tales medios y medidas también se aplican en otros campos de la medicina, no menos cierto es que la incidencia más notable –por la eventual reiteración de su empleo en un mismo sujeto- se da en el campo psiquiátrico. Sin perjuicio de que en una futura ocasión pueda abordarse –como es mi deseo- este tema con más detalle, baste ahora decir que el modelo de “ley general” no puede servir de excusa para la ausencia o insuficiencia de una regulación omnicompreensiva de situaciones que afectan en especial grado al enfermo mental, sin que por ello y bajo ningún concepto, tal tipo de paciente haya de soportar discriminación alguna. En este sentido, y huyendo siempre de paternalismos injustificados e injustificables, me adhiero a la posición tanto de nuestro Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En síntesis, vienen a afirmar ambas instancias jurisdiccionales que la discriminación sí es válida cuando obedezca a una justificación objetiva y razonable (SSTEDH 23.7.1968 y 27.10.1975; SSTC 34/1981, de 10 de noviembre, 22/1981, de 2 de julio o 7/1982 de 26 de febrero, entre tantas otras). Y la discriminación a mi entender, en el terreno que aquí nos ocupa, está más que justificada cuando pretende instaurar mayores garantías a un sector de la población históricamente marginado.

Ahora bien, la ausencia de una ley especial lógicamente supone una cierta dispersión normativa que debe ser tenida en cuenta. Es preciso en este sentido tener en cuenta otros textos legales que pudieran ser extremadamente útiles a fin de garantizar la cobertura asistencial del tipo de pacientes candidatos a un eventual TAI. Uno de los instrumentos legales a tener muy presente a la hora de abordar la asistencia psiquiátrica es la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –ley general donde las haya- desde el momento en que en ella se configura el “catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud” como el instrumento que garantiza “las condiciones básicas y comunes para la atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención” que comprenderá “las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación farmacéutica,... y de transporte sanitario” (art. 7.1). Dichas prestaciones, que se materializarán en la “cartera de servicios” (art. 8), obviamente tienen una indudable incidencia en el ámbito de la salud mental y, posiblemente, buena parte de las legítimas demandas de atención que reclaman defensores y detractores de la Proposición de Ley sobre TAIs podrían tener su acomodo en este ámbito. La reclamación de un desarrollo del art. 20 de la Ley General de Sanidad en relación con esta normativa sería el marco adecuado de una asistencia comunitaria integral, salvando las notorias insuficiencias en este ámbito del Real Decreto 63/1995, 20 enero, de ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, por lo demás vigente hasta tanto no se desarrolle la cartera de servicios.

b. ¿Ley procesal o ley sustantiva?

En el transcurso de la discusión e información de la Proposición que aquí tenemos entre manos hubo opiniones también dispares en lo relativo a qué tipo de norma legal debía ser utilizado: procesal o sustantiva.

En este punto perdura un déficit legislativo que viene de antiguo. Déficit que en buena medida proviene de la conjuntura histórica en unos casos y en la falta de entendimiento cabal en otros. El “olvido” del legislador francés a la hora de redactar el Código Civil trajo consigo la Ley de alienados de 1838 para solventar tal carencia. No aprendida la lección por el legislador español, nuevamente el Código Civil de nuestro país no abordó la cuestión del internamiento, aspecto que fue solventado por los Reales Decretos de 1885 primero y por el Decreto de 1931 después. La necesidad de dar un soporte constitucional a la privación de libertad justificó la introducción de un precepto específico con motivo de la reforma del Código Civil de 1983. De ahí deriva buena parte de la confusión actual.

El art. 211 CC era, indudablemente, una norma procesal incrustada en un cuerpo legal sustantivo. La aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 recondujo a su ubicación natural tal precepto, dando origen al vigente art. 763 LEC. Sin embargo, ahora nos hallamos con una norma procesal sin norma sustantiva de referencia –al menos suficiente-.

Efectivamente, hoy por hoy, la norma sustantiva de referencia sería 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. De hecho tal norma legitima que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento... cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (art. 9.2.b). La cuestión es que esta norma parece insuficiente para regular un tema tan relevante como es la privación de libertad más o menos prolongada (sea internamiento, sea TAI). Baste indicar que al identificar el supuesto de aplicación en los casos de “riesgo inmediato grave” se deja al albur una tema interpretativo sin duda problemático, ya que –por ejemplo- una evidente necesidad de tratamiento en un paciente que por sus características y antecedentes puede poner en riesgo la vida propia o ajena por falta de tratamiento ¿legitimaría la intervención aunque en el momento actual el riesgo no es “inmediato” *strictu sensu*?. Falta aquí una mayor generosidad normativa, entiendo que por la vía de una redacción más amplia al actual art. 9.2.b Ley 41/2002, sin perjuicio de lo que dirá después al tratar el desarrollo normativo infralegal.

Lo anterior no es óbice para que pueda ser necesaria -personalmente estimo que lo es- una norma procesal que explicita el procedimiento de intervención judicial, en fase de autorización o en vía de recurso, aunque entiendo que ambas cuestiones remitirían a la medida de ingreso involuntario, momento en el que se materializa la privación de libertad. Habrá de reconocerse, no obstante, que estamos en una situación jurídica incompleta, insuficiente a nivel legal. Reitero, por otra parte, lo ya indicado con anterioridad: los supuestos de aplicación de medidas restrictivas de la libertad personal han de ser regulados por una norma legal de rango orgánico, por mor de lo dispuesto en el art. 81 de nuestra Constitución, dato este que no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina¹³¹, aunque sí mereció un justificado voto particular a la STC 129/1999, 1 julio, del Magistrado García Manzano¹³², en base a los siguientes argumentos, que son dignos de reflexión, y que en líneas generales comparto¹³³, en relación a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela:

“no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma salvo "en los casos y en la forma previstos en la Ley": En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita". Ha de concluirse, por lo tanto, que el rango formal de la norma cuestionada no se ajusta a la Constitución, por hallarse contenida en ley ordinaria como es el C.C. y las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre jurisdicción voluntaria, tal como entendió acertadamente el Juez proponente” (FJ 5 del voto particular).

c. El desarrollo normativo infralegal.

Aunque, como es sabido, la norma procesal en principio bien puede agotarse en el nivel legal, no sucede lo mismo con la norma sustantiva en buena parte de los casos.

Acudir a este nivel de regulación, respetando obviamente el marco legal habilitador de la intervención es una de las técnicas más usuales en derecho. En el terreno que nos ocupa, buena parte de las respuestas a los interrogantes que se plantearon en la Comisión de Justicia pudieran tener aquí su alojamiento. Entre la norma legal y el protocolo asistencial, la norma reglamentaria define recursos, procedimientos internos, responsabilidades, mecanismos de intervención,...

Probablemente buena parte de las carencias que ha tenido la aplicación del art. 20 de la Ley General de Sanidad se deben a esta falta de desarrollo normativo, siempre tan necesario en el ámbito administrativo. Evidentemente tal tarea corresponderá primordialmente a las Comunidades Autónomas a quienes están transferidas las competencias prestacionales de esta tarea, si bien no puede obviarse la relevancia que puede tener el Estado en la materia al poder ser impulsor de las medidas de reforma vía art. 149.3 de la Constitución que atribuye carácter supletorio a la normativa del Estado respecto a la propia de las Comunidades Autónomas. Por esta vía, aunque la Administración Central sólo conserve competencia sanitaria para las ciudades de Ceuta y Melilla, como digo, el Estado puede hacer de punta de lanza, aspecto éste que creo que se ha obviado en la discusión del tema que aquí tratamos.

d. El panorama del derecho comparado.

Referencias de derecho comparado se han utilizado a favor y en contra de la implantación de un régimen legal de TAI en nuestro país. Además de la descripción que llevé a cabo en los epígrafes precedentes, por mi parte me creo en la obligación de hacer las siguientes matizaciones.

Los instrumentos internacionales de referencia no hacen una apuesta explícita ni a favor ni en contra del TAI, probablemente conscientes de la heterogeneidad normativa que muestra el panorama de los diferentes Estados. Los textos más frecuentemente invocados son el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 y la Recomendación (2004) 10, de 22 de septiembre del Consejo de Europa. A ellos paso a referirme.

El Convenio de Oviedo señala en su art. 7:

“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 comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”.

Por su parte la Recomendación del Consejo de Europa (2004) 10 diferencia ya en el mismo enunciado que sirve de título a su capítulo III el “internamiento involuntario” del “tratamiento involuntario”. Posteriormente regula de forma separada los criterios de aplicación del internamiento involuntario (art. 17) y del tratamiento involuntario (art. 18). Pero nótese que en ningún caso alude al TAI.

Efectivamente la “intervención” que menciona el Convenio de Oviedo es sinónima de “tratamiento”. De ahí precisamente que hable primero de “intervención”, pero inmediatamente después aluda a “la ausencia de este tratamiento”. Por tanto, habrá de reconocerse que tanto el Convenio como la Recomendación citada aluden al “tratamiento”. Tal mención podría servir de cobertura al TAI. Indudablemente. Pero no puede afirmarse, como se hizo en la Comisión (Blanco del Barrio), que tales textos internacionales dediquen “artículos específicos al tratamiento involuntario de carácter ambulatorio”.

En realidad, para entender la distinción entre “internamiento” y “tratamiento” en el contexto europeo hemos de tener presente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ahí entiendo que radica la justificación de dicha distinción. Contra lo que pudiera parecer, del art. 5.1.e Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³⁴ no se deduce la existencia de un derecho del paciente al tratamiento adecuado a su estado. Así vienen a indicarlo las SSTEDH 24.10.1979 § 51 (Caso Winterwerp) y 28.5.1985 § 44 (Caso Ashindgdane). En esta última se afirmó:

“En principio, la detención de una persona, como enfermo mental, no será ‘regular’, según el apartado e) del párrafo 1, más que si se desarrolla en un hospital, una clínica u otro establecimiento apropiado para el enfermo. Sin embargo, y sin perjuicio de todo lo que antecede, el tratamiento o régimen adecuado no está comprendido, en principio, en el artículo 5.1, apartado e)¹³⁵”.

Esta distinción entre “internamiento” y “tratamiento” no es privativa del ámbito europeo. En Estados Unidos, Birbaum en 1960 planteó la cuestión del derecho al tratamiento de quien era involuntariamente privado de libertad por razón psíquica. Igual sucede en el caso *Rouse Vs. Cameron* (1966) en el que el juez David Bazelon, portavoz del Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, informó en el sentido de que el propósito de la hospitalización involuntaria es el tratamiento, poniendo en duda la constitucionalidad del ingreso cuando está ausente aquél, y muy especialmente, por la notoriedad que alcanzó el asunto, en el caso *Wyatt vs. Stickney* (Alabama, 1971), en el que el juez del tribunal federal del Distrito de Alabama Frank Jonson, declara la obligación de tratar de la Administración y el derecho constitucional del paciente a recibir tratamiento, elaborando además en detalle las normas mínimas para suministrar el tratamiento adecuado a los enfermos mentales (requisitos básicos para el personal, medios físicos y estándares de alimentación), exigiendo planes de tratamiento individualizados¹³⁶. En el caso *O'Connor vs. Donaldson* (1976) del Tribunal Supremo de Estados Unidos se estableció que los enfermos mentales inofensivos no pueden ser confinados contra su voluntad sin tratamiento, siempre que puedan vivir fuera de la institución; de ese modo el internamiento involuntario solo deberá ser considerado cuando haya posibilidad de daño a otros o a sí mismo o cuando el paciente sea incapaz de cuidarse y sobrevivir fuera de la institución. La sentencia del caso *Rennie vs. Klein* (1979) reconoció el derecho de los pacientes a rechazar el tratamiento, así como a utilizar un recurso de apelación. La resolución del caso *Roger vs. Oken* (1981) reconoce el derecho absoluto de los pacientes a rechazar el tratamiento, si bien este podrá ser autorizado por un tutor¹³⁷.

En Estados Unidos parte de la doctrina y de las legislaciones abogan por correlacionar internamiento y tratamiento. Alan A. Stone¹³⁸ hizo en este sentido una propuesta, que sería asumida por la AMA en 1982¹³⁹ en el sentido de condicionar el internamiento civil (*civil commitment*) a la incompetencia para adoptar decisiones. De este modo, mientras un enfermo mental competente no podría ser internado, un internado –y por tanto incompetente- podría ser sometido a tratamiento involuntario. En definitiva, no se reconoce al internado el derecho a rechazar el tratamiento; solo podrá ejercitar tal derecho cuando sea liberado. Esta posición es asumida por las legislaciones de varios Estados. Así, Kansas, Delaware, Iowa, Michigan, South Carolina y New Mexico¹⁴⁰.

Pero la posición hasta descrita no es mayoritaria en Estados Unidos, donde abundan los Estados donde no se correlacionan tratamiento forzoso e internamiento¹⁴¹. Entre los Estados en los que se reconoce el derecho del paciente competente –aún internado- a rehusar el tratamiento se diferencian dos modelos de protección de este derecho. Unos, consideran que el juicio de competencia es eminentemente jurídico y, por tanto, debe obtenerse tras una audiencia formal ante un órgano jurisdiccional. Otros, entienden suficiente una valoración por parte del equipo médico; a este respecto el Tribunal Supremo ha reconocido que este último modelo sí satisface el requerimiento del debido proceso (*due process requirement*)¹⁴². Por tanto, el ingreso de pacientes psiquiátricos en una institución mental no incluye en Estados Unidos necesariamente la cobertura del tratamiento forzoso¹⁴³.

Tampoco faltan en nuestra doctrina autores que aboguen por la distinción entre internamiento y tratamiento. Por ejemplo, para Aznar¹⁴⁴ el control judicial alcanzará a la continuación o no del internamiento y a las condiciones del mismo, mas no al tratamiento propiamente dicho¹⁴⁵. Y De Lorenzo¹⁴⁶ considera que es difícil aplicar analógicamente las normas relativas a los internamientos involuntarios a los tratamientos obligatorios. Aunque otros postulan que la autorización judicial para el ingreso en un determinado establecimiento incluye el tratamiento¹⁴⁷.

En conclusión, la distinción que hacen textos internacionales entre “tratamiento” e “internamiento” creo que ha de interpretarse a la luz de las precedentes consideraciones. Los redactores de aquellos textos estimo que tenían *in mente* que no es pacífica la correlación ineludible entre internamiento y tratamiento y de ahí que establecieran criterios y garantías para ambos, de forma separada. Que pretendan extrapolarse los términos de la distinción a fin de justificar los TAls es legítimo, pero no necesario e inevitable.

Hay que dejar constancia de que en el ámbito norteamericano indudablemente, como ha quedado más que acreditado, el interés que mueve a la instauración de programas de TAl es básicamente preventivo-penal. Las Leyes Kendra y Laura tuvieron precisamente por origen episodios violentos y los análisis doctrinales en aquel país se centran de forma mayoritaria en este ámbito¹⁴⁸.

e. Los precedentes empíricos en nuestro país.

A lo largo de las comparecencias en el Congreso de los Diputados se trajeron a colación diferentes experiencias para afrontar el tratamiento de pacientes con trastornos mentales severos. Más apréciase que de las mismas se extrajeron conclusiones contradictorias en relación con la proposición de ley objeto de debate.

Por un lado, Álvaro Iruin Sanz, responsable de atención psiquiátrica de Osakidetza describió la experiencia de “judicialización ambulatoria” llevada a cabo en uno de los Juzgados de San Sebastián, relató la bondad del programa piloto en pacientes diagnosticados de esquizofrenia o trastorno bipolar que dio lugar a sólo 17 intervenciones judiciales y abogó por compatibilizar la consecución de una red asistencial estructurada con la propuesta legislativa de regulación de los TAIs. Por otro, Paloma Lago Baylin, Presidenta del Forum de Iniciativas Asistenciales y de Salud Mental de Catalunya hizo una ardorosa defensa de la psiquiatría comunitaria y por los planes integrales de salud mental, considerando que la meta es que los pacientes con trastornos mentales severos se beneficien del conjunto de servicios corresponsabilizando a los diferentes niveles asistenciales –hospitalización, seguimiento ambulatorio, programas de rehabilitación-, llevando a cabo la gestión de casos, el desarrollo de un plan individualizado integral de asistencia y un programa de continuidad de cuidados. Abogaba, en fin, por no modificar la LEC y desarrollar la Ley General de Sanidad y la Ley de Autonomía del Paciente.

En realidad, ambas experiencias partían de la necesidad de crear una red asistencial y una continuidad de los cuidados. La diferencia radicaba en la intervención o no de la autoridad judicial. La cuestión en el fondo es si el elemento disuasorio para la adherencia al tratamiento del paciente debe radicar en el propio dispositivo socio-sanitario o ha de residenciarse en los órganos jurisdiccionales. Personalmente creo más en lo primero, y estimo que la intervención judicial ha de reservarse para la intervención coactiva directa (ingreso hospitalario para tratamiento). Se reconduciría así los términos del debate al ingreso involuntario, ya regulado. El elemento judicial intervendría para autorizar el ingreso –ordinario o de urgencia- y para resolver los recursos pertinentes.

f. La cuestión de la materialización del empleo de medidas coercitivas en psiquiatría.

El empleo de medidas coercitivas en psiquiatría debe atribuirse al dispositivo sociosanitario, con las garantías judiciales pertinentes en caso de hospitalización. Ello conlleva la necesidad de dotar de medios asistenciales, pero también de transporte sanitario en debidas condiciones¹⁴⁹. El empleo de la fuerza policial debe ser el último recurso, en caso de auténtica necesidad. En tales casos evidentemente sí está justificado¹⁵⁰. Pero las “carteras de servicios” de las diferentes administraciones sanitarias han de asumir la dotación de recursos materiales y personales para desplazar la intervención policial que en muchos territorios del Estado sigue siendo la principal protagonista.

Por otra parte, hemos de volver sobre uno de los principales interrogantes planteados en la Comisión de Justicia: ¿dónde llevar a cabo el tratamiento en caso de incumplimiento? Estimo que la única respuesta a ello es el medio hospitalario. Así creo interpretar el art. 19.3 de la Recomendación (2004) 10 del Consejo de Europa que dispone que los Estados deberán asegurar que los tratamientos involuntarios sean efectuados en un medio apropiado. Si se reconoce que esto es así, el tema se reconduce a sus justos límites: en la propuesta legislativa aquí comentada hay dos elementos básicos: el disuasorio (intervención judicial) y el material o asistencial (medio hospitalario como último recurso ante el incumplimiento). Comoquiera que este último precisa del concurso garantizador del órgano jurisdiccional, el tema de fondo queda reducido al papel disuasorio del juez. Y la pregunta que me hago es si tal papel disuasorio debe cumplirlo el juez o el dispositivo socio-sanitario, la autoridad sanitaria si se quiere. Me inclino por esto último, por entender que el juez debe circunscribir su tarea a la tutela de derechos y la resolución de recursos.

g. La hipotética aplicación del mecanismo de las “instrucciones previas”.

Se planteó asimismo en el Congreso la posibilidad de aplicar a los TAIs la reciente incorporación en nuestro ordenamiento de las llamadas “instrucciones previas” o “voluntades anticipadas”¹⁵¹. El tema ciertamente es problemático. Obviamente, tal carácter problemático no se plantea si el paciente en un momento en el que goza de competencia explícita su voluntad de ser tratado en un futuro, aún en contra de sus deseos; estaríamos en tal caso de un supuesto salvífico conocido en la literatura como “contrato Ulises”. Pero la cuestión se plantea con toda su crudeza en el supuesto de que el paciente, siendo competente, determine que para el caso de que incurra en incompetencia manifiesta su deseo de no ser tratado. Para este caso considero que hay que tener en cuenta el carácter dual de la fundamentación del empleo de medios coercitivos en psiquiatría. Ya no es sólo que se busque con la instauración del tratamiento involuntario el beneficio del paciente, es que indudablemente la sociedad también tiene sus derechos frente a eventuales agresiones derivadas de un trastorno mental. Es inevitable en este sentido traer a colación las palabras de John Stuart Mill

“Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”¹⁵².

Es más, estimo que estaríamos en presencia de un paternalismo justificado. Téngase en cuenta, por lo demás, que el art. 11.3 de la Ley 41/2002 dispone que: “[n]o serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico”. Y personalmente considero que unas instrucciones dictadas por un paciente competente en tal momento no pueden vincular al Estado, cuando eventualmente pueden existir otros intereses y bienes jurídicos ajenos en peligro. Es cierto que el beneficio del paciente juega un papel primordial, pero en la práctica no puede olvidar el papel secundario, pero

existente, que juegan otros intereses, también legítimos, como la salvaguarda de la integridad de terceras personas. Por lo demás, me remito a las observaciones que hice en el apartado 1 de este trabajo¹⁵³.

h. Las enseñanzas de las experiencias ajenas.

A la hora de encarar la propuesta de TAI pienso que es necesario tener presentes las experiencias ajenas para no incurrir en los mismos errores. Utilizaré como referentes los análisis de evaluación de la Ley Kendra que –entendiendo son realmente ilustrativos.

Flug¹⁵⁴ analizó las características que debe reunir un eficaz sistema de intervención en el medio comunitario y llegó a las siguientes conclusiones, que ponen de manifiesto la inadecuación del sistema instaurado por la Ley Kendra, desde el momento en que no proporciona instrucciones para llevar a cabo un adecuado tratamiento ambulatorio. El tratamiento ambulatorio según la doctrina mayoritaria ha de ser:

1.- Integral. La necesidad de un tratamiento intensivo precisa un despliegue comprensivo de los distintos servicios disponibles que abarquen la asistencia clínica, la rehabilitación, los servicios sociales... Sin embargo, la Ley Kendra se limita a establecer dos mínimos estándares: que el tratamiento sea el menos restrictivo posible y que vaya destinado al tratamiento o a intentar prevenir recaídas. No obstante el requerimiento de elaboración de un plan escrito de tratamiento no garantiza que los pacientes reciban un tratamiento integral, principalmente por la falta de recursos de que adolece la asistencia mental. Como afirma Seichshnaydre¹⁵⁵, “los profesionales de la salud mental continuamente recomiendan servicios que no existen, lo que resulta frustrante”. De este modo –confirma Flug- los planes de tratamiento tienen más que ver con la existencia de recursos que con las necesidades de los pacientes.

2.- Colaborativo. El tratamiento debiera considerar la colaboración de los pacientes en la planificación. Es menester que estos jueguen su propio rol en la toma de decisiones, pues ello lleva aparejada una mejora en los resultados obtenibles. Sin embargo, en la Ley Kendra esto no pasa de ser una quimera. La máxima colaboración del paciente tiene lugar en el inicio de la instauración del tratamiento, y la planificación de este se lleva a cabo en un plazo inferior a tres días -aunque dicha planificación se extienda hasta a seis meses de asistencia-. Incluso aunque se modifique el Plan Terapéutico, la ley se limita a requerir la autorización judicial y la notificación de ello al paciente, sin darle ocasión de intervenir de nuevo.

3.- Continuo. Dado que existe constancia de que las personas con trastornos mentales graves no se encuentran en gran parte de los casos en condiciones de manejarse en la maraña del sistema de salud mental. Y es precisamente la continuidad en la asistencia un componente crítico de la efectividad de la intervención terapéutica. Sin embargo, en la Ley Kendra concurren importantes distorsiones. Si el paciente precisa cambios en el Plan Terapéutico, la preceptiva autorización judicial puede interferir en la continuidad del propio tratamiento. La falta de flexibilidad y de acomodación del Plan es patente.

4.- Preventivo. El tratamiento tiene sus miras puestas en la evitación de las crisis de los pacientes, cual fue el caso de Andrew Goldstein, lo que supone como señala la Health Care Financing Administration, de un lado la prevención de los potenciales síntomas de la enfermedad mental antes de que aparezcan, y contrarrestar sus efectos una vez acontezcan. Aunque desde círculos oficiales se haya transmitido la idea de que la Ley Kendra ha supuesto la extensión y mejora del sistema de salud mental esto no ha sido así. Precisamente la extensión ha corrido en buena medida a cargo de las llamadas “Nuevas Iniciativas para Servicios de Adultos” (*New Initiatives for Adult Services*) a partir de 1999. Ahora bien, dichas iniciativas aunque inspiradas, o si se quiere bajo la cobertura de la Ley Kendra, no forman parte integrante de la propia cobertura legalmente establecida. Como consecuencia de ello los niveles de tratamiento ofertados a los sujetos que aceptan voluntariamente el tratamiento no son asimilables al de aquellos que lo rechazan.

Las críticas al sistema de tratamiento ambulatorio forzoso del Estado de Nueva York están muy extendidas y comparten el criterio de considerarlo inadecuado¹⁵⁶. La principal crítica la Ley Kendra proviene de quienes consideran la ineficacia de la misma a la hora de asegurar mejores servicios asistenciales o mejorar la seguridad pública¹⁵⁷. Y buena prueba de ello lo tenemos el hecho que dio origen a la propia norma: Andrew Goldstein, antes de llevar a cabo su criminal acción, había solicitado repetidamente tratamiento y ayuda a los servicios sanitarios públicos, no recibiendo contestación a tales requerimientos¹⁵⁸.

La respuesta por tanto a hechos tan luctuosos como el que dio origen a la Ley Kendra estaría mas en la línea de mejorar los servicios asistenciales comunitarios, más que en extender las intervenciones coercitivas a pacientes mentales¹⁵⁹. Estas críticas a la falta de una adecuada dotación asistencial –que como se ha visto es anterior incluso a la Ley Kendra- han venido a ser asumidas incluso por los partidarios de este texto normativo¹⁶⁰.

El tema de la suficiencia/insuficiencia de los servicios comunitarios de salud mental es por tanto fundamental si lo que se pretende es garantizar una adecuada asistencia psiquiátrica. Son muchos los críticos de la Ley Kendra que, precisamente, se basan en la falta de reflexión sobre esta cuestión¹⁶¹. Y es que la práctica demuestra que “la necesidad de leyes restrictivas está en inversa proporción a la calidad de la asistencia”¹⁶². Afirmación ésta que incluso es compartida por el U.S. Surgeon General cuando llega a la conclusión de que “la necesidad de coerción debería ser significativa disminuida cuando sea una realidad la accesibilidad a unas adecuadas prestaciones de los individuos con dolencias mentales graves que supongan un grave peligro para sí o para terceros”¹⁶³. Se ha dicho con toda razón que este tipo de legis-

lación no es la panacea cuando el sistema asistencial es el problema¹⁶⁴. Se ha sugerido la necesidad de seguir profundizando sobre este tipo de medidas¹⁶⁵. E incluso se ha llegado a calificar de incierto el futuro de los TAls¹⁶⁶.

Esta realidad fue reconocida por el Legislativo neoyorkino, como también lo ha sido en otros Estados, como es el caso de Carolina del Norte, en donde se reconoce la ineffectividad de los tratamientos ambulatorios forzados cuando no se proporciona un adecuado y continuo nivel de servicios¹⁶⁷. También en un Forum sobre el tema se reconoció que, por un lado, el tratamiento ambulatorio forzoso es la materialización del deseo por el control del enfermo mental, aunque a la vez se admitió la necesidad de reforzar los servicios asistenciales¹⁶⁸.

Tras el crimen cometido por Andrew Goldstein en la persona de Kendra Webdale, la Comisión para la Calidad Asistencial del Estado de Nueva York (*New York Commission on Quality of Care*) pretendió justificar la eficacia del sistema en el caso concreto¹. Sin embargo, los hechos son tozudos. Como antes señalé, desde años antes al trágico suceso, Goldstein había venido demandando tratamiento y éste le fue denegado en la forma que el caso merecía. Así lo afirmaron los medios de comunicación social², y así se patentiza a la vista del propio Informe de la Comisión, como certeramente demuestra Flug³. Y de hecho, la propia Comisión acabaría reconociendo que la problemática suscitada en el caso de Andrew Goldstein en absoluto era infrecuente. A la vista de lo expuesto es compartible la opinión de Stavis⁴ de que el problema contemporáneo del tratamiento en salud mental es conseguir el mismo tratamiento, más que el rechazo a su imposición.

He aquí pues el eterno problema: la dotación de recursos asistenciales. Se entenderá entonces mi escepticismo frente a la propuesta de regulación de TAI en España. Sin recursos de psiquiatría comunitaria no hay tratamiento ambulatorio que valga, sea o no involuntario. Por poner un caso extremo, unos dispositivos asistenciales eficaces probablemente hubieran detectado y hecho el seguimiento de la conducta del conocido asesino en serie Francisco García Escalero (“el asesino de los mendigos”). Tras cometer 11 asesinatos (uno frustrado) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª de 27.2.1996 reconoce: “Francisco ha estado en el curso de estos hechos en tratamiento ambulatorio en varias ocasiones, habiéndolo abandonado con facilidad” (Fundamento Jurídico 7º). Probablemente no hubiera hecho falta una imposición forzosa del tratamiento sino un seguimiento del caso por parte de los servicios socio-sanitarios.

La enseñanza para el caso español me parece obvia. En nuestro país tenemos la inveterada costumbre de que cuando importamos los modelos ajenos lo hacemos tarde y mal. Si a ello unimos nuestra enraizada creencia en los efectos taumaturgicos de la ley, el panorama es preocupante. Disponemos de datos foráneos muy completos, y gracias precisamente a que llevan años de rodaje, tenemos la ocasión de aprender de los errores ajenos.

Personalmente tengo la firme convicción de que si no se aborda de una vez por todas esa eterna asignatura pendiente que es la asistencia psiquiátrica en nuestro país, de poco o nada sirven nuevos proyectos legislativos. Un país que en otros campos asistenciales pasa por ser puntero carece de suficientes recursos en el terreno de la salud mental. En este contexto introducir, sin más –insisto, aisladamente- una normativa coercitiva no va a ser demasiado útil.

i. El tema de las garantías del paciente.

En cualquier propuesta que afecte a derechos fundamentales es imprescindible arbitrar los correspondientes instrumentos de garantía. A dichos efectos y ante la eventualidad de que la iniciativa legislativa sobre TAls siga adelante abordaré en el siguiente epígrafe los principios jurídicos que considero imprescindibles.

5. Principios jurídicos rectores de un eventual tratamiento ambulatorio involuntario en España.

Con independencia de la posición antes mantenida, lo cierto es que es posible que en el futuro sea aprobada una normativa sobre TAls pues, de hecho, como hemos visto, está en trámite avanzado la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán del Congreso. Entiendo necesario en este sentido describir el conjunto de los principios reguladores de la nueva normativa (ley estatal que, en su caso, se apruebe y normativa de desarrollo estatal o autonómica).

Una futura regulación del TAI debería conjugar el respeto a los derechos del paciente y la eficacia terapéutica. El Informe-Propuesta de Reforma Legislativa sobre TAI de FEAFES-CEIFEM (2003-2004) hizo una propuesta de principios

¹ 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”, 1999. Disponible en la URL: <http://www.cqc.state.ny.us/dix.htm>. Con acceso el 30 de mayo de 2004. Nótese que el nombre de David Six era un pseudónimo que se utilizó para referirse a Andrew Goldstein.

² WINERIP, Michael: “Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks”, *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 y GOODE, Erica: “Experts Say State Mental Health System Defies Easy Repair”, *New York Times*, 14.11.1999, § 2, p. 39.

³ FLUG, Margo: “No Commitment: Kendra’s Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment”, *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, Winter, 2003, pp. 109-110.

⁴ STAVIS, Paul F.: “The George Mason University First Annual Forum on Mental Illness and the Law”, *George Mason University Civ. Rts. Law Journal*, Vol. 11, invierno de 2000, p. 7.

mínimos en este sentido. Por mi parte, y con ocasión de abordar la descripción del Estudio EUNOMIA y del uso de medios coercitivos en la práctica asistencial hospitalaria psiquiátrica hice otro tanto en relación a las medidas clásicas de coerción en psiquiatría (internamiento, medicación forzosa, aislamiento y contención mecánica)¹⁶⁹.

Una reelaboración de esta última contribución mía, teniendo a la vista el contenido del Informe-Propuesta citado daría como resultado el siguiente elenco de principios¹⁷⁰:

1.- Principio de respeto a la dignidad personal y a los derechos humanos.

Todo tratamiento o medida de intervención involuntaria ha de ser respetuoso con el principio de dignidad personal y con los derechos humanos. Toda limitación de tales derechos habrá de legitimarse en aplicación del resto de los principios aquí enunciados y justificarse en cada caso concreto. El respeto a dignidad y el reconocimiento de los derechos humanos está exigido en Declaraciones Internacionales (Principio 1.2 y 5 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 –en adelante Principios ONU- y art. 10 de la Recomendación No. R (83) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Protección Legal de las Personas que Padecen Trastornos Mentales, Internados como Pacientes Involuntarios), pero también aparece reconocido tanto en normas internacionales que han pasado a formar parte de nuestro ordenamiento interno (art. 1 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997), como de nuestro ordenamiento interno a nivel constitucional (art. 10 CE) y legal ordinario (art. 2.1 Ley 41/2002).

El respeto a la dignidad personal implica un respeto a los propios valores del paciente. Lo cual está en sintonía con lo establecido en el art. 2 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa, de que “la mera dificultad en adaptarse a los valores morales, sociales, políticos u otros no deben considerarse un trastorno mental”. Y en similar sentido 4.2 Principios ONU.

La equiparación en materia de derechos humanos ha sido incluida además en el art. 4 de la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental¹⁷¹.

2.- Principio de legalidad.

La utilización de medidas/medios coercitivos en Psiquiatría supone, cualquiera que sea la justificación/legitimación de los mismos, una restricción de la libertad personal. Libertad que ocupa un lugar básico en nuestro sistema jurídico-político. Como señala la STC 2ª, 147/2000, 29 mayo (FJ 3): “La libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan”¹⁷². En este sentido veo particularmente acertadas las consideraciones de Joaquín García Morillo: “La libertad personal es, pues, no sólo el derecho fundamental básico -tras la vida y la integridad física- sino también el derecho fundamental matriz de todos los demás, que son proyecciones de aquella. Al individualizarse y positivizarse aisladamente, cobran entidad jurídica propia, y despojan así a la libertad personal de los contenidos que en ellos se incorporan. De ahí que la libertad personal sea el derecho fundamental resultante de la sustracción, a la libertad genérica, de todos los derechos autónomamente reconocidos en la Constitución. Es, por ello, además de un derecho matriz, un derecho residual, que abarca todas las manifestaciones de libertad constitucionalmente protegibles, y no específicamente protegidas por derechos fundamentales autónomos”¹⁷³.

La libertad, en el sentido que aquí interesa, puede tener doble carácter: como restricción de la libertad ambulatoria (art. 17 CE) y/o como limitación del derecho general de libertad (art. 1.1 CE). Ambas son manifestaciones de la libertad con entidad propia. El art. 17 CE viene referido a la libertad física, “ambulatoria”, mientras que el principio consagrado en el art. 1.1 CE hace referencia a un principio general de libertad. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de definir tales diferencias. Así en la STC 120/1990, 27 junio (FJ 11) se dice: “No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del art. 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según reiterada doctrina de este Tribunal -SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes- la libertad personal protegida por este precepto es la «libertad física», la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-”.

Mientras la libertad “ambulatoria” hace alusión a la restricción de la libertad de movimientos como explícitamente señala la anterior resolución, “el principio general de libertad que la CE (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas” [STC 83/1984, 24 julio (FJ 3)], pues “[l]a libertad a la que se refiere esta norma constitucional es, en efecto, la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción, no la de quien elige entre la obediencia y la resistencia al Derecho o a las órdenes dictadas en su virtud” [STC 341/1993, 18 noviembre (FJ 4)], o lo que es lo mismo “ha de partirse forzosamente del art. 1.1 CE, que consagra la libertad como ‘valor superior’ del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” [STC 132/1989, 18 julio (FJ 6)]¹⁷⁴.

En materia de medios coercitivos en psiquiatría la distinción es clara, aunque solo a primera vista. Mientras que el internamiento psiquiátrico, limitativo de la libertad de movimientos, afecta de lleno a la libertad ambulatoria del art. 17 CE, el resto de medios coercitivos pudiera incidir en el derecho general de libertad del 1.1 CE. Aunque no sin problemas ubicativos. En efecto, el aislamiento es una restricción de movimientos que tiene a su vez lugar dentro de otra restricción de movimientos (el internamiento), luego el problema fundamental, en lo que a naturaleza jurídica se refiere, se encontraría en definir si el internamiento lleva implícito un eventual aislamiento. Otro tanto podría decirse de la contención mecánica; sin duda incide en la libertad ambulatoria pero... dentro de un establecimiento de atención psiquiátrica, por lo que plantea la misma problemática anterior. Distinto sería el caso de la medicación forzosa. Por sí misma no tiene por qué afectar a la libertad ambulatoria -salvo tal vez en el mismo momento de su administración-; afectaría más bien al derecho general de libertad del art. 1.1 CE, precisamente por ello "la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del art. 17.1 de la Constitución" [STC 120/1990, 27 junio (FJ 11)]. El TAI participaría de una incidencia en el derecho general de libertad pero, eventualmente afectaría a la libertad ambulatoria (ingreso hospitalario como consecuencia de incumplimiento terapéutico).

La precedente diferenciación (libertad física del 17 CE, derecho general de libertad del 1.1 CE) tiene repercusión en el plano de las garantías, pues la segunda, el principio general de libertad "que es un valor superior del ordenamiento jurídico -art. 1.1 de la Constitución-, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio art. 17.1 y los arts. 16.1, 18.1, 19 y 20" [STC 120/1990, 27 junio (FJ 11)]. Es decir, estaría especialmente "amparada" la libertad ambulatoria (el internamiento directamente) en cuanto que manifestación del derecho general de libertad, más no todo derecho a la libertad está "amparada".

Al margen de un diferente sistema de protección lo cierto es que ambas libertades sólo pueden restringirse en virtud de una norma legal. Es decir, están sometidas al principio de legalidad. Como señala la STC 49/1999, 5 de abril (FJ) establece que: "por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal. La reserva de ley a que con carácter general somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título 1, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)".

Por tanto, los tratamientos forzosos, en la medida en que suponen la restricción de derechos y libertades fundamentales debieran contemplarse en normas con rango formal de ley¹⁷⁵. Como afirma Borrajo "será la Ley, y sólo la Ley (acto normativo de una Cámara legislativa), el instrumento técnico jurídico apto para configurar las obligaciones y responsabilidades del ciudadano de cara a la acción sanitaria pública", por eso "cualquiera que sea la solución que se alcance habrá de tener en cuenta que las imposiciones sanitarias han de responder a ese principio de que los deberes sanitarios han de tener fundamento en una ley formal"¹⁷⁶.

Es más, comoquiera que aquí se trata de derechos y libertades, precisamente *fundamentales* tal norma legal, en el caso español, remite a la regulación por medio de ley orgánica, pues si bien el instrumento normativo ordinario para establecer deberes sanitarios es la Ley (art. 43.2 CE), ésta ha de ser orgánica cuando se trata de una privación de libertad personal (eventual hospitalización) o comporta cualquier actuación contraria a la voluntad del paciente¹⁷⁷. Esto es así ya que tres son las hipótesis en las que se precisa un instrumento legal con categoría de orgánico: a) cuando al establecerse un tratamiento sanitario como obligatorio, la sanción prevista sea una pena privativa de libertad, b) cuando el tratamiento obligatorio consista o comporte el internamiento en un establecimiento hospitalario o incluso el aislamiento domiciliario y c) cuando se prevea la utilización de la *vis física*¹⁷⁸. Los dos últimos, indudablemente tienen que ver o eventualmente pueden tener que ver con el TAI.

Las consideraciones hechas con anterioridad en relación a la necesidad de una regulación de cualquier medida coercitiva tanto en sus aspectos sustantivos como procesales, ahorra mayores comentarios.

3.- Principio de necesidad.

La llamada "indicación terapéutica" alude a la necesaria concurrencia del hecho clínico y la idoneidad subjetiva para la aplicación del tratamiento forzoso. Ello requiere una evaluación previa por parte de sanitarios ya que el fin es precisamente, y en todo caso, "sanitario"¹⁷⁹ (10.2 Principios ONU). Evaluación que deberá hacerse "con arreglo a las normas médicas aceptadas internacionalmente" (4.1 Principios ONU).

Ello cual enlaza con el beneficio directo del paciente: este el destinatario del programa, debiendo quedar relegados a un segundo término las consecuencias colaterales que proporciona el mismo (orden y seguridad). Es decir, "la medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se administrará con fines terapéuticos

o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros” (10.1 Principios ONU). Dicho lo cual, es evidente que secundaria redundaría eventualmente en defensa de la persona y bienes de otros terceros y por supuesto puede suponer un alivio a las familias de una situación insoportable por falta de actuación de la administración sanitaria.

La vigencia de este principio plantea problemas añadidos si se aprueba una medida legislativa como la propuesta. La “indicación terapéutica” para la aprobación de un programa de TAI puede formularse y autorizarse judicialmente, ahora bien, también pudiera suceder que en caso de rechazo al tratamiento el equipo de salud mental considerara oportuno el ingreso hospitalario para instaurar el tratamiento, y también suceder que en el hospital el facultativo considere que no concurre “indicación” para el ingreso en ese momento. La descoordinación a estos niveles del sistema asistencial en salud mental no es inusual. De aprobarse una propuesta como la planteada de regulación de los TAIs, evidentemente, habría que solventar este obstáculo sobreañadido, probablemente atribuyendo al psiquiatra responsable del paciente (equipo de salud mental) la decisión del ingreso y la prescripción del tratamiento, sin perjuicio de que el dispositivo asistencial hospitalario tuviera encomendada el seguimiento puntual del paciente durante su estancia. Esto probablemente conllevaría un cambio de filosofía en la atención al paciente. Pero no habría que descartar por sistema la posibilidad de que el psiquiatra del paciente, aquel con el que éste tiene entablada su relación terapéutica fuera el responsable de su asistencia incluso intrahospitalariamente (prescripción del tratamiento y mediante visitas periódicas); lógicamente al margen de intervenciones puntuales que por motivos de urgencia hicieran exigible la actuación del personal del hospital.

4.- Principio de congruencia.

En general, el tratamiento sanitario ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad (siempre sanitaria recuérdese) que ese pretende¹⁸⁰. Es preciso examinar, por una parte, la gravedad del peligro/desorden y, por otra, el valor jurídico del bien (libertad) que se limita¹⁸¹.

En este sentido, necesariamente un programa TAI deberá estar suficientemente justificado y, en lo que aquí interesa, especialmente referido a la motivación de la adopción de esta alternativa.

5.- Principio de prohibición de exceso.

Entre diferentes medios o medidas posibles a fin de conseguir un determinado resultado (en este caso la minoración o supresión del peligro de daño propio o ajeno) deberá optarse por el que cause menor daño, origine menos molestias y afecte de la manera menos intensa la libertad. O lo que es lo mismo: han de agotarse los medios “menos incisivos”, menos intensos¹⁸². Deben traerse aquí a colaboración las consideraciones hechas sobre la normativa norteamericana.

Al igual que sucede con los internamientos involuntarios “las restricciones de la libertad personal del paciente deben limitarse únicamente a las que son necesarias debido a su estado de salud o para el éxito de su tratamiento” (art. 6 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa). Por lo que “todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros” (9.1 Principios ONU). En igual sentido el art. 5 de la Declaración de Luxor.

Ahora bien, este principio demandaría, como habrá de suponerse, que no deba acudir a una fórmula involuntaria por falta de recursos asistenciales. ¡Siempre presente el tema de los recursos!

6.- Principio de temporalidad y programación.

La aplicación de un programa de TAI ha de tener una limitación temporal –cual sucede con los internamientos involuntarios, art. 8.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa-, y ello sin perjuicio de las prórrogas o reaplicaciones futuras que sean menester. Pero, a diferencia del uso de otros medios coercitivos –singularmente contención y aislamiento- el TAI no precisa la concurrencia en el momento actual de un peligro de daño grave para sí, para terceros o incluso para bienes. No es preciso que el peligro de daño sea “inminente”¹⁸³. Y, por tanto, no estamos ante un supuesto de aplicación “inmediata”.

Más que el principio de atención inmediata, que cita el Informe-Propuesta de FEAFES-CEIFEM rige un principio de asistencia y programación. Detectada la idoneidad del paciente para someterse a un programa de tratamiento ambulatorio y cumplimentados los estudios pertinentes es preciso programar tiempos y actuaciones asistenciales.

La revisibilidad del programa está en sintonía con prescripciones contenidas tanto en la Declaración de Derechos de los Minusválidos aprobada por la Resolución 3447 de la ONU, de 9 de diciembre de 1975 como –por incorporación de ésta- en el art. 2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Obviamente, y también por ser consecuencia del principio de necesidad/indicación terapéutica, el tratamiento ha de basar en “un plan prescrito individualmente” (9.2 Principios ONU). Lo cual demanda, por enésima vez, suficientes recursos; en este caso personales.

7.- Principio de idoneidad de medios.

Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación de un programa de TAI han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales. Precisamente aquí en particular, y también cuando se trata de la asistencia psiquiátrica en general, se encuentra el punto doliente del sistema de cobertura.

El paciente inserto en un programa de TAI tiene derecho a la mejor atención disponible (1.1 Principios ONU) quedando proscrito el uso abusivo de fármacos¹⁸⁴.

8.- Principio de asistencia y cuidado.

El cuidado enfermero y la evaluación facultativa periódica devienen inevitables cuando de implantación de un medio o medida coercitivo se trata. El paciente tiene derecho a ser tratado con humanidad (1.2 Principios ONU) y a que se respeten “las normas éticas pertinentes de los profesionales de salud mental” (9.3 Principios ONU)¹⁸⁵.

Esta asistencia y cuidado ha de estar presidida por la equiparación con los demás enfermos (8.1 Principios ONU). Y tal equiparación indudablemente remite a los equipos de psiquiatría comunitaria. Y ello porque “sólo en el interior de la comunidad puede darse un proceso de rehabilitación que tenga como propósito alcanzar la máxima participación de la persona, y por otro, que la misma también debe participar en la elaboración, elección y evaluación de su propio proceso de rehabilitación”¹⁸⁶. Tal invocación a la psiquiatría comunitaria es constante en las declaraciones internacionales¹⁸⁷.

9.- Principio de documentación de actuaciones.

El empleo de medios y tratamientos coercitivos requiere, en cualquier caso, la documentación de las intervenciones clínicas. Y ello ya desde el inicio: la propuesta de programa de aplicación. Durante su puesta en vigor – evaluaciones periódicas, revisiones clínicas,...-. E incluso en el momento final: puesta a término del programa por la causa que fuere (incumplimiento del paciente, estabilización de su estado...).

Estamos ante actuaciones sanitarias que, como cualquier otra, debe documentarse (art. 2.6 Ley 41/2002), lo que se explicita en el caso de tratamientos psiquiátricos (10.2 y 11.10 Principios ONU). De hecho la alusión que se hace en la propuesta de reforma del art. 763 LEC al “plan de tratamiento”, incuestionablemente alude a un documento escrito.

10.- Principio de participación.

El tratamiento, aún forzoso, “estará destinado a preservar y estimular su independencia personal” (9.4 Principios ONU). Por tal razón el plan programa deberá ser examinado por el paciente (9.2 Principios ONU).

Este principio también está vigente en los programas de TAI ya que parece oportuno que el paciente conozca a fondo la propuesta y sus motivaciones. Aprovechar los momentos de competencia del paciente para hacer tal exposición parece obligado.

11.- Principio de revisión y fiscalización.

La aprobación de un programa de TAI ha de requerir la intervención judicial o la de un órgano imparcial y competente. Es obvio que así sea por las mismas razones que demandan tal control en el internamiento involuntario (art. 4.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa y art. 763 LEC). Por ello ha de garantizarse “una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional” (1.6 Principios ONU). Obsérvese, no obstante, que en derecho comparado, junto al modelo de atribución judicial de la competencia existen también modelos administrativos, como luego se dirá.

Lo que se pretende con ello es garantizar que en la intervención terapéutica sin consentimiento del paciente sea una “autoridad independiente [la que] compruebe el plan de tratamiento propuesto [y tal precisamente] es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente” (11.6.c Principios ONU). No estamos en presencia de un tratamiento urgente –como ya quedó dicho-, que justificaría la administración de un tratamiento por mera prescripción de “un profesional de salud mental calificado” (11.8 Principios ONU).

Esta intervención no se limita al momento inicial, sino que con posterioridad parece pertinente la remisión de periódicos informes de seguimiento y, por supuesto, la adopción de prórrogas del programa –siempre limitado temporalmente como se dijo- demanda igualmente tal control jurisdiccional.

Para Soriano Campos la supervisión y control de una intervención involuntaria solo puede ser efectuada por un juzgado, según su peculiar interpretación del art. 7 del Convenio de Oviedo y de la Recomendación (2004) 10 de 22 de septiembre del Consejo de Europa. Sin embargo el art. 7 del Convenio de Oviedo habla de “condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”. Y la Recomendación (2004) 10 residencia la autorización de un internamiento o tratamiento involuntario en un tribunal u órgano competente (art. 20.1 y 2). De hecho en el Reino Unido no son los tribunales los que tienen asignada esta tarea sino un



órgano mixto, los *Mental Health Review Tribunals*. Entiendo, sin embargo, que no pertenece a la “cultura” hispana la intervención de este tipo de organismos, pero quede dicho por si en el futuro se aceptara la utilidad de estos instrumentos especializados¹⁸⁸. Dicho lo cual, obviamente, en cualquier caso, debe garantizarse el derecho al recurso; este sí plenamente incardinado en sede judicial.

6. Conclusiones.

El diputado Jané i Guasch afirmó que “sería un fracaso para esta Cámara que no saliera nada legislado”. Pero a lo largo de las comparecencias la también diputada Velasco García igualmente afirmó: “Da la sensación de que, como hemos hecho una proposición de ley, como sea, enmendada, corregida, añadiendo, quitando, tenemos que mantenerla porque ya está en esta Cámara”. Yo personalmente entiendo que el auténtico fracaso es que no se aborde, de una vez por todas, un plan integral de salud mental que beneficie a todos los pacientes concernidos.

Coincido con lo segundo, porque no creo que, vista la experiencia en nuestro país, un texto legislativo produzca efectos sinérgicos (por emplear la terminología de Blanco del Barrio) en los dispositivos asistenciales. O hay presupuesto para abordar las obligaciones prestacionales del Estado o prácticamente no hay nada.

Bien entendido que mi crítica a la propuesta de reforma legal no es tanto a la propuesta en sí –aunque a lo largo de esta exposición he efectuado críticas matizadas- sino a la pretensión de abordar un problema eminentemente asistencial con instrumentos jurídicos procesales. De carecerse de una adecuada red asistencial comunitaria se corre el riesgo de una actuación procesal sin objeto, carente de soporte material.

Por eso sugiero que lo pertinente es:

1. Abrir un debate con todos los sectores afectados acerca de la realidad y futuro de la asistencia psiquiátrica en nuestro país. Debate que entiendo debería realizarse en todos ámbitos –y no meramente en el jurídico-.
2. Desarrollar el art. 20 de la Ley General de Sanidad y las “carteras de servicios” a que hace referencia la Ley de Cohesión a fin de configurar, debidamente dotada, una red de psiquiatría comunitaria, anunciada pero no materializada en nuestro país.
3. Desarrollar el marco reglamentario que defina la configuración y funcionamiento de tal dispositivo asistencial, especialmente en lo relativo a la coordinación y atribución de responsabilidades.
4. Modificar (con rango de ley orgánica) el art. 9.2.b de la Ley 41/2002 al objeto de amparar intervenciones sanitarias que no comporten “riesgo inmediato” pero que se encuentren debidamente motivadas por el riesgo probable derivado de la falta de cumplimiento terapéutico que pueda eventualmente repercutir sobre la integridad del propio paciente o sobre la seguridad de terceros (aspecto este que merece todo tipo de cautelas a fin de evitar abusos).
5. Dictar una Instrucción de la Fiscalía General del Estado instando a que los miembros del Ministerio Público soliciten las medidas de incapacitación parcial (en el ámbito de la salud) que sean pertinentes en casos de enfermos severos refractarios al tratamiento.
6. No obstante, en el caso de que la propuesta en tramitación consiga su aprobación, lo adecuado –creo yo- sería tener en cuenta los principios jurídicos citados y a la vez aplicar las cinco propuestas anteriores que, en absoluto, serían incompatibles –en lo esencial- con la existencia de una norma específica de TAI del género de la presentada en el Congreso de los Diputados.

NOTAS Y BIBLIOGRAFÍA

¹ FEINBERG, Joel: *Legal Paternalism*, Canadian Journal of Philosophy, núm. 1, 1971, pp. 105-124 y del mismo autor *Harm to Self* en *The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1986, Vol. III, pp. 12 y ss. Citados ambos por BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F.: *Principios de Ética Biomédica*, Masson, Barcelona, 1998, 1ª edic., p. 262.

² GARZÓN VALDÉS, Ernesto: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”, *DOXA*, núm. 5, 1988, p. 157.

³ *Missouri v. Illinois*, 180 U.S. 208 (1901).

⁴ *Georgia v. Tennessee Copper Co.*, 206 US 230 (1907).

⁵ Informe de la Corte Internacional de Justicia, 1.8.1988 a 31.7.1999, Asamblea General, Documentos Oficiales, 54º Período de sesiones, Suplemento 4 (A/54/4), Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pp. 20 y 53.

⁶ Cfr. por ejemplo: COSTIN, Lela B.: “The Historical Context of Child Welfare” en *A Handbook of Child Welfare: Context, Knowledge, and Practice*, Free Press, New York, 1985.

⁷ Cfr. por ejemplo: COOPER, G.G.: “Civil commitment of mentally ill-right to treatment-parens patriae power-right to liberty”, *Akron Law Review*, Vol. 9, núm. 2, 1975, pp. 374-382; WESSON, M.: “Substituted judgment: the parens patriae justification for involuntary treatment of the mentally ill”, *Journal Psychiatry Law*, Vol. 8, núm. 2, 1980, pp. 147-165.

⁸ Describiendo la evolución del *parens patriae* en el *common law*: *In re James Barker*, 2 Johns. Ch. 232, 237 (N.Y. Ch. 1816).

⁹ *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 426, 99 S.Ct. 1804, 1809, 60 L.Ed.2d 323, 331 (1979).

¹⁰ Concretamente en MAYER, Otto: *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, Parte Especial. Poder de Policía y Poder Tributario, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 113 y ss.

¹¹ CARRO, José Luis: “Los problemas de la coacción directa y el concepto de orden público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 15, Oct.-Dic., 1977, p. 614.

¹² MAYER, Otto: *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo II, *op. cit.*, p. 149.

¹³ MONAHAN, J.: “The prediction of violent behavior: a methodological approach critique and prospectus”, en U.S. NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES: *Deterrence and incapacitation*, Washington, 1978, pp. 244-269; del mismo autor: *Predicting violent behavior. An assesment of clinical techniques*, Sage, London, 1981. Vid. también SHAH, S.A.: “Dangerousness: some definitional, conceptual and public policy issues”, en SALES, B.D. (Edit.): *Perspectives in law and psychology*, The Criminal Justice System, Plenum Press, New York, 1977, pp. 91-121 y del mismo autor “Dangerosité: quelques considérations sur les plans légal, politique et de la santé mentale”, *Déviante et société*, Vol. 5, núm. 4, 1981, pp. 371-382.

¹⁴ BÉNÉZECH, M., FORZAN-JORISSEN, S. y GROUSSIN, A.: “Le concept d'état dangereux en psychiatrie médico-légale”, en *Journal de Médecine Légale et Droit Médical*, 1997, Vol. 40, núm. 5, p. 330 y 332.

¹⁵ SZASZ, Thomas: “The Case against Psychiatric Coercion”, *The Independent Review*, Vol. I, núm. 4, Spring 1997, pp. 487-488.

¹⁶ SZASZ, Thomas: “The Case against Psychiatric Coercion”, *op. cit.*, pp. 486-487.

¹⁷ Las referencias personales que se hagan en lo sucesivo entre paréntesis corresponden a diputados o comparecientes a las sesiones de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de los días 1 y 2 de marzo pasado.

¹⁸ En el contexto sanitario “forzoso” viene a significar “que no se puede excusar”, primera acepción de nuestro diccionario de la lengua y no “violento; contra razón y derecho”, acepción que el mismo diccionario calificada de anticuada. E “involuntario” es lo que acontece “involuntariamente”, es decir, “sin voluntad ni consentimiento”.

¹⁹ Cfr. BERCOVITZ, Rodrigo: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976, pp. 147-174; CASCO, J. y CORCES, V.: “Psiquiatría y Ley”, *Argumentos*, feb. 1978; BELLOCH JULBE, J.A.: “El enfermo mental no delincuente”, *Clínica y Análisis Grupal*, Vol. 10, núm. 8, 1978, pp. 10-28; ESPINO, J.: “La reforma de la legislación psiquiátrica en la II República”, *Estudios de Historia Social*, núm. 14, 1978; CASCO SOLÍS, J.: “La transformación de la asistencia psiquiátrica y el Derecho”, en GONZÁLEZ DE CHAVES (Comp.): *La transformación de la asistencia psiquiátrica*, Mayoría, Madrid, 1980, pp. 371-372; JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: “Legislación vigente en torno al internamiento psiquiátrico (aportación de un jurista)”, en GONZÁLEZ DE CHAVES (Comp.): *La transformación de la asistencia psiquiátrica*, Mayoría, Madrid, 1980.

²⁰ Esta normativa rige hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil que introdujo una regulación con rango legal por vez primera en nuestro ordenamiento (art. 211). El Decreto citado tuvo modificaciones llevadas a cabo por el posterior Decreto 27.5.1932 (Gaceta 1.6.1932) (modifica los arts. 9, 10, 12, 13, 22 y 23) y la Orden Ministerial 30.12.1932 (que aclara los dos Decretos anteriores).

²¹ Indudablemente este “tratamiento externo” no es otra cosa que el comúnmente denominado “tratamiento ambulatorio”; en e mismo sentido DE LAMO RUBIO, Jaime: *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1ª edic., 1997, p. 571.

²² En el mismo sentido DE LAMO RUBIO, Jaime: *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1ª edic., 1997, p. 570.

²³ GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.): *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 342.

²⁴ Este precepto parece exclusivamente pensado, obviamente, para el caso de ejecución de la medida de internamiento en un establecimiento psiquiátrico penitenciario, lo cual no es siempre obligado tal como señala la doctrina; SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio: *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 538 y DE LAMO RUBIO, Jaime: *Penas y Medidas de Seguridad en el Nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1ª edic., 1997, pp. 557-558. Por otro lado indicar que la habilitación legal para la existencia de los hospitales psiquiátricos penitenciarios se encuentra en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria que hace mención a la existencia de “establecimientos especiales” (art. 7.c), en los que “prevalece el carácter asistencial” y entre los que se encuentran los “centros psiquiátricos” (art. 11.b).

²⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco: “Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995”, en *Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 319.

²⁶ Sigo en este apartado literalmente mi exposición en “El tratamiento ambulatorio forzoso: experiencias de derecho comparado y propuestas de regulación en España”, *Derecho y Salud*, Vol. 12, núm. 2, jul.-dic. 2004, pp. 127-136.

²⁷ Cfr. TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*. Vol. 46, núm. 8.

²⁸ Alabama Code §§ 22-52-10.4 y 22-52-10.2; Alaska Stat. §§ 47.30.755, 47.30.915.7 y 47.30.915.10; Arizona Rev. Stat. § 36-540A y 36-501.4, 5, 15 y 29; Arkansas Code Ann. § 20-47-207.c; California Welf. & Inst. Code §§ 5250, 5008.h.1 y 5346.a y Assembly Bill 1421 (2002), Laura’s Law; Colorado Rev. Stat. §§ 27-10-111.1 y 27-10-102.5; Delaware Code Ann. Tit. 16, §§ 5001.6 y 5010; District of Columbia Code Ann. § 21-545.b; Florida Stat. Ann. § 394.467.1 y § 394.4655; Georgia Code Ann. §§ 37-3.1.9.1. y 37-3-1.12.1; Hawaii Rev. Stat. §§ 334-60.2, 334-121 y 334.1; Idaho Code §§ 66-329.k, 66-317h, k, m y 66-339A; 405 Illinois Comp. Stat. 5/1-119; Indiana Code Ann. §§ 12-7-2-53, 12-7-2-96, 12-26-7.5.a, 12-26-14-1 y 12-26-6-8-a; Iowa Code §§ 229.14 y 229.1.15; Kansas Gen. Stat. §§ 59-2946.f t 59-2967.a; Kentucky. Rev. Stat. Ann. §§ 202A.026 y 202.A.011.2; Louisiana Rev. Stat. Ann., §§ 28:55.E.1 y 28:2.3, 4 y 10; Michigan Comp. Laws. Ann. § 330.1401; Minnesota Stat. Ann. §§ 253B.09.1, 253B.02.13.a. y 17 y 253B.065.5.b; Mississippi Code Ann. §§ 41-21-73.4 y 41-21-61.e; Missouri Ann. Stat. §§ 632.335.4, 632.005.9 y 632.350.5; Montana Code Ann. §§ 53-21-126.1 y 53-21-127.7; Nebraska Rev. Stat. §§ 433A.310.1 y 433A.115; New Hampshire Rev. Stat. Ann. §§ 135-C:34 y 135-C:27; New York Mental Hyg. Law §§ 9.31.c, 9.01 y 9.60.C; North Carolina Gen. Stat. §§ 122C-268.j, 122C-3.11, 122C-267.h, 122C-263.d.1 y 122C-271.a; North Dakota Cent. Code §§ 25-03.1-07 y 25-03.1-02.12; Ohio Rev. Code Ann. §§ 5122.15.C y 5122.01.B; Okla. Stat. Ann. Tit. 43^o, §§ 1-103.13.a y 1-103.18; Or. Rev. Stat. § 426.005.1.d; 50 Pennsylvania Cons. Stat. Ann. §§ 7301A y 7304.f; Rhode Island Gen. Laws §§ 40.1-5-8.j, 10.1-5-2.7.i y 40.1-5-2.8; South Carolina Code Ann. §§ 44-17-580 y 44-23-10.1 y 2; South Dakota Codified Laws, §§ 27A-1-2 y 27A-1-1.4 y 5; Texas Health & Safety Code Ann. §§ 574.034 y 574.035; Utah Code Ann. §§ 62A-15-631.10, 62A-15-602.12 y 62A-15-602.13; Vermont Stat. Ann. Tit. 18, §§ 7611, 7101.16 y 7101.17; Virginia Code Ann. § 37.1-67.3; Washington Rev. Code Ann. §§ 71.05.240, 71.05.020.19, 71.05.020.14, 71.05.020.16 y 71.05.020.32; West Virginia Code, §§ 27-5-4.j y 27-1-12; Wisconsin Stat. Ann. §§ 51.20.1.a.1 y 51.20.1.a.2 y Wyoming Stat. Ann. §§ 25-10-110.j, 25-10-101.a.ix, 25-10-101.a.ii y 25-10-110.j.ii.

²⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: “Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud”, *XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo*, Albacete, 21 de octubre de 2003, p. 39.

³⁰ En estos Estados se regulan, eso sí, los internamientos psiquiátricos forzosos (de carácter civil): Connecticut Gen. Stat. Ann. §17-a-498c y 17a-495a; Maine Rev. Stat. Ann. Tit 34-B, § 3864A y § 3801.4; Maryland Code Ann., Health-Gen. § 10-632.e.2; Massachusetts Gen. Laws Ann. Ch. 123, § 8.a y § 1; Nevada Rev. Stat. § 433A.3.310.1 y 433 A.115; N.J. Stat. Ann. § 30:4-2.m, r, h, i; New Mexico Stat. Ann. § 43-1-11.c y 43-1-3.m y n y Tennessee. Code Ann. §33-6.501, respectivamente.

³¹ The Field Institute: “In Pursuit of Wellness, Vol. 4: A Survey of California Adults Regarding Their Health Practices and Interest in Health Promotion Programs”, California Department of Mental Health, Mental Health Promotion Branch, 1984; WAHL, O.F.: “Public vs. Professional conceptions of schizophrenia”, *Journal of Community Psychology*, Vol. 15, 1987, pp. 285-291; CLEMENTS, M.: “What We Say About Mental Illness”, *Prade Magazine*, oct. 31, 1993, pp. 3-6; FRASER, M.E.: “Educating the public about mental illness: what will it take to get the job done”, *Innovations and Research*, Vol. 3, 1994, pp. 29-31; PESCOLLIDO, B.A., MONAHAN, J., LINK, B.G. y otros: “The public’s view of the competence dangerousness, and need for legal coercion of persons with mental health problems”, *American Journal of Public Health*, Vol. 89, 1999, pp. 1339-1345.

³² ANGERMEYER, M.C., MATSCHINGER, H.: “Violent attacks on public figures by persons suffering from psychiatric disorders: their effects on the social distance towards the mentally ill”, *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 245, 1995, pp. 159-164.

³³ Cfr. en este sentido el estudio hecho por el *New York Times* el 9-12.4.2000 que analizó 100 de estos casos de las últimas 5 décadas, apreciando que el 48% de ellos tenían alguna forma de diagnóstico psiquiátrico, a menudo esquizofrenia.

³⁴ U.S. Department of Health and Human Services: *Mental Health: A Report of the Surgeon General*, Rockville, Md: U.S. Department of Health and Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Center for Mental Health Services, National Institutes of Health, National Institute of Mental Health, 1999.

³⁵ ATAY, J.E., WITKIN, M.J. y MANDERSCHIED, R.: *Addition and Resident Patients at End of Year, State and County Mental Hospitals bu Aged and Diagnosis, by State, United States, 1992*, Rockville, Med. Center for Mental Health Services, 1992.

³⁶ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: “Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”, *Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal*, Vol. V-2002, Madrid, 2002, p.740.

³⁷ O’CONNOR, Erin: “Is Kendra’s Law a Keeper?. How Kendra’s Law erodes Fundamental Rights of the Mentally Ill”, *Journal of Law and Policy*, 2002, pp. 325-329.

³⁸ MORAN, Mark: “Coercion or Caring?”, *American Medicine News*, 17.4.2000; accesible en la URL: http://www.ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick_00/hlsa0417.htm y RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: “The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States”, 2001; en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

³⁹ POLICY RESEARCH ASSOCIATES, Inc.: “Final Report: Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program”, 1998 y TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: “Report of the Bellevue Hospital Center Outpatient Commitment Pilot Program”, de 19.2.1999. En: <http://www.psychlaws.org/MedicalResources/Bellevue%20Report%20%20web.htm>, está disponible el Informe íntegro.

⁴⁰ El caso tuvo amplia resonancia en los medios de comunicación neoyorkinos: HABERMAN, Maggie et al: “Woman, 32, Is Pushed to Her Death in Subway Horror”, *New York Post*, 4.1.1999, p. 4 y SANDERSON, Bill: “Horror on the Tracks: Woman Killed in Subway Nightmare, Pushed from Platform by Man who had ‘Urge’”, *New York Post*, 4.1.1999, p. 2.

⁴¹ El 15 de noviembre de 2001 tuvo lugar otro incidente similar cuando un enfermo mental, Jackson Roman, que había salido de un hospital psiquiátrico el mes anterior tras una estancia de un año, arrojó a la vía a otra mujer, Latchmie Ramsamy en la Gran Estación Central del Metro neoyorkino. Nuvamen los medios se hicieron eco de la noticia: JONES, Richard Lezin: “Suspect in Subway Attack Has a History of Violence”, *New York Times*, 17.11.2001.

Algún caso similar ha tenido lugar en nuestro país. Concretamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª, 15.10.1992 trata del caso de un paciente –con depresión e incipiente demencia- que arrojó a una persona al paso del “metro” de Madrid. La víctima perdió la pierna izquierda y el pie derecho.

⁴² WINICK, Bruce J., KRESS, Ken y PERLIN, Michel L.: “Therapeutic Jurisprudence and Outpatient Commitment Law”, *Psychology, Public Policy and Law*, March/June, 2003, p. 114.

⁴³ En la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/NewYork/GuideKL.htm> está disponible una Guía de la Ley Kendra.

⁴⁴ WATNICK, Ylissa L.: “A Constitutional Analysis of Kendra’s Law: New York’s Solution for Treatment of the Chronically Mentally Ill”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, 2001, p. 1192 y FLUG, Margo: “No Commitment...”, *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. MORAN, Mark: *op. cit.*

⁴⁶ En la URL: <http://www.psychlaws.org/LegalResources/StateLaws/NewYorkstatute.htm> es accesible la Hygiene Mental Law de Nueva York.

⁴⁷ Cfr. RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: “The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States”, 2001; disponible en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

⁴⁸ FLUG, Margo: “No Commitment...”, *op. cit.*, p. 107. En el mismo sentido se manifiesta WATNICK, Ylissa L.: “A Constitutional Analysis of Kendra’s Law...”, *op. cit.*, pp. 1213-1214.

⁴⁹ AMERICAN BAR ASSOCIATION: “Civil Commitment. Case Law Development”, *Mental and Physical Disability Law Reporter*, may-jun. 2001, p. 340.

⁵⁰ TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: “Report of the Bellevue...”, *op. cit.*

⁵¹ Cfr. sobre el marco jurídico de la actuación policial en urgencias psiquiátricas en nuestro país: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Policía y urgencia psiquiátrica II: La responsabilidad por suicidio”, *Servicios de la Policía Municipal*, Segunda época, Año V, núm 48, 2002, pp. 9-16 y “Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial”, *Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Edición V (Junio-julio 2003). Disponible en la URL: <http://www.psiquiatrallegal.org/archivo.htm>.

⁵² En *Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984) se afirma: “[t]he First Amendment protects communication of ideas, which itself implies protection of the capacity to produce ideas”. En la doctrina WINICK, Bruce J.: “The right to refuse mental health treatment: A First Amendment perspective”, *University of Miami Law Review*, Vol. 44, 1989, pp. 1-103, y del mismo autor: *The right to refuse mental health treatment*, American Psychological Association, Washington DC, 1997, capítulos 5 y 15. Cfr. igualmente: “Developments in the Law, Civil Commitment of the Mentally Ill”, *Harvard Law Review*, Vol. 87, 1974, pp. 1191 y ss.

⁵³ BRAKEL, S.J., PARRY, J. y WEINER, B.: *The Mentally Disabled and the Law*, 3ª edic., 1985, pp. 66-71.

⁵⁴ *O’Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975), cita en p. 576.

⁵⁵ WINICK, Bruce J.: “Outpatient Commitment...”, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ Cfr ampliamente WINICK, Bruce J.: *The right to refuse... op. cit.*

⁵⁷ *Washington v. Harper*, 494 U. S. 210 (1990).

⁵⁸ Ampliamente desarrollado en los capítulos 15 y 16 de WINICK, Bruce J.: *The right to refuse mental health treatment, op. cit.*

⁵⁹ STEFAN, S.: “Preventive Commitment: The concept and its pitfalls”, *Mental & Physical Disability Law Reporter*, Vol. 11, núm. 1987, pp. 288-296.

⁶⁰ WINICK, Bruce J.: “Outpatient Commitment...”, *op. cit.*, p. 114.

⁶¹ Así lo defiende WINICK, Bruce J.: *The right to refuse mental health treatment, op. cit.*

⁶² GEISELMAN, B.: “Informed refusal: the patient’s influence on long-term treatment”, *Pharmacopsychiatry*, Vol. 27 (Supp.), 1994, pp. 58-62.

⁶³ Las dificultades que plantea tal juicio pronóstico y la aparición de nuevos instrumentos de evaluación de riesgos que por el contrario incrementan la capacidad predictiva sobre la peligrosidad del sujeto en WINICK, Bruce J.: “Applying the law therapeutically in domestic violence cases”, *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 69, 2000, pp. 33-91.

⁶⁴ WINERIP, Michael: “Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks”, *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 y FLUG, Margo: “No Commitment...”, *op. cit.*, p. 107, respectivamente.

-
- ⁶⁵ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", *op. cit.*, pp. 334-336.
- ⁶⁶ *In re Urcuyo*, 714 N.Y.S. 2d 862, 865-870 (N.Y. Sup. Ct. 2000).
- ⁶⁷ *In re Martin*, N.Y.L.J., Jan. 9, 2001, p. 31 (N.Y. Sup. Ct. Jan. 8, 2001).
- ⁶⁸ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", *op. cit.*, pp. 337-338.
- ⁶⁹ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", *op. cit.*, pp. 339 y ss.
- ⁷⁰ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337 (N.Y., 1986).
- ⁷¹ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337, 492 (N.Y., 1986).
- ⁷² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), cert. Denid, 429 U.S. 922 (1976); *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990) y *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990).
- ⁷³ BROOKS, William M.: "A Comparison of a Mentally Ill Individual's Right to Refuse Medication under the United States and the New York State Constitution", *Touro Law Review*, Vol. 8, númj. 1, 1991 y WINICK, Bruce, J.: "The MacArthur Treatment Competence Study: Legal and Therapeutic Implications", *Psychol. Pub. Pol. 'y & Law*, Vol. 2, núm. 137, 1996.
- ⁷⁴ *Amin v. Rose F.*, N.Y.L.J., Dec. 7, 2000, p. 31.
- ⁷⁵ *In re Sullivan*, 710 N.Y.S. 2d 804, 805 (N.Y. Sup. Ct. 2000).
- ⁷⁶ Cfr. sobre la necesidad de evitar la dualidad asistencial-pericial mi trabajo: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Imparcialidad y objetividad del perito psiquiatra", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 248, 2000, pp. 9-43.
- ⁷⁷ Cfr. HINDS, Jillane T.: "Involuntary Outpatient Commitment for the Chronically Mentally Ill", *Nebraska Law Review*, Vol. 69, 1990, pp. 356-358.
- ⁷⁸ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", *op. cit.*, p. 320, nota 29.
- ⁷⁹ Cfr. McCAFFERTY, Geraldine A. y DOOLEY, Jeanne: "Involuntary Outpatient Commitment: An Update", *Mental and Physical Disability Law Reporter*, Vol. 14, 1990, pp. 279-280.
- ⁸⁰ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", *op. cit.*, p. 320, nota 31.
- ⁸¹ WISOR, Ronald L.: "Community Care, Competiton, and Coercion: A Legal Perspective on Privatized Mental Health Care", *American Journal Law & Medicine*, Vol. 19, 1993, pp. 166 y 171.
- ⁸² FLUG, Margo: "No Commitment...", *op. cit.*, pp. 115-116.
- ⁸³ 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", 1999. Disponible en la URL: <http://www.cqc.state.ny.us/dix.htm>. Con acceso el 30 de mayo de 2004 .
- ⁸⁴ SCOTT, J.E. y DIXON, L.B.: "Assertive Community Treatment and Case Management for Schizophrenia", *Schizophrenia Bulletin*, Vol. 21, núm. 4, 1995, pp. 657-668.
- ⁸⁵ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, Winter, 2003, pp. 126-127.
- ⁸⁶ Vid. Guía de la Ley Laura en la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/California/Guide-Lauras-Law-AB1421.htm>.
- ⁸⁷ DE HERT, M., McKENZIE, K., PIETERS, G., VERCRUYSEN, V., VERHAEGEN, L. y PEUSKENS, J.: "Rehabilitation and resocialisation of the long term mentally ill in Belgium", *International Journal of Mental Health*, Vol. 26, núm. 2, pp. 86-97.
- ⁸⁸ Demarcación territorial equivalente a nuestras provincias.
- ⁸⁹ MASSIP, Jacques, *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 41 *Cahier-Jurisprudence*, páginas 498 y 499.
- ⁹⁰ Dispone el párrafo segundo del citado artículo que: "Le misure di cui al secondo comma dell'articolo precedente possono essere disposte nei confronti di persone affette da malattia mentale".
- ⁹¹ Los párrafos segundo y tercero del indicado artículo 33 señalan: "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".
- ⁹² COBREROS MENDAZONA, E.: *Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales*. Revista de Administración Pública, núm. 94, Ene.-Abr.1981, p. 135 y ss.

⁹³ Cfr. CONSTANT, E., WIRTZ, J.J., THILLMAN, R. y SPAUTZ, J.M.: “La mise en observation des personnes atteintes de troubles mentaux au Grand-Duché de Luxembourg”, *Acta Psychiatrica Belgica*, 1998, pp. 297-310 y SPAUTZ, J.M., GRAAS, M. y HENTGEN, P.: “La psychiatrie au Luxembourg”, *L'information Psychiatrique*, Vol. 76, núm. 9, 2000, pp. 1055-1062.

⁹⁴ Cfr. ANDRADE, J.C.V.: “Sobre o estatuto jurídico das pessoas afectadas de anomalia psíquica”, en CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO (Ed.): *A Lei de Saúde Mental e Internamento Compulsivo*, Coimbra Edit., 2000, pp. 71-92; MARQUES, A.R.: “Lei de Saúde Mental e Internamento Compulsivo”, CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO (Ed.): *A Lei de Saúde Mental e Internamento Compulsivo*, Coimbra Edit., 2000, pp. 111-120 y ROQUE, H.: “Una reflexión sobre a nova Lei de Saúde Mental”, en CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO (Ed.): *A Lei de Saúde Mental e Internamento Compulsivo*, Coimbra Edit., 2000, pp. 121-134.

⁹⁵ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: “Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud”, *XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo*, Albacete, 21 de octubre de 2003, pp. 40-41.

⁹⁶ Entró en vigor el 1 de abril de 1996.

⁹⁷ BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Blackstone Press Limited, London, 1999, pp. 323-338.

⁹⁸ Capp 2060/97 Valinckik v. Tel Aviv District Psychiatrist, IsrSC 52 (1) 697 (11.3.98).

⁹⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: “Los derechos del enfermo...”, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰ Ministry of Health and Long-Term Care: Brian's law (mental health legislative reform) Toronto: Queens Printer; 2000.

¹⁰¹ TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*. Vol. 46, núm. 8.

¹⁰² Cfr. TRAUER, T., SACKS, T.: “The relations between insight and medication adherence in severely mentally ill clients treated in the community”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 102, 2000, pp. 211-216; LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909; NOSÉ, M., BARBUI, C., TANSELLA, M.: “How often do patients with psychosis fail to adherence to treatment programmes? A systematic review”, *Psychological Medicine*, Vol. 33, 2003, pp. 1149-1160; MUTSATSA, S.H., JOYCE, E.M., HUTTON, S.B. y otros: “Clinical correlates of early medication adherence: West London first episode schizophrenia study”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 198, 2003, pp. 439-446. La misma correlación existe en pacientes con trastorno bipolar: KECK, P.E., McELROY, S.L., STRAKOWSKI, S.M. y otros: “Compliance with maintenance treatment in bipolar disorder”, *Psychopharmacology Bulletin*, Vol. 33, 1997, pp. 87-91 y GREENHOUSE, W.J., BJÖRN, M. y JOHNSON, S.L.: “Coping and medication adherence in bipolar disorder”, *Journal of Affective Disorders*, Vol. 59, 2000, pp. 237-241.

¹⁰³ Cfr. KAMALI, M., KELLY, L., GERVIN, M. y otros: “Insight and comorbid substance misuse and medication compliance among patients with schizophrenia”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 161-163; HUNT, G.E., BERGEN, J., BASHIR, M.: “Medication compliance and comorbid substance abuse in schizophrenia: impact on community survival 4 years after a relapse”, *Schizophrenia Research*, Vol. 54, 2003, pp. 253-264 y HUDSON, T.J., OWEN, R.R., TRUSH, C.R. y otros: “A pilot study of barriers to medication adherence in schizophrenia”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 65, 2004, pp. 211-216.

¹⁰⁴ LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

¹⁰⁵ Cfr. VANELLI, M., BURSTEIN, P., CRAMER, J.: “Refill patterns of atypical and conventional antipsychotic medications at a national retail pharmacy chain”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 1248-1250; DOLDER, C.R., LACRO, J.P., DUNN, L.B. y otros: “Antipsychotic medication adherence: is there a difference between typical and atypical agents?”, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 159, 2002, pp. 103-108 y LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

¹⁰⁶ ALLEN, Michael y SMITH, Vicki Fox: “Opening Pandora's Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, núm. 3, 2001, pp. 342-346.

¹⁰⁷ MULVEY, E.P., GELBER, J.L. y ROTH, L.H.: “The promise and peril of involuntary outpatient commitment”, *American Psychologist*, Vol. 42, 1984, pp. 571-584.

¹⁰⁸ New York State Office of Mental Health: “Kendra's Law: An interim report on the status of assisted outpatient treatment: 12 (Jan. 2003) y New York State Office of Mental Health: “Memorandum to Jon Stanley at the Treatment Advocacy Center (Nov. 4, 2003).

¹⁰⁹ El día 1 de marzo de 2005 comparecieron, por este orden: Raquel Blanco del Barrio (Asesora Jurídica de la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y personas con enfermedad mental, FEAFES), Paloma Lago Baylin (Presidenta del Forum de Iniciativas Asistenciales y de Salud Mental de Catalunya), Marcelino López Álvarez (Director del Programa de la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental, FAISEM), José Giner Ubago (Presidente de la Asociación Española de Psiquiatría y Catedrático de Psiquiatría de la Universidad de Sevilla), Álvaro Iruiñ Sanz (Responsable de Atención Psiquiátrica del Osakidetza), César Nombela Cano (Catedrático de Microbiología de la Universidad Complutense de Madrid y Experto en Bioética) y Fernando Santos Urbaneja (Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba y Coordinador del Foro Andaluz de Bienestar Social); Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 206, Sesión 11, celebrada el 1 de marzo de 2005.

El día 2 de marzo de 2005 comparecieron por este orden: Remei Soriano Campos (Fiscal de la Audiencia Provincial de Barcelona y Responsable del Servicio de Incapacitaciones), José Luis Terrero Chacón (Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional), Alicia Roig Salas (Directora del Centro de Salud Mental D'Adults de Horta Guinardo y Coordinadora del Comité de Ética de la Fundación Congreso Catalán), Albert Ferrer Pinyo (Presidente de la Asociación de Usuarios de Centros de Salud Mental de Catalunya, ADEMM) y Silvia Ventura Mas (Magistrada del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 40 de Barcelona); Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 209, Sesión núm. 12, celebrada el 2 de marzo de 2005.

A lo largo de las comparecencias intervinieron los siguientes diputados: Uría Etxebarria (Grupo Parlamentario Vasco), Martín Soledad (Grupo Parlamentario Popular), Grande Pesquero, Velasco García y Fuentes Guzmán (Grupo Parlamentario Socialista), Jané i Guasch (Grupo de Convergència i Unió) y Pérez Martínez y Llamazares Trigo (Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds).

¹¹⁰ El primero, bajo el título “Conclusiones FEAFES sobre la reforma legislativa de tratamiento ambulatorio involuntario (art. 763.5 LEC)” está suscrito por D. Francisco Morata Andreo, Presidente de FEAFES; (http://www.feafes.com/detalle_documentos.asp?id_documento=315). El segundo, titulado “Documento AEN sobre la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario”, fue aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría en su reunión de 29-29 de enero de 2005 en Madrid. Participaron en la elaboración del documento de la AEN: M^a Eugenia Díez Fernández (Vicepresidenta AEN y psicóloga clínica de Asturias), Alicia Roig Salas (psiquiatra de Barcelona), Onésimo González Álvarez (psiquiatra de Huelva), Juan Medrano Albéniz (psiquiatra de Álava), Fernando Santander Cartagena (psiquiatra de Álava), Julián Espinosa Iborra (psiquiatra de Valencia), Fermín Mayoral (psiquiatra de Málaga), Ana Esther Sánchez Gutiérrez (psiquiatra de Asturias), Fernando Santos (fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba) y José Leal (psicólogo clínico de Barcelona). Con posterioridad FEAFES elaboró un documento de réplica a la posición de la AEN: “Análisis del debate actual sobre el tratamiento ambulatorio involuntario”, sin fecha, está firmado por Luis López Martínez, Asesor Jurídico de FEAFES-Galicia (http://www.feafes.com/detalle_documentos.asp?id_documento=316)

¹¹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, núm. 101-1, 19.7.2004.

¹¹² El Comité estuvo integrado por letrados de asociaciones, fiscales de los servicios de incapacidades, magistrados, médicos psiquiatras, responsables de áreas sanitarias, trabajadores sociales y asesores jurídicos del Ararteko y del Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana.

¹¹³ Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. El Instrumento de Ratificación 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 fue publicado en el BOE 251/1999 de 20-10-1999, pág. 36825.

¹¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Diario de Sesiones, núm. 37, 5.10.2004, pp. 1593-1602.

¹¹⁵ Me estoy refiriendo al “Documento AEN sobre la propuesta de regulación de tratamiento ambulatorio involuntario”, aprobado por la Junta Directiva de la Asociación Española de Neuropsiquiatría en su reunión de 28-29 de enero de 2005 en Madrid.

¹¹⁶ María Eugenia Díez Fernández, Vicepresidenta de la AEN y psicóloga Clínica en Asturias; Alicia Roig Salas, psiquiatra de Barcelona; Onésimo González Álvarez, psiquiatra de Huelva; Juan Medrano Albéniz, psiquiatra de Alava; Fernando Santander Cartagena, psiquiatra de Álava; Mariano Hernández Monsalvez, psiquiatra de Madrid; Julián Espinosa Iborra, psiquiatra de Valencia; Fermín Mayoral, psiquiatra de Málaga; Ana Esther Sánchez Gutiérrez, psiquiatra de Asturias; Fernando Santos, Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba y José Leal, psicólogo clínico de Barcelona.

¹¹⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Diario de Sesiones, núm. 37, 5.10.2004, pp. 1597-1598.

¹¹⁸ El rechazo a una legislación específica para los enfermos mentales es una constante en la historia de la AEN. En realidad, según relata González Álvarez, en la Comisión constituida en 1982 en el Ministerio de Justicia para estudiar la problemática derivada de la asistencia y hospitalización de enfermos mentales se concluyó que dado que el internamiento no puede ser concebido sino como tratamiento, lo pertinente era no llevar a cabo un abordaje legislativo específico, derivándose su regulación a la Ley General de Sanidad. Más como esta aún no había sido promulgada (lo sería cuatro años después) y como quiera que el internamiento implica privación de libertad, dicha Comisión propuso la introducción de un precepto –el art. 211- en el proyecto de ley de reforma de la incapacitación y tutela –Ley 13/1983-. El lugar natural pues de la regulación de los internamientos sería la Ley de Autonomía del Paciente o una Ley de tratamientos e intervenciones médicas no consentidas en general, y no específicamente psiquiátrica según viene proponiendo el fiscal Fernando Santos Urbaneja. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Onésimo: “Conflictos éticos en la continuidad asistencial”, *XIX Jornadas AEN*, Barcelona, mayo de 2004.

¹¹⁹ Por ejemplo, LIBERMAN, Robert Paul: *Psychiatric Rehabilitation of Chronic Mental Patients*, American Psychiatric Press, Washington, DC, 1988.

¹²⁰ Este perfil de los candidatos al TAI es común al diseñado en Estados Unidos; cfr. por ejemplo: TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary: “Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, núm. 3, 2001, pp. 337-341.

¹²¹ En esto coincido con el amigo Juan Medrano Albéniz. MEDRANO ALBÉNIZ, Juan: “Tratamiento ambulatorio involuntario”, documento aportado a los trabajos de la Comisión de la AEN y facilitado por su autor, al que expreso mi agradecimiento.

¹²² En la Secc. 8.1 de la *Mental Health Act* de 1983 se describe el contenido de esta institución, que abarca tres tipos de “poderes” de requerimiento al paciente: a) para que resida en el lugar especificado por la autoridad o el tutor; b) para que asista a los lugares predefinidos a fines de tratamiento, trabajo ocupacional o rehabilitación; c) para garantizar el acceso al paciente del médico, trabajador social u otra persona especificada.

¹²³ SANTOS URBANEJA, Fernando: “Los procesos sobre la capacidad de las personas. El internamiento voluntario (sic)”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2002, Madrid, 2002, pp. 225-226.

¹²⁴ Me remito en este sentido a las apreciaciones hechas por FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy: “Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”, *Estudios Jurídicos: Ministerio Fiscal*, Vol. V-2002, Madrid, 2002, pp. 780 y ss.

¹²⁵ SZMUKLER, George: “Ética en la Psiquiatría comunitaria”, en BLOCH, Sidney, CHODOFF, Paul y GREEN, Stephen E. (Eds): *La ética en psiquiatría*, Edit. Triacastela, Madrid, 2001, pp. 348-350.

¹²⁶ Cfr. MONAHAN, J., BONNIE, R., APPELBAUM, P., HYDE, P., STEADMAN, H. y SWARTZ, M.: “Mandated Community Treatment: Beyond Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 1198-2005.

¹²⁷ Cfr. al respecto: RAIN, Sarah D., STEADMAN, Henry y ROBBINS, Pamela C.: “Perceived Coercion and Treatment Adherence in an Outpatient Commitment Program”, *Psychiatric Services*, Vol. 54, núm. 3, 2003, pp. 399-401.

¹²⁸ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Onésimo: “Conflictos éticos en la continuidad asistencial”, *XIX Jornadas AEN*, Barcelona, mayo 2004.

¹²⁹ Cfr. al respecto como posiciones a favor: BERCOVITZ, Rodrigo: “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, 1984, p. 972; COBREROS MENDAZONA, Edorta: *Los tratamientos sanitarios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988, pp. 407 y ss;

BOUSOÑO GARCÍA, M., BOBES GARCÍA, J. y GARCÍA PRIETO, A.: "Regulación de la hospitalización forzosa", en ANTÓN FRUCTUOSO, Pedro (Coord.): *Medio siglo de Psiquiatría en España. Homenaje al Profesor Ramón Sarro Burbano*, ELA, Madrid, 1992, p. 261. En contra ROIG SALAS, Alicia: "La ley en la práctica: 5 años de experiencia", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 31, 1989, pp. 633 y ss.

¹³⁰ Cfr. BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", *Derecho y Salud*, Vol. 11, núm. 2, 2003, pp. 141-163.

¹³¹ No obstante remito a las críticas de SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: "Algunas consideraciones sobre la regulación de los internamientos psiquiátricos", *Justicia* 98, p. 105.

¹³² Cfr. MARÍN LÓPEZ, Juan José: "Los locos y su libertad. El artículo 211 del Código Civil (Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, pp. 183-233.

¹³³ Posición contraria mantiene FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy: *op. cit.*, T. II, pp. 759-760.

¹³⁴ "Artículo 5. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido 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".

¹³⁵ "Artículo 5. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo, en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido 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".

¹³⁶ KOLB, Lawrence C. y BRODIE, H. Keith H.: *Psiquiatría Clínica*, Nueva Editorial Interamericana, México, 1985, p. 814 y KAPLAN, Harold I. y SADOCK, Benjamin J.: *Sinopsis de Psiquiatría*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 1999, p. 1492.

¹³⁷ KAPLAN, Harold I. y SADOCK, Benjamin J.: *Sinopsis de Psiquiatría*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 1999, p. 1492.

¹³⁸ STONE, Alan A.: "The Right to Refuse Treatment: Why Psychiatrists Should and Can Make It Work", *Archives General Psychiatry*, Vol. 38, 1981, pp. 358 y ss.

¹³⁹ Cfr. STROMBERG, Clifford D y STONE, Alan A.: "A Model State Law on Civil Commitment of the Mentally Ill", *Harvard Journal On Legis*, Vol. 20, 1983, pp. 333-334.

¹⁴⁰ MORRIS, Grant H.: "Judging Judgment: Assessing the Competence of Mental Patients to Refuse Treatment", *San Diego Law Review*, Vol. 32, 1995, p. 348, nota 26.

¹⁴¹ BLACKBURN, Catherine E.: "The 'Therapeutic Orgy' and the 'Right to Rot' Collide: The Right to Refuse Antipsychotic Drugs Under State Law", *Houston Legal Review*, Vol. 27, 1990, p. 472, nota 88.

¹⁴² *Parham v. J.R.*. 442 U.S. 584, 604-609 (1979).

¹⁴³ KATZ, Jay: "Informed Consent: Legal and Ethical Issues of Consent in Health Care", en REICH, W.T. (Edit.): *Encyclopedia of Bioethics*, Macmillan, Nueva York, 20 edic., 1995, p. 1263.

¹⁴⁴ AZNAR LÓPEZ, Manuel: *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*, Edit. Comares-Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 2000, p. 111.

¹⁴⁵ En el mismo sentido GIL SÁEZ, José María: "Conclusiones procesales sobre los procedimientos del artículo 211, de incapacitación y de tutela", en *Curso de perfeccionamiento sobre incapacidad y tutela*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1985, p. 137.

¹⁴⁶ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo: *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*, Colex, Madrid, 2003, pp. 83-84.

¹⁴⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier y PECES MORATE, Jesús Ernesto: "Competencias del juez de primera instancia en el internamiento y tratamiento del presunto incapaz", en *Mesa redonda sobre "problemática el internamiento judicial del enfermo psiquiátrico"*, Madrid, mayo, 1986, Secretaría General Técnica de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social, Madrid, 1987, pp. 40-50.

¹⁴⁸ Cfr. SWANSON, J., SWARTZ, M., BORUM, R., HIDAY, V., WAGNER, H., and BURNS, B.J.: "Involuntary outpatient commitment and reduction of violent behavior in persons with severe mental illness", en TALBOTT, J. (Ed.): *Year Book of Psychiatry and Applied Mental Health*, Elsevier, New York, 2001, pp. 173-174; SWANSON, J., BORUM, R., SWARTZ, M., HIDAY, V., WAGNER, R. y BURNS, B.: "Can involuntary outpatient commitment reduce arrests among persons with severe mental illness?", *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 28, 2001, pp. 156-189.

¹⁴⁹ El art. 5 del Decreto de 1931 ya establecía que los hospitales psiquiátricos oficiales, dispusieran, de ser posible "de una ambulancia con personal idóneo", utilizándose cuando no sea posible una de otro centro oficial.

¹⁵⁰ Cfr. BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Policía y urgencia psiquiátrica: I. La intervención policial en la urgencia psiquiátrica", *Servicios de la Policía Municipal*, Segunda época, Año V, núm. 46, 2002, pp. 12-17 y del mismo autor: "Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial", *Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal*, Edición V (Junio-julio 2003). En la URL: <http://www.psiquiatrialegal.org>.

¹⁵¹ Fue introducido por la diputada del Grupo Parlamentario Socialista Grande Pesquero.

¹⁵² MILL, John Stuart: *Sobre la libertad*, (Trad. DE AZCÁRATE, Pablo), Alianza, Madrid, 1984, p. 65.

¹⁵³ Sin lugar a dudas el tema no está agotado. Baste pensar en la eventualidad de que un paciente disponga su no tratamiento para el caso de devenir incompetente y sin embargo no exista riesgo ajeno previsible.

¹⁵⁴ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", *Georgetown Journal on Poverty Law and Policy*, Winter, 2003, pp. 112-115 y 117-126. Con referencias a los distintos informes oficiales sobre el tema.

¹⁵⁵ SEICSHNAYDRE, Stacy E.: "Community Mental Health Treatment for the Mentally Ill: When Does Less Restrictive Treatment Become a Right?", *Tulane Law Review*, Vol. 66, 1992, p. 1983.

¹⁵⁶ Tal como se reconoce en WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 e igualmente se admite en TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: "Kendra's Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York", *Catalyst*. Con acceso el 30 de mayo de 2004 en la URL: <http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹⁵⁷ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: "Opening Pandora's Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment", *Psychiatric Services*, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹⁵⁸ WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", *New York Times*, 5.11.1999, p. B1.

¹⁵⁹ STEFAN, Susan: "Preventive Commitment: The Concept and Its Pitfalls", *Mental & Physical Disability Law Reporter*, Vol. 11, núm. 4, 1987, pp. 288-302.

¹⁶⁰ TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: "Kendra's Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York", *Catalyst*. Con acceso el 1 de junio de 2004 en la URL: <http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹⁶¹ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: "Opening Pandora's Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment", *Psychiatric Services*, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹⁶² SLOVENKO, Ralph: "Civil Commitment Laws: An Analysis and Critique", *Cooley Law Review*, Vol. 17, 2000, p. 41.

¹⁶³ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES: "Mental Health: A Report of de Surgeon General", (1999). En la URL: <http://www.surgeongeneral.gov/library/mentalhealth>. Con acceso el 1 de junio de 2004.

¹⁶⁴ DIAMOND, Ronald J.: "Coercion and Tenacious Treatment in the Community: Applications to the Real World" en DENNIS, Deborah L. y MONAHAN, John: *Coercion and aggressive community treatment: a new frontier in mental health law*, Plenum Press, New York, 1996.

¹⁶⁵ APPELBAUM, Paul S.: "Thinking Carefully About Outpatient Commitment", *Psychiatric Services*, Vol. 52, núm. 3, 2001, pp. 347-350.

¹⁶⁶ APPELBAUM, Paul S.: "Ambivalence codified: California's New Outpatient Commitment Statute", *Psychiatric Services*, Vol. 54, núm. 1, 2003, pp. 26-28.

¹⁶⁷ SWARTZ, Marvin S. y otros: "Can Involuntary Outpatient Commitment Reduce Hospital Recidivism?: Findings From a Randomized Trial with Severely Mentally Ill Individuals", *American Journal of Psychiatry*, Vol. 156, 1999, p. 1974.

¹⁶⁸ SIRICA, Coimbra: "National Health Policy Forum: Outpatient Commitment in Mental Health: Is Coercion the Price of Community Services?", *Issue Brief*, Vol. 2, núm. 757, 2000.

¹⁶⁹ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", *Derecho y Salud*, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.

¹⁷⁰ Inicialmente expuestos en BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "El tratamiento ambulatorio forzoso...", *op. cit.*

¹⁷¹ Adoptada por vez primera el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales, en el transcurso del 40 Aniversario de la Federación, en Luxor (Egipto) fue ratificada por el Consejo de Administración de la Federación Mundial de la Salud Mental el 26 de agosto de 1989, con ocasión de su Congreso Mundial Bienal de la Salud Mental, celebrado en Auckland, Nueva Zelanda.

¹⁷² A pesar de ello, para RUIZ MIGUEL, en Derecho español, en principio, no rige la norma general excluyente («lo que no está prohibido está permitido»), aunque sí existe un fundamento constitucional de una norma general excluyente en relación a dos materias: el derecho penal y el tributario; RUIZ MIGUEL, Alfonso: "Autonomía individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)", *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 14, ene.-abr. 1993, p. 162.

¹⁷³ GARCÍA MORILLO, Joaquín: *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de libertad)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 37-38.

¹⁷⁴ Lo cierto es que la doctrina española no es homogénea en lo que se refiere a la interpretación de este "derecho general de libertad". Luis PRIETO ubica el derecho general a la libertad en el ámbito de la "libertad de conciencia implícitamente comprendida en la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1"; PRIETO, Luis: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 162. Pero esta posición es rechazada por RUIZ MIGUEL quien considera que "restringir ese derecho general al ejercicio de la libertad de pensamiento no capta el elemento de configuración de la personalidad y la vida de cada individuo con arreglo a sus propios deseos que caracteriza a la autonomía personal"; RUIZ MIGUEL, Alfonso: *op. cit.*, p. 149. Ruiz Miguel comparte en este sentido la posición del voto particular de Leguina Villa a la STC 120/1990, 27 junio.

¹⁷⁵ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: "La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 6, 1983, p. 184; FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, p. 76.

¹⁷⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: *op. cit.*, pp. 187-188.

¹⁷⁷ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios...*, *op. cit.*, p. 360.

¹⁷⁸ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del SIDA)", *REDA*, núm. 57, 1988, pp. 63-64.

¹⁷⁹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: "Notas...", *op. cit.*, p. 65.

¹⁸⁰ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 362.

¹⁸¹ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *La coacción administrativa directa*, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1990, p. 384.

¹⁸² AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, pp. 382-383.

¹⁸³ Cfr. AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *op. cit.*, pp. 327-332.

¹⁸⁴ Cfr. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Uso y Abuso de Medicamentos Psicotropos, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio (Japón) octubre 1975 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial de Venecia (Italia), octubre 1983.

¹⁸⁵ Ha de tenerse en cuenta especial el contenido de la Declaración de Hawai, Versión aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría en Viena (Austria), Junio 1983; de la Proposición y Puntos de Vista de la AMP sobre los Derechos y la Protección Legal de los Enfermos Mentales, adoptada por la Asamblea General de la AMP en Atenas (Grecia), 17 de Octubre, 1989; de la Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre los Problemas Éticos de Pacientes con Enfermedades Mentales, adoptada por la 47ª Asamblea General de Bali (Indonesia), Septiembre 1995) y de la Declaración de Madrid, aprobada por la Asamblea General de la AMP, en Madrid (España), el 25 de Agosto 1996.

¹⁸⁶ *Los derechos humanos y las personas con discapacidad*, informe de Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Naciones Unidas, 1993, publicación de las Naciones Unidas, N.º de venta S.92.XIV.4.

¹⁸⁷ Por ejemplo en el documento: "Nuevas iniciativas en pro del desarrollo social", Asamblea General sobre el Seguimiento de la Cumbre del Desarrollo Social, Naciones Unidas, 2000, A/RES-S-24.2, anexo, y en el informe de QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia: *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Naciones Unidas, Nueva York-Ginebra, 2002.

¹⁸⁸ Tal circunstancia explica que en BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "El tratamiento ambulatorio forzoso...", *op. cit.* p. 143 me refiriera exclusivamente al sistema de control que opera en nuestro país, el judicial.