

**El tratamiento
ambulatorio:
cuestiones legales
y prácticas**

Colección:



Director: Luis Cayo Pérez Bueno

NOTA: Los materiales sobre los que se basa este estudio fueron preparados por el autor para una acción formativa desarrollada en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, al que CERMI agradece su colaboración en la edición de esta obra.

© Del texto: Carlos-Eloy Ferreirós Marcos, 2006.

© De la fotografía de cubierta: David de la Fuente Coello, 2006.

Edita: Comité Español de Representantes de
Personas con Discapacidad - CERMI

Edición: Marzo, 2006

D. L.: M. 16.685-2006

ISBN: 84-611-0271-1

Imprime: Gráficas Alvani

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

Carlos-Eloy Ferreirós Marcos

**Fiscal en situación de servicios especiales
Asesor Jurídico del Síndic de Greuges
de la Comunitat Valenciana**

ÍNDICE



PRÓLOGO	7
1. LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA	11
2. FORMAS DE TRATAMIENTO ASISTIDO EN LA COMUNIDAD	18
3. DERECHO COMPARADO	21
4. LA RECOMENDACIÓN REC(2004)10 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES.....	32
4.1. Introducción	32
4.2. Contenido de la recomendación.....	34
4.2.1. Conceptos preliminares sobre el tratamiento y los recursos disponibles.....	34
4.2.2. Criterios y principios para el tratamiento involuntario	35
4.2.3. Procedimiento.....	37
5. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA.....	39
6. LA OPINIÓN DE LOS AFECTADOS.....	44
7. LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO OBLIGATORIO: PRINCIPIOS BÁSICOS	48
7.1. Principio rector: el interés de la persona	48
7.2. Principios derivados.....	50

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS	52
8.1. Texto de la proposición de Ley de CiU (N.º Expdte. 122/000085)	52
8.2. Explicación del contenido	56
8.3. Polémica: diferentes objeciones.....	59
8.3.1. Tratamiento ambulatorio y derechos humanos ...	59
8.3.2. Peligrosidad, criminalidad y tratamiento ambulatorio.....	64
8.3.3. Legislación especial y tratamiento ambulatorio involuntario	67
8.3.4. Evidencias científicas y tratamiento ambulatorio involuntario	84
8.3.5. Desmontando mitos y falsas creencias sobre el tratamiento involuntario	92
8.3.5.1. Sobre la pretendida aplicación masiva y dirigida a toda la población.....	92
8.3.5.2. Sobre el pretendido carácter discriminatorio de la medida.....	96
8.3.5.3. Del milagro de la transformación o de cómo los Jueces se convirtieron en Psiquiatras por la bendición de la ley	101
8.3.5.4. Sobre la ruptura de la “alianza terapéutica” y la “farmacracia”	104
8.3.5.5. Sobre la pretendida equiparación del tratamiento involuntario y del tratamiento forzado	112
8.3.6. El problema de los medios humanos y materiales	123



ÍNDICE



9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES.....	124
9.1. Toma de posición	124
9.2. Conclusiones	132
RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	136
POST SCRIPTUM	147

PRÓLOGO

Respondo, con estas líneas, a la amable invitación del autor del presente trabajo, Carlos Ferreirós, para prologarlo y lo hago, además, con suma satisfacción y muy honrado y agradecido por la deferencia que ello significa hacia mi persona.

Conozco a Carlos Ferreirós desde hace muchos años, prácticamente desde mi incorporación a la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, en 1991, y desde entonces he seguido su trayectoria profesional en la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante con mucho interés, aunque nunca tuve la fortuna de coincidir con él en Sala, ni en mi etapa inicial de magistrado suplente de dicha Audiencia Provincial ni en la posterior del ejercicio profesional como Letrado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante ante los juzgados y tribunales de esa misma demarcación judicial. No obstante, por referencias que procedían de las más diversas fuentes judiciales y académicas, y por las lecturas que de trabajos suyos había tenido la oportunidad de hacer, era sabedor de su seriedad y competencia profesional, así como de su entrega a la causa de su trabajo. Ello fue lo que me indujo a ofrecerle, a comienzos del año 2003, un puesto de asesor jurídico en el Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana, que él aceptó sin reservas ni condiciones, cuando comprendí que una institución como la del Síndic, que había de ser sensible a los derechos de los enfermos mentales y de sus familias, debía de contar con una persona de la altura profesional y preparación de Carlos Ferreirós, pues, nadie como él, en Alicante, podía contribuir a que el trabajo del defensor del pueblo autonómico, en ese ámbito, cumpliera con sus objetivos.

Y es que, escasos meses después de tomar posesión, el 9 de abril del año 2001, del cargo de Síndic de Greuges, ya había tenido la oportunidad de asomarme a la realidad social de la enfermedad mental, confirmando que si existe un grupo social que sufre y que necesita de nuestra ayuda (la de las instituciones públicas, pero también la de las organizaciones sociales y la de las personas individuales), éste es, precisamente, el de los enfermos mentales y sus familiares. Las necesidades asistenciales, de todo tipo, en este ámbito son



PRÓLOGO



muy grandes y las Administraciones públicas están lejos de atenderlas adecuadamente, por mucho que los esfuerzos, en algunos sectores y territorios, se hayan incrementado notablemente en los últimos años. Por eso, es dramáticamente cierto que, en el caso de la asistencia a enfermos mentales, las Administraciones públicas abusan del amor de los padres por sus hijos, dejando en sus manos la pesada carga de tener que lidiar con un problema que, por su edad o por sus condiciones físicas o económicas, los padres no siempre están en condiciones de atender y enfrentar debidamente. Todo ello sin olvidar que, en muchas ocasiones, el enfermo mental necesita de nuestra ayuda por su situación de abandono, y ahí están las escalofriantes cifras que revelan que gran proporción de los indigentes que pueblan nuestras calles lo son porque les abate una enfermedad mental no atendida ni tratada. Faltan, por tanto, muchos, muchísimos recursos públicos para atender las necesidades de este grupo social tan vulnerable y tan necesitado de amparo, y tanto el Defensor del Pueblo español, como el Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana o como todos los defensores autonómicos del Estado español denuncian, año tras año, en sus informes anuales las diversas carencias. Pero falta también un mayor nivel de sensibilización social que presione sobre nuestros gobernantes y les instigue a invertir más esfuerzos en la solución de los problemas de este colectivo, que tiene unas dimensiones notables y que afecta a muchas familias que ven cómo sus energías personales y económicas se van mermando sin solución, a veces, en medio de un dramático silencio y una desesperante soledad. Como ciudadanos, como responsables o miembros de colectivos sociales, como responsables de entidades o de empresas privadas, o como responsables de entidades e instituciones públicas tenemos un ineludible deber de acudir en auxilio de nuestros enfermos mentales y de sus familias porque, entre otros colectivos, son uno de los grandes olvidados de nuestra sociedad, y eso a pesar de que ninguno de nosotros estamos exentos de poder, en algún momento de nuestra vida, pasar a formar parte del mismo, ya sea como enfermos, ya como familiares de un enfermo.

Pues bien, si hay una persona comprometida con la causa del auxilio a los enfermos mentales y a sus familias es, precisamente, Carlos Ferreirós. Como miembro del Ministerio Fiscal, encargado en la Audiencia Provincial de Alican-

te de los asuntos de las incapacidades e internamientos de los enfermos mentales, me consta que ha realizado una labor espléndida, reconocida por todos los colectivos y asociaciones de familiares de enfermos mentales. Pero como asesor del Síndic de Greuges, puedo afirmar con pleno conocimiento de causa, que su labor ha sido impagable, dirigiendo y elaborando personalmente el complejísimo Informe Especial sobre la “Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias”, que, en el mes de noviembre del año 2003, pude someter a la consideración de las Cortes Valencianas. Ese fue el principal encargo que le encomendé nada más tomar posesión de su puesto en el Síndic de Greuges, y gracias a su feliz finalización, la Institución empezó a ser valorada y considerada más seriamente, por demostrar que podía llevar a cabo informes sobre sectores de la realidad con un alto nivel de rigor y compromiso por los derechos individuales.



En el trabajo que ahora tengo la satisfacción de prologar, Carlos Ferrerós aborda, como siempre, con la meticulosidad y soltura propias de un experto de alto nivel, el espinoso tema de los tratamientos involuntarios para pacientes con enfermedad mental, en lo que va a constituir, a buen seguro, un trabajo de referencia. Casi ningún aspecto del problema ha quedado fuera del análisis, incluyendo, la situación legal en el Derecho internacional y en el Derecho comparado, la opinión de los afectados, las diversas posiciones adoptadas en el debate que el tema está suscitando y, finalmente, una decidida toma de posición favorable, pero restrictiva, con la que no puedo, por menos, que estar conforme.

Animo, por tanto, al lector a que lea las siguientes páginas que se someten a su consideración, pues, a buen seguro, le van a hacer reflexionar no sólo sobre el problema, en concreto, de los tratamientos involuntarios, sino sobre la propia situación personal y social de los enfermos mentales y de sus familias.

BERNARDO DEL ROSAL

*Síndic de Greuges
de la Comunitat Valenciana*

RESUMEN



Resumen: Los tratamientos involuntarios en la atención a la salud mental han constituido, desde siempre, objeto de polémica. La introducción creciente en las legislaciones de las sociedades democráticas de formas de tratamiento involuntario fuera del hospital ha originado un serio debate en todo el mundo. La actual tramitación de una proposición de ley en nuestro país no ha sido ajena a lo anterior. El presente trabajo pretende adentrarse en las cuestiones básicas que plantea una posible regulación a la luz del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo¹ y la Recomendación Rec(2004)10, de 22 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales.

¹ BOE de 20 de octubre de 1999 (entrada en vigor el 1 de enero del año 2000).

1. LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA



Durante la segunda mitad del siglo XX, se produjo un cambio de paradigma en la atención de salud mental, principalmente a causa de tres factores independientes²:

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

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

La experiencia ha demostrado que las terapias que implican el aislamiento de las personas con discapacidad no sólo impiden una adecuada integración de aquéllas a su medio social, sino que en la mayoría de los casos agravan las existentes o generan nuevas discapacidades. Ello es así porque la rehabilitación no es un concepto de contenido puramente médico, sino un proceso integral que incluye la recuperación física, mental, social y profesional de la persona. Esta afirmación a su vez tiene varias connotaciones. Por un lado, quiere decir que sólo al interior de la comunidad puede darse

² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe sobre la salud en el mundo; Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, 2001. Página 49.

1. LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA



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. Esta última aseveración puede parecer elemental y acaso innecesaria si olvidamos que durante siglos e incluso en la actualidad esta posibilidad les está regularmente vedada a las personas con discapacidades mentales³.

No obstante, lo cierto es que el proceso de desinstitucionalización no ha estado exento de problemas. LIBERMAN y PHIPPS ponen de relieve el hecho de que, desgraciadamente, en aquellas comunidades de Estados Unidos donde han desinstitucionalizado enfermos mentales crónicos no se han reemplazado adecuadamente los servicios hospitalarios públicos por servicios en la comunidad, no recibiendo un tratamiento apropiado e integral. Los autores, siguiendo los estudios de LAMB (1976) y KUEHNEL (1984), recogen como problemas más importantes los siguientes: 1) La dificultad para recibir tratamiento de urgencia ya que los hospitales no disponen de camas; 2) Escaso o nulo tratamiento en las residencias asistenciales; 3) Muchos afectados van a parar a prisión; 4) Muchos afectados viven en las calles sin recibir ningún servicio o atención; 4) En muchos casos la carga de la atención y el cuidado recae sobre los familiares del enfermo mental; 5) Muchos de los pacientes crónicos precisan de asistencia para actividades básicas de la vida (aseo, vestido, manejo de dinero); 6) La adaptación a la vida ordinaria no es fácil, en muchos casos provoca estrés, dificultades a la hora de conservar un trabajo, baja autoestima y sociabilidad, depresión, etc; 7) Pese a precisar medicación psicoactiva, muy pocos la siguen tal y como les fue prescrita⁴.

³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *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. Publicación de las Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1993, página 31. El propio informe subraya el hecho constatado que "existe consenso en afirmar que las personas con discapacidades mentales se encuentran entre las más discriminadas", aspectos que ya habían sido reseñados en anteriores informes como el de la relatora Especial, Sra Erica-Irene DAES, en 1983: *Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales*. (Página 28).

⁴ LIBERMAN, Paul. *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico*. Ediciones Martínez Roca S.A. Barcelona, 1993, páginas 231 y 232.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

La OMS estima que, a pesar de las grandes diferencias entre la atención de salud mental en los países en desarrollo y los países desarrollados, un problema común es que muchas personas que podrían beneficiarse de los servicios psiquiátricos disponibles no los aprovechan. Incluso en los países con servicios bien establecidos, menos de la mitad de los individuos que necesitan atención recurren a ellos. Esto guarda relación tanto con el estigma que se asocia a las personas que padecen trastornos mentales y del comportamiento como con las deficiencias de los servicios que se prestan⁵.



La cronicidad y la discapacidad asociada a la enfermedad mental grave no desaparecen con la crítica y la superación de la institucionalización psiquiátrica (sólo la marginación asilar, que no es poco), sino que forman parte del proceso personal y social de la psicosis. La cronicidad y las dificultades de funcionamiento reaparecen en la comunidad o emergen bajo nuevos patrones⁶.

Los progresos alcanzados en materia de libertad individual y social no tienen vuelta atrás y siguen la línea de lo que ha ocurrido en Europa, aunque con algunos años de retraso. Pero también subsisten numerosas lagunas a las que hay que darles solución. Manteniendo los logros y la filosofía emanada del Informe sobre la Reforma Psiquiátrica de 1985 y de la Ley General de Sanidad, debe procederse a superar los actuales desequilibrios, completar los vacíos asistenciales y adaptar estos principios a la realidad actual. Hay que desarrollar una red de recursos articulados que garantice una asistencia de calidad y equipare la asistencia a los enfermos mentales con las del resto de patologías.

Uno de los problemas fundamentales es la adecuada coordinación de los recursos existentes. En general, el proceso se ha centrado en la colaboración de las Áreas de Sanidad y Bienestar Social, actividad que ha venido desarrollándose positivamente desde la segunda mitad de la década de los 90.

⁵ OMS. *Informe sobre la...* página 54.

⁶ RODRÍGUEZ, Abelardo (Coord.) *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1997, página 79.

1. LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA



Sin embargo, es de resaltar que también existen otros sectores afectados cuya efectiva participación en el proceso se hacía difícil por innumerables circunstancias. En concreto, la participación de la Administración de Justicia era necesaria en lo concerniente a la administración de tratamientos de forma involuntaria (medidas de seguridad penales, hospitalizaciones involuntarias, ensayos clínicos, esterilizaciones, administración de tratamiento derivada de situaciones de incapacidad...), aspecto que, si bien secundario en lo que concierne a la atención global de la población, no deja de tener una importancia destacable. El acercamiento de posturas y la formulación de conclusiones plasmadas en protocolos han dado buenos frutos.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁷ contiene la obligación de las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conozcan la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, de ponerla en conocimiento del Ministerio Fiscal. La comunicación existente en materia de deficiencia psíquica y demencia senil ha sido, en este sentido, bastante fluida. Sin embargo, en el ámbito de los trastornos mentales graves se genera un campo de indefinición amplio motivado por múltiples factores, entre los que destacamos:

- a) La falta de cauces adecuados de comunicación entre las unidades de salud mental y la Administración de Justicia.
- b) El carácter poco flexible de la Administración de Justicia en la adopción de medidas.
- c) La contradicción existente entre la existencia de un proceso de rehabilitación psicosocial y la declaración judicial de incapacidad.
- d) La proporcionalidad de las medidas y la adaptación a los casos concretos.

⁷ Obliga al Fiscal a promover las demandas de incapacidad en aquellos casos en que se cumplan las condiciones dispuestas en el código civil, cuando las personas legitimadas no existan o no lo hayan hecho.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

- e) La contradicción existente entre el principio de “alianza terapéutica” y la adopción de patrones de actuación que implican la falta de asentimiento de la persona afectada por la medida.

Para la superación de estos escollos y al objeto de lograr una respuesta pública adecuada a este problema, se hace imprescindible una definición de principios, límites y procedimientos. Necesariamente se tiene que abordar una materia muy polémica en la que se exige consenso: la administración de tratamientos involuntarios en la comunidad, cuándo y con qué garantías una persona debe ser considerada incapaz legalmente para decidir sobre el tratamiento psiquiátrico. La respuesta genera interrogantes tanto al profesional de la Medicina, como al profesional del Derecho, puesto que se trata de una cuestión de límites.

La OMS⁸ estima, con carácter general y para la asistencia en el manejo de las enfermedades mentales, la combinación equilibrada de tres componentes: la medicación (o farmacoterapia), la psicoterapia y la rehabilitación psicosocial. Una combinación equilibrada de intervenciones debe atenerse, según la OMS, a los siguientes principios rectores:

- a) Cada intervención tiene una indicación específica acorde con el diagnóstico.
- b) Cada intervención debe ser proporcional a la gravedad del estado del paciente.
- c) Cada intervención debe tener una duración determinada, abarcando el tiempo necesario para la naturaleza y gravedad de la situación, debiendo ser interrumpida tan pronto como sea posible.
- d) Cada intervención debe ser periódicamente evaluada, teniendo siempre el afectado una activa participación en dicho proceso.

⁸ OMS. *Informe sobre la...* páginas 59 y ss.



1. LA DEFINICIÓN DEL PROBLEMA



La OMS considera que la adhesión es más difícil en los tratamientos de larga duración que en aquellos que implican un período de aplicación más reducido. Una complicación adicional es que se ha demostrado que la existencia de trastornos mentales o de comportamiento se suele acompañar de un grado deficiente de cumplimiento de los regímenes terapéuticos⁹.

Los factores que el informe considera que mejoran la adhesión con el tratamiento incluyen:

- a) La relación de confianza médico-paciente (alianza terapéutica).
- b) La atención a la concienciación del paciente en las metas de la terapia y las consecuencias de su mayor o menor cumplimiento.
- c) La intervención negociada del paciente en el plan de tratamiento.
- d) La participación de la familia y allegados en el éxito del plan de tratamiento.
- e) La sencillez en la aplicación.
- f) La reducción de las consecuencias adversas del plan de tratamiento.

Sin duda, en muchas situaciones, de forma permanente o prolongada en el tiempo, es posible que el paciente no pueda subvenir adecuadamente a sus necesidades, teniendo alterada su capacidad de decisión sobre el tratamiento, siendo en principio posible la adopción de patrones de consentimiento sustitutivo o, incluso, la incapacidad legal.

La adopción de formas de tratamiento involuntario en la comunidad, en el campo de los trastornos mentales graves, sin embargo, ha sido objeto de polémica. Las posturas en contra han sostenido los siguientes argumentos¹⁰:

⁹ OMS. *Informe sobre la...* página 60.

¹⁰ BAZELON CENTER *Position Statement on involuntary commitment* (www.bazelon.org); La página web recoge también el documento de la New York Association of Psychiatric Rehabilitation Services (NYAPRS), *Position on Out-*

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS



- a) El tratamiento involuntario no puede compensar la falta de servicios apropiados y eficaces en la comunidad.
- b) Existen grandes problemas y costes en la implantación de este tipo de intervenciones.
- c) El tratamiento involuntario deteriora la alianza terapéutica e impide la intervención del afectado en la plasmación del programa de tratamiento y la amenaza del tratamiento forzoso persuade a muchos afectados a buscar tratamiento de forma voluntaria.
- d) Los criterios de imposición de este tipo de tratamientos, a menudo, son indeterminados, infringiendo los derechos civiles de los afectados. Resulta especialmente problemático cuando está fundado en: 1) Predicciones de que un individuo puede volverse “peligroso” en un momento indeterminado del futuro; 2) Supone pérdida de la “conciencia de enfermedad” que, en ocasiones, no es más que la falta de acuerdo con el profesional que lo trata; 3) El deterioro potencial en la situación general del individuo o en su estado mental; 4) Una valoración de que el paciente está “gravemente discapacitado”. El carácter especulativo de dichos criterios y su carácter no inminente (a diferencia del criterio que determina el internamiento: riesgo significativo e inminente de daño para el paciente o terceros) determina la falta de legalidad de la medida.

patient Commitment. Replacing Outpatient Commitment Initiatives with strategies that work engage people in need. Buffalo, New York, 1999. Desde el punto de vista de las Organizaciones no gubernamentales, son numerosas las entidades que consideran que el tratamiento involuntario ambulatorio constituye una violación de los derechos de las personas con enfermedad mental. La Internacional Association of Psychosocial Rehabilitation Services (IAPRS) estima que no es una política efectiva por el trauma que origina entre consumidor y clínico, fundándose en una investigación de CAMPBELL y SCHRAIBER de 1989 que indica que el 47 % de los pacientes evitan cualquier servicio tradicional de salud mental por miedo al tratamiento involuntario. Consideran que el tratamiento involuntario no será efectivo por falta de financiación y porque donde existen servicios efectivos no será necesario (ROLFE, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 27). Desde otra perspectiva, abogando por la adopción de estas medidas en Estados Unidos, citar el Treatment Advocacy Center que, desde 1998 viene realizando actividades en este sentido. Su página web contiene una gran cantidad de información sobre este problema (www.psychlaws.org).

2. FORMAS DE TRATAMIENTO ASISTIDO EN LA COMUNIDAD



- e) Muchos de los afectados, frecuentemente, declinan el tratamiento psiquiátrico por razones válidas centradas en el hecho histórico de que el tratamiento ha sido abusivo y deshumanizado y que muchos de los antipsicóticos tienen importantes efectos secundarios.
- f) Como consecuencias no perseguidas directamente, son de reseñar: 1) Que puede tratarse de un vehículo perpetuo para asegurar la accesibilidad de los pocos servicios disponibles, compeliendo a los profesionales a promover tales órdenes con objeto de procurar el tratamiento de personas que, con cierto esfuerzo, voluntariamente podrían aceptarlo; 2) Los procesos judiciales son amenazadores y alienantes, particularmente para las personas afectadas de enfermedad mental; 3) Las actuaciones necesarias para la administración involuntaria de los tratamientos pueden resultar traumáticas, particularmente por la actuación policial, pudiendo suponer una “criminalización” del paciente.

Los partidarios y opositores a este tipo de medidas tienden a relativizar los resultados obtenidos en los estudios sobre la eficacia de estas medidas¹¹, pero sí que puede establecerse una conclusión clara: la actuación judicial, por sí misma, no tiene ningún efecto positivo, salvo que vaya acompañada de un buen nivel de servicios en salud mental.

2. FORMAS DE TRATAMIENTO ASISTIDO EN LA COMUNIDAD

FULLER TORREY y ZDANOWICZ¹² estiman que existen diferentes formas de tratamiento asistido en la comunidad y que el número de pacientes sus-

¹¹ Suelen diferenciarse dos tipos de investigaciones (de primera y segunda generación), considerándose la poca fiabilidad de las primeras por dificultades metodológicas y las contradicciones de las segundas RIDGELY, M. Susan et al. *The effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States*, RAND Institute for Civil Justice, 2001, páginas 17 y ss.

¹² FULLER TORREY, E. y ZDANOWICZ, M. “Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom”. *Psychiatric Services* 52:337-341, 2001.

ceptible de tratamiento involuntario depende parcialmente de la disponibilidad relativa de las otras variedades. En mayor o menor medida, según los autores, todas incluyen coerción de forma explícita o implícita. Clasifican las siguientes:



- a) *Advance directives*. Se trata de documentos legales que permiten a las personas con enfermedades mentales autorizar y especificar tratamientos en anticipación de períodos futuros de incapacidad mental. En España nosotros hemos incorporado a nuestra legislación este tipo de fórmulas bajo la denominación de “instrucciones previas” o “voluntades anticipadas”. En España, a diferencia de Estados Unidos, no se ha tenido en cuenta las peculiaridades que ofrece el tratamiento en salud mental.
- b) *Assertive case management*. Los programas de tratamiento asertivo en la comunidad y formas similares parten de la idea de equipos móviles que ofrecen tratamiento flexible, servicios de apoyo y de rehabilitación a personas que padecen enfermedades mentales severas. Son equipos multidisciplinarios cuyos componentes prestan la ayuda allí donde se necesita (en la casa del paciente, en el vecindario o en cualquier otro lugar), mediante una fórmula individualizada. Este tipo de servicios está actualmente reconocido como fundamental para una adecuada asistencia en salud mental por los buenos resultados que produce. Lamentablemente, su aplicación en España dista mucho de haber alcanzado un desarrollo aceptable.
- c) *Conditional release*. En muchos Estados de E.U.A. los pacientes en situación de internamiento civil pueden ser dados de alta bajo condición de seguir un plan de tratamiento que incluya la toma de medicación. En España, como veremos, históricamente se han conocido fórmulas similares pero, en la actualidad, carecemos de legislación al respecto.

2. FORMAS DE TRATAMIENTO ASISTIDO EN LA COMUNIDAD



- d) *Conservatorship-Guardianship*¹³. Se trataría de fórmulas equivalentes a nuestro sistema de incapacidad legal. En España, la incapacidad admite fórmulas de tratamiento involuntario mediante sistemas de representación¹⁴. Así, el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece que “se otorgará el consentimiento por representación... b) cuando el paciente esté incapacitado legalmente”.
- e) *Mental Health Courts*. Los autores hacen referencia aquí al sistema de justicia penal. En nuestro país son posibles fórmulas de tratamiento involuntario en la Comunidad aplicables mediante procedimientos penales. Junto al tratamiento de personas total o parcialmente inimputables (artículo 96.3.11 C.P.), destacan las fórmulas de imposición a penados en libertad condicional (artículo 90.2 C.P.) o de aquellos que suponen suspensión de la ejecución por imposibilidad de conocer el sentido de la pena (artículo 60 C.P.), siendo discutible si pueden encuadrarse dentro de las reglas de conducta previstas para la suspensión de la ejecución de la pena en el artículo 83 n.º 1, reglas 5 (programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares) y 6 (los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste).

La realización de un trabajo anterior en el que se abordaron los conceptos fundamentales y la perspectiva desde el procedimiento de incapacidad¹⁵, me permite centrarme en los problemas que presenta una futura regulación civil de esta materia. Tampoco se va a hacer referencia en este trabajo al sistema penal.

¹³ Junto con esta fórmula, los autores hablan de los denominados *representative payees* que son representantes exclusivamente designados para cobrar las pensiones de la seguridad social. Este sistema también se conoce en el Reino Unido y es diferente de las fórmulas de incapacidad legal.

¹⁴ Las fórmulas de representación o consentimiento sustitutivo revisten algunas peculiaridades respecto a las formas tradicionales de representación. Muchos autores en la doctrina civil se han encargado de establecer matizaciones. Sobre estas cuestiones, remito a mi trabajo “capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado” (páginas 602 y ss. y 606 y ss.) y la bibliografía que allí se cita.

¹⁵ FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. “Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”. *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002*. Páginas 563 a 846.

3. DERECHO COMPARADO

El tratamiento involuntario extrahospitalario (*outpatient commitment*), tal como fue concebido en Estados Unidos, estaba diseñado para evitar el problema de la puerta giratoria y para ayudar a los pacientes a acceder de forma adecuada a los servicios comunitarios. Su desarrollo implica la orden de un juez para cumplir con un plan que abarca tratamiento y servicios sociales en el entorno comunitario con objeto de prevenir el deterioro a que previsiblemente conduciría su falta de aplicación. Se trata de permitir el acceso al tratamiento psiquiátrico necesario y apropiado en el entorno menos restrictivo posible. Las normas sobre tratamiento ambulatorio obligado se desarrollaron ampliamente en el país en los años 70 y 80. La mayor parte de los Estados poseen normas sobre este tipo de intervenciones, aunque existen numerosas diferencias¹⁶:

- 1) Existen Estados que carecen de normas sobre este tipo de intervenciones judiciales¹⁷.
- 2) Algunos Estados lo permiten sólo tras un período de hospitalización mientras que en otros se inicia directamente desde el ámbito extrahospitalario.
- 3) En algunos Estados los criterios no difieren de los patrones aplicables para el ingreso involuntario mientras que otros sí que presentan criterios distintos para el tratamiento externo¹⁸.
- 4) El modelo de paciente susceptible de intervención se centra en un historial previo de fracaso en el seguimiento del tratamiento o, simplemente, en determinadas condiciones de la enfermedad.

¹⁶ TELSON, Howard et al. *Report of the Bellevue Hospital Center outpatient commitment pilot program* Nueva York, 19 de febrero de 1999, "Parte I. Antecedentes".

¹⁷ Connecticut, Florida, Maine, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Jersey, New Mexico, Tennessee. Los datos del informe Bellevue deben actualizarse en la medida en que Florida ha adoptado legislación de este tipo en junio de 2004 (*Baker Act reform*) que ha entrado en vigor en enero de 2005, por lo que sólo son 8 los Estados que carecen de legislación.

¹⁸ Alabama, Alaska, Georgia, Hawaii, Idaho, Indiana, Kansas, Minnesota, Montana, Nueva York, Carolina del norte, Texas, Virginia, Washington, Wyoming.



3. DERECHO COMPARADO



- 5) Finalmente la manera de afrontar la falta de cumplimiento varía: en algunos casos se permite la rehospitalización directa, en otros se precisa nueva audiencia del Juzgado e incluso algunos Estados no prevén ninguna consecuencia para su incumplimiento. Existen normas que permiten órdenes judiciales que implican la imposición de medicación al paciente y otros no.

En 1995, una encuesta revelaba que, de los 35 Estados (y el Distrito de Columbia) que entonces disponían de normas sobre tratamiento involuntario ambulatorio, sólo 12 y el Distrito de Columbia utilizaban este recurso de forma habitual o muy habitual. Las razones de su falta de utilización eran diversas, incluyendo problemas de presupuesto, falta de información e interés, concernientes a los derechos civiles, criterios muy restrictivos o la ausencia de mecanismos de ejecución para el caso de incumplimiento. Algunos Estados utilizaban mecanismos formales o informales para asegurar la adherencia al tratamiento por ejemplo la *conditional release* era ampliamente utilizada en New Hampshire y los mecanismos ligados a la incapacidad legal (*conservatorship-guardianship*) en California. Dentro de los Estados, además, variaba considerablemente su uso en las distintas localidades¹⁹.

SWARTZ et al, en 1995²⁰, diferenciaba tres tipos de leyes reguladoras:

- a) Aquellas que suponen una suspensión del internamiento bajo condiciones.
- b) Aquellas que suponen que el paciente reúne los requisitos para la hospitalización forzosa y se faculta la elección entre recibir tratamiento en el hospital o en la comunidad.
- c) Un tercer modelo de tipo preventivo: Personas que habitualmente no reúnen los criterios para la hospitalización involuntaria pero que se es-

¹⁹ TORREY, E.F. y KAPLAN, R.J. "A National Survey of the Use of Outpatient Commitment". *Psychiatric Services*, 1995, 46(8), 778-784.

²⁰ SWARTZ et al. "New directions in research on involuntary outpatient commitment". *Psychiatric Services*. 1995, 46: 381-385.

tima que tienen un serio riesgo de descompensación que daría lugar al internamiento si no siguieran tratamiento en la comunidad.

- d) PETRILA añade un cuarto modelo, el de aquellos Estados en los que los Tribunales crean “de hecho” figuras equivalentes, ordenando a una persona a su sometimiento a externo a pesar de la ausencia de legislación expresa que lo contemple²¹.

Es importante reseñar que los procedimientos judiciales anteriores son procedimientos específicos independientes de la posible declaración de incapacidad legal.

Desde que en 1999 varios Estados promulgaron disposiciones introduciendo medidas como las expuestas, elevando el número total a 41, comenzó a desarrollarse un gran interés por este tipo de medidas, particularmente desde la promulgación de la Ley Kendra en Nueva York²².

Lo cierto es que estas fórmulas de tratamiento obligatorio, a pesar de la polémica, están en progresiva expansión, no sólo en Estados Unidos, sino también en todo el planeta. Podemos citar, por ejemplo, las normas de Israel²³, Canadá²⁴, Nueva Zelanda²⁵ y Australia²⁶.

²¹ PETRILA, John. *Involuntary Outpatient Commitment Forum. A summary of issues and research*. State of Florida Department of Children & Families Mental Health Program. Fiscal Year 1998-1999. Página 5.

²² APPELBAUM, Paul S. “Thinking carefully about outpatient commitment”. *Psychiatric Services*, March 2001, Vol. 52, n.º 3, páginas 347 a 350; MONAHAN et al. “Mandated Treatment in the Community for People with Mental Disorders”, *Health Affairs*, Volume 22, Number 5, September/October 2003, páginas 28 a 38.

²³ *Ley de Tratamiento de los Pacientes Mentales* del Estado de Israel (1991).

²⁴ En Canadá, 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*. 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.

²⁵ *Mental Health (compulsory Assessment and Treatment) Act 1992*, enmendada en 1999 (la modificación entró en vigor el 1 de abril de 2000). Parte II (*Compulsory treatment orders*), artículos 28 y 29 (*community treatment orders*), principalmente.

²⁶ En Australia todos los Estados presentan regulación. Así, Sur de Australia (*Mental Health Act* de 1993. Principalmente los artículos 20 y ss.), Oeste de Australia (*Mental Health Act* de 1996, artículos 65 y ss.), Queensland



3. DERECHO COMPARADO



En Europa también conocemos formas de tratamiento externo obligatorio ya desde antiguo. Así, las ya derogadas Ley italiana de 14 de febrero de 1904 (artículo 3, párrafo 5) y, en Inglaterra y Gales, la *Mental Health Act* de 1959 (artículo 26) recogían fórmulas de suspensión condicionada del internamiento. Importante es reseñar que el Tribunal de Garantías Constitucionales italiano estimó que el artículo de la ley de 1904 era constitucional en Sentencia de fecha 20 de junio de 1968²⁷.

En el momento actual, aparecen fórmulas diferentes de compulsión en la comunidad en diferentes legislaciones europeas:

- a) La *Ley del Servicio Sanitario Nacional* italiana recoge, en el artículo 34 de la citada ley²⁸ 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)²⁹. Sin

(*Mental Health Act* 2000, principalmente artículos 109.2.b y 117), Nueva Gales del Sur (*Mental Health Act* 1990, artículos 131 y ss.), la Capital (*Mental Health [Treatment and Care] Act* de 1994, artículos 26.2 y ss., denominada *Mental Health Order*), Norte de Australia (*Mental Health and Related Services Act, 1998*, denominada *Community Management Order*, artículos 16 y 45 y ss.) Tasmania (*Mental Health Act, 1996*, Parte 7), Victoria (*Mental Health Act* 1986, artículo 14).

²⁷ Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Sentenza 74/1968 de 20 de junio de 1968 Pubblicazione in "Gazz. Uff.le" n. 170 del 6 luglio 1968. Señala la sentencia: "Considerato in diritto: [...] 7. - Non e' fondata la questione concernente il potere del direttore dell'ospedale psichiatrico di licenziare in via di prova il ricoverato che abbia raggiunto un notevole grado di miglioramento (art. 3, quinto comma, legge succitata). La norma e' preordinata al fine di permettere all'infermo di riacquistare la sua liberta', sia pure in prova, subito dopo che si e' constatato il miglioramento, e non si intende perche' la misura debba essere disposta dal giudice, dato che presuppone la verifica, sotto la responsabilita' del direttore dell'ospedale, della persistenza del miglioramento constatato, nel contesto di un ritorno dell'infermo alla sua vita ordinaria. Un procedimento giudiziario, nell'ipotesi, non puo' che ritardare il riacquisto di quella liberta' che non deve essere per nessuna ragione differito, ove si manifesti opportuno e utile [...] PER QUESTI MOTIVI LA CORTE COSTITUZIONALE [...] dichiara non fondate le questioni di legittimita' costituzionale proposte dal Tribunale di Ferrara con le ordinanze del 30 luglio e 18 agosto 1966 in ordine: [...] c) all'art. 3, quinto comma, della medesima legge e alle altre disposizioni di essa cui non si riferisce la dichiarazione di illegittimita' costituzionale che precede, in riferimento all'art. 13, primo, secondo e terzo comma, della Costituzione".

²⁸ 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.*

²⁹ 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*

embargo, como señala COBREROS³⁰, falta una regulación detallada dado que el artículo no determina qué tratamientos puede ordenar el Alcalde ni las hipótesis en las cuales puede hacerlo, lo que parece contrario a la previsión del artículo 32.2 de la Constitución italiana que exige que el tratamiento esté previsto por la ley.

Lo cierto es que, en 1996, tras emitirse una consulta, el Ministerio de Sanidad Italiano, contestó señalando que el tratamiento sanitario obligatorio puede ser dispuesto en régimen extrahospitalario³¹. La cuestión, de todas formas, no está muy clara y no ha dejado de debatirse. Buena prueba de ello es el reciente documento de 19 de mayo de 2004 remitido por el Ministerio de Sanidad “linee guida sull’applicazione di accertamenti e di trattamenti sanitari obbligatori per la malattia mentale ai sensi degli articoli 34 e 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833”³² que ha originado una importante polémica en Italia³³.

accertamenti ed i trattamenti sanitari obbligatori sono disposti con provvedimento del sindaco nella sua qualità di autorità sanitaria, su proposta motivata di un medico.

³⁰ COBREROS MENDEZONA, Eduardo. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*. HAAE-IVAP. Oñati, 1988. Páginas 119 y 120.

³¹ MINISTERO DELLA SANITÀ. TSO EXTRA OSPEDALIERO - Risposta del Ministero della Sanità. Prot. Nr. 100/SCPS/3.15. Risposta al foglio del 12.1.1996. n.º 200/49/773. Lettera in risposta inviata a: ASSESSORATO SANITA' Corso Regina Margherita 153 bis 10144 Torino. Oggetto: Quesito in ordine al TSO per malattia mentale: “In riscontro al quesito di cui alla nota indicata a margine, pur comprendendo le perplessità di codesto Assessorato circa la corretta praticabilità di un trattamento sanitario obbligatorio per malattia mentale presso il domicilio del paziente, si ricorda che l'art. 34 della legge 833/78 dispone che tale trattamento può prevedere che le cure vengano prestate in condizioni di degenza ospedaliera, e solo se non ricorrano le condizioni e circostanze che consentano di adottare tempistiche ed idonee misure sanitarie extra ospedaliere. Ad avviso dello scrivente ciò comporta che, qualora ricorrano idonee circostanze, il trattamento sanitario obbligatorio, può (anzi, più correttamente deve) essere disposto in regime extra ospedaliero”.

³² PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. SEGRETERIA DELLA CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME. Servizio “sanità e politiche sociali”. Prot. N 2890/04/4.1.21.9. Codice Sito: 2655. Puede consultarse en las siguientes páginas web <http://www.sospische.it/utsam/policy/policy.pdf> y <http://www.pol-it.org/ital/TSOmalattia%20mentale.pdf>. Nosotros no vamos a entrar en el problema del debate en Italia. Las evidentes diferencias entre los lugares dotados de medios como Trieste y Gorizia y aquellas que no se beneficiaron de proyectos similares ha hecho que el debate se radicalice y que en un tiempo de 18 años se hayan producido alrededor de una docena de proposiciones de ley de reforma con contenidos muy diversos y que no son objeto de este trabajo. Simplemente sí que vamos a dejar constancia de las propuestas de las Asociaciones de voluntarios y familiares en el siguiente documento: ASSOCIAZIONE REGIONALE ONLUS DI VOLONTARI E FAMILIARI PER LA SALUTE MENTALE. Documento ufficiale della Associazione. “Trattamenti volontari ed obbligatori: le linee-guida dell'associazione” Carino, 27 gennaio 2000 (disponible en Internet <http://www.sospische.it/utsam/policy/policy.pdf>).

³³ Véase el documento de Psichiatria Democratica de 23 de junio de 2004 (disponible en Internet <http://www.pol-it.org/ital/NT20040703.htm>).



3. DERECHO COMPARADO



- b) En Inglaterra y Gales, la *Mental Health (Patients in the Community) Act de 1995*³⁴ 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. La reforma añade al artículo 25 de la Ley especificaciones 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 sentido, existiendo muchas voces que intentan adoptar en Inglaterra el modelo de las *Community Treatment Orders* propio de EE.UU. En la actualidad, el Ministerio de Sanidad británico ha publicado un borrador de proyecto de ley (*draft Mental Health bill* de junio de 2002) conteniendo especificaciones sobre este tipo de disposiciones que ha sido continuado por otro borrador de septiembre de 2004³⁵. La *Mental Health Act* de 1983 (artículo 17) también recoge la posibilidad, dentro del mismo internamiento, de permisos de salida (*leave of absent*) como parte de un programa gradual para reintroducir al paciente en la comunidad, bajo la perspectiva de ser un paciente internado preparado para el retorno y no un paciente externo³⁶. El paciente sometido a permiso, no obstante, no puede ser tratado contra su voluntad en el medio externo sino sólo cuando ha sido

³⁴ Entró en vigor el 1 de abril de 1996.

³⁵ Department of Health. *Draft Mental Health Bill presented to Parliament by the Secretary of State for Health by command of Her Majesty, September 2004*.

³⁶ BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Oxford University Press, New York, 2003, páginas 412 y ss.

hospitalizado³⁷. Lo cierto es que esta forma es la que, de hecho, se utiliza como forma de tratamiento involuntario en la comunidad.

- c) En Francia el vigente artículo L.3211-11 del *Code de la santé publique* recoge una forma de suspensión condicionada del internamiento³⁸ y 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*³⁹. En enero de 1997, el *Grou-*



³⁷ *R v The Managers, Warley Hospital [BHB Community Healthcare NHS Trust] Taylor [Dr. Jason] ex parte Barker* N.º CO/769/98 CO/772/98, 11 de mayo de 1998.

³⁸ Article L3211-11.—*Afin de favoriser leur guérison, leur réadaptation ou leur réinsertion sociale, les personnes qui ont fait l'objet d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office peuvent bénéficier d'aménagements de leurs conditions de traitement sous forme de sorties d'essai, éventuellement au sein d'équipements et services ne comportant pas d'hospitalisation à temps complet mentionnés à l'article L. 6121-2./ La sortie d'essai comporte une surveillance médicale. Sa durée ne peut dépasser trois mois; elle est renouvelable. Le suivi de la sortie d'essai est assuré par le secteur psychiatrique compétent./ La sortie d'essai, son renouvellement éventuel ou sa cessation sont décidés: 1.º Dans le cas d'une hospitalisation sur demande d'un tiers, par un psychiatre de l'établissement d'accueil; le bulletin de sortie d'essai est mentionné par le directeur de l'établissement et transmis sans délai au représentant de l'Etat dans le département; le tiers ayant fait la demande d'hospitalisation est informé; 2.º Dans le cas d'une hospitalisation d'office, par le représentant de l'Etat dans le département, sur proposition écrite et motivée d'un psychiatre de l'établissement d'accueil.* El *Rapport Briot* (apartado II.1) señalaba que la evolución de la hospitalización sin consentimiento en Francia se caracterizaba por una progresión continua de la hospitalización a demanda de un tercero que se elevaba de 31.057 casos en 1992 a 62.894 en 2001. Una de las diferentes razones que se apuntaban es que el dato estadístico refleja realmente las medidas de hospitalización y no las personas hospitalizadas y que cierto número de pacientes dependientes del régimen jurídico de hospitalización a demanda de un tercero no son hospitalizados de hecho porque son objeto de *sorties d'essai* que tienen lugar, en la mayor parte de los casos, en su domicilio. (*Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution, nº 1459, de m. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, par Mme Maryvonne Briot députée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004*). La *Loi n.º 2002-303 du 4 mars 2002 art. 19 I 1º (Journal Officiel du 5 mars 2002)* ha introducido el artículo L3211-11-1 que permite salidas terapéuticas (denominadas de corta duración) de hasta 12 horas para las personas hospitalizadas sin consentimiento acompañadas de personal del hospital. El proyecto de ley indicaba que este artículo legaliza las salidas acompañadas de corta duración, que constituyen una práctica utilizada corrientemente y que convenía subrayar que las disposiciones sobre *sorties d'essai* no podían ser utilizadas como fundamento legal para estas salidas de corta duración porque las *sorties d'essai* constituyen adaptación de las condiciones de tratamiento en aras de una reinserción y que preceden en general al fin de la hospitalización sin consentimiento (*Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 septembre 2001*).

³⁹ MASSIP, Jacques, "Notas a la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation*" *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, *Cahier-Jurisprudence* 41, páginas 498 y 499: El tribunal no llegó a examinar l'*Arrêt de la Cour d'appel de Toulouse de 17 de octubre de 1988* por un defecto de forma. No obstante, el presidente del Tribunal, en

3. DERECHO COMPARADO



pe national d'évaluation de la Ley de 27 de junio de 1990 por la que se reformó el Código de la Salud Pública francés en materia de asistencia a la enfermedad mental recogió la necesidad de un sistema de cuidados ambulatorios obligatorios en medio familiar con un estatuto idéntico al de los enfermos sometidos a hospitalización involuntaria⁴⁰.

- d) En la República Federal Alemana, el artículo 70k de la *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁴¹ recoge, también una fórmula similar: la denominada “suspensión del internamiento” (*Aussetzung der Unterbringung*)⁴².

En la República Federal Alemana pueden distinguirse dos fuentes legales con relación al internamiento: a) la derivada de los preceptos referentes a la guarda legal (*Betreuung*) existentes en el Código Civil Alemán (*Zivilrechtliche Unterbringung-BGB*). b) la contenida en las diferentes leyes regionales sobre internamiento de enfermos mentales (*Öffentlich-rechtliche Unterbringungs-gesetze der Länder*)⁴³. En la mayoría de los *Ländern* se regulan las condiciones y el procedimiento en las leyes sobre ayudas y medidas terapéuticas para

la nota doctrinal referida, consideraba que no había ningún inconveniente en admitir la solución dada por el tribunal de instancia aunque manifestaba algunas dudas respecto a su concreta aplicación por la ausencia de dispositivos para la efectividad de las medidas, en caso de incumplimiento, salvo que la autoridad administrativa acordara la “hospitalización de oficio” concurriendo los presupuestos que la determinan.

⁴⁰ BOUMAZA, Assia. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Le régime medico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique*, Paris, 2002, 4.ª edición, página 168.

⁴¹ Ley sobre los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria.

⁴² El artículo 70 k FGG dice: 1) El Juzgado puede suspender la ejecución del internamiento conforme al artículo 70 apartado 1, frase 2.ª, n.º 3. La suspensión puede estar vinculada al cumplimiento de determinadas condiciones. La suspensión, ordinariamente, no puede sobrepasar 6 meses; puede ser prorrogada hasta un año. 2) El Juzgado puede revocar la suspensión cuando el afectado no cumpla las condiciones impuestas o su estado lo exija. 3) Para el procedimiento sobre la suspensión y su revocación vale lo dispuesto en el artículo 70d en lo aplicable. (Especifica la audiencia de determinados parientes e instituciones. Debe oír sobre la situación a la esposa del afectado, cuando no estén separados de hecho, a los padres o hijos que convivan o hayan convivido con el afectado al inicio del proceso, al guardador legal —*Betreuer*—, a una persona de confianza designada por el afectado, al Director de la Institución donde el afectado resida y a la autoridad administrativa competente. El derecho regional puede contemplar que se otorgue audiencia a otras personas y autoridades.).

⁴³ Seguidamente, se hace una reseña de todas las disposiciones de los *Länder* alemanes. En todo este epígrafe, las referencias a las normas han sido realizadas por consulta directa. En el caso de la República Federal Alemana no me ha sido posible el examen directo de las 16 normas. He recurrido en algunos casos al trabajo de BOHNERT, Cornelia, *Unterbringungsrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2000, páginas 14 a 35.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

los pacientes mentales (*PsychKG*) pero todavía existen en vigor leyes que regulan exclusivamente el internamiento en cuatro regiones (*Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Saarland*)⁴⁴.

Junto a la posibilidad prevista en el artículo 70k FGG (que forma parte de las actuaciones posteriores al internamiento), algunas normas regionales prevén que la Oficina Pública de Sanidad (*Gesundheitsamt*) pueda obligar a determinadas personas a hacerse un reconocimiento médico (*Untersuchung*),



Por este motivo, junto a la disposición, se coloca en siete ocasiones el nombre de la autora para indicar la fuente de obtención de la información, dado que puede darse el caso de alguna modificación legislativa posterior.

- 1) Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten und zur Änderung anderer Gesetze des Landes Bremen (22-12-2000; Brem.GBl. Nr. 64/2000, S. 471).
- 2) Hamburgisches Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten (27-9-1995) (HmbGVBl. S. 23 5).
- 3) Niedersächsisches Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen für psychisch Kranke (16-6-1997) (Nds. GVBl. S. 272).
- 4) Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen bei psychischen Krankheiten des Landes Nordrhein-Westfalen (17-12-1999) (GV. NRW. S. 662).
- 5) Landesgesetz für psychisch kranke Personen des Landes Rheinland-Pfalz (17-11-1995, GVBl. S. 473, modificada por la ley de 6-02-2001, GVBl. S. 29).
- 6) Sächsisches Gesetz über Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten (16-6-1994 SächsGVBl. S. 1097; 4. Juli, modificado por Ley de 19 de marzo de 2004 (SächsGVBl. S. 118).
- 7) Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen für psychisch Kranke des Landes Mecklenburg-Vorpommern (13-4-2000, modificada el 21-3-2001, GVOBL. M-V S.182 y GVOBL. M-V. S. 5, respectivamente).
- 8) Thüringer Gesetz zur Hilfe und Unterbringung psychisch Kranker (2-2-1994, GVBl. S. 81).
- 9) Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker und deren Betreuung des Landes Bayern (5-4-1992, GVBl. 61, 851) (BOHNERT).
- 10) Gesetz über Hilfen für psychisch Kranke und Schutzmassnahmen des Landes Sachsen-Anhalt (30-1-1992, GVBl. S. 736) (BOHNERT).
- 11) Gesetz für psychisch Kranke des Landes Schleswig-Holstein (14-1-2000 GVBl. S. 106) (BOHNERT).
- 12) Gesetz über die Unterbringung psychisch Kranker des Landes Baden-Württemberg (2-12-1991, modificada el 3-7-1995, GBl. S. 794 y GBl. S. 510, respectivamente) (BOHNERT).
- 13) Gesetz für psychisch Kranke des Landes Berlin (8-3-1995, modificada el 17-3-1994, GVBl. S. 586 y GVBl. S. 86).
- 14) Gesetz über Hilfen und Schutzmassnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke des Landes Brandenburg (8-2-1996 GVBl. S. 106) (BOHNERT).
- 15) Gesetz über die Entziehung der Freiheit geisteskranker, geistesschwacher, rauschgift- oder alkoholsüchtiger Personen des Landes Hessen (19-5-1951, modificada el 5-2-1992, GVBl. II 352-1 y GVBl. I 66, respectivamente) (BOHNERT).
- 16) Gesetz Nr. 1301 über die Unterbringung psychisch Kranker des Saarlandes (11-11-1992, ABl. Saar S. 1271) (BOHNERT).

⁴⁴ BRILL, Karl-Ernst, *Psychisch Kranke im Recht. Ein Wegweiser*, Psychiatrie Verlag, Bonn, 1999, página 122.

3. DERECHO COMPARADO



como medida preventiva⁴⁵. Las condiciones es que existan importantes indicios de un trastorno psíquico cuya repercusión puede originar que las personas puedan ocasionarse ellos mismos daños importantes o peligrar la seguridad y el orden público⁴⁶. La *Gesundheitsamt* solicita inicialmente a la

⁴⁵ El artículo 70k es norma general dado que la FGG tiene aplicación en todo el Estado. Normas particulares sobre el artículo 70k FGG se encuentran en las siguientes leyes regionales: Bremen (artículo 40), Hamburgo (artículo 26), Niedersachsen (artículo 28), Nordrhein-Westfalen (artículo 29), Rheinland-Pfalz (artículo 31.5), Sajonia (artículo 34.3), Turingia (artículo 29.6), Bayern (24 II S. 3) y Mecklenburg-Vorpommern. Esta última es la que contiene un mayor desarrollo normativo que pasamos a exponer seguidamente: Artículo 33. Suspensión del internamiento. 1) La suspensión de la ejecución de una medida de internamiento conforme al artículo 70 k de la Ley sobre la Jurisdicción Voluntaria (FGG) tiene que ir unida a la obligación de seguir la atención del servicio psiquiátrico (*Sozialpsychiatrischen Dienst*) para el seguimiento posterior así como el tratamiento y prescripciones médicas. 2) El médico director de la Institución, con la conformidad de los servicios sociales psiquiátricos, tiene que manifestar si es necesaria una ayuda y un tratamiento médico continuados./ Artículo 34. Preparación de la salida. La Institución tiene que avisar al servicio social psiquiátrico, al Alcalde o al concejal y al representante legal de la próxima salida y la institución informará al servicio social en conformidad con el afectado de las medidas iniciadas, exhortando al servicio social para su asistencia ambulatoria y preocupación por las ayudas continuadas./ Artículo 35. Ayudas continuadas. 1) La ayuda continuada tiene el deber de facilitar a las personas que salen de un internamiento o de una atención psiquiátrica permanente, mediante una atención psicosocial individualizada y asesoramiento, la vida fuera de las instituciones y la reintegración en la sociedad y ello incluye también el trabajo conjunto con otros suministradores de ayudas sociales (*Trägern sozialer Hilfen*) y la Administración para facilitar al enfermo que consiga una vivienda y un puesto de trabajo. 2) Si la suspensión de la ejecución de un internamiento conforme al artículo 70 k FGG está relacionada con un tratamiento médico o un asesoramiento psicosocial también existe el deber de cumplir con la ayuda continuada e informar a los pacientes de las consecuencias que implicaría la suspensión del tratamiento médico necesario./ Artículo 36. Cooperación en la suspensión del internamiento. 1) Si la suspensión de la ejecución de un internamiento conforme al artículo 70 k FGG se ha realizado dependiendo del seguimiento de un tratamiento médico, el afectado o su representante legal tiene que informar de inmediato del nombre y de la dirección del médico que le trata a la Institución. 2) El Jefe médico de la Institución de inmediato mandará al médico del paciente y al servicio social un informe médico sobre las condiciones de la salida.

⁴⁶ Las normas tienen un contenido muy similar. Se inserta el artículo 7 de la Ley de Bremen como ejemplo las medidas de protección. Artículo 7. Medidas de protección (*Schutzmassnahmen*). (1) El Servicio Social Psiquiátrico (*Sozialpsychiatriste Dienst*) si existen indicios importantes de que una persona con trastorno mental presenta peligro para su salud, su vida o los bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), propios o de terceros, tiene que: 1) Solicitar al afectado que acuda a una consulta de un/a médico/a de su elección. 2) Si la persona afectada no cumple, se realiza una visita a domicilio, y 3) Si está indicado, un reconocimiento médico. En casos excepcionales justificados no es necesario seguir el orden anterior. / (2) Las personas indicadas por el servicio sanitario están autorizadas para la entrada en el domicilio de la persona afectada y para practicarle un reconocimiento médico si existen importantes indicios de que la actuación puede evitar peligro para su salud, la vida u otros importantes bienes jurídicos de la persona afectada por causa de su enfermedad psíquica. Lo mismo vale si existe un peligro actual para la vida, salud o bienes jurídicos de terceros. / (3) Si consta trastorno mental y se teme que peligre la salud de la persona afectada, su vida u otros bienes jurídicos importantes propios y de terceros por causa de su enfermedad psíquica se solicita a la persona que siga tratamiento ambulatorio o internamiento. El paciente será informado de los resultados del reconocimiento. / (4) Si la persona afectada no cumple con la solicitud descrita en el apartado 3 del artículo y existen suficientes hechos para que se considere un internamiento, se tiene que informar a la oficina de policía.



persona afectada que acuda a consulta médica de un facultativo de su elección que debe informar a la *Gesundheitsamt* del resultado. Si el requerido no acude, la *Gesundheitsamt* puede realizar una visita domiciliaria a la persona afectada o llevarla conducida por las Fuerzas de orden público a la consulta⁴⁷. Las disposiciones incluyen la potestad del servicio sanitario de entrada al domicilio si es necesario y, en algunos casos, la posibilidad de toma de muestras de sangre⁴⁸. Si hay causa para ello, se solicita al enfermo que siga tratamiento y, en caso de negativa, generalmente se acude al internamiento o se adoptan otro tipo de medidas no muy claramente definidas en las leyes.

- e) En la vecina Portugal, la Ley 36/98, de 24 de julio de Salud Mental (*Lei de Saúde Mental*) también ha incorporado, en su artículo 33, una forma de suspensión condicionada de internamiento (*Substituição do internamento*)⁴⁹.

Las restantes disposiciones que regulan medidas similares, son las que siguen: Hamburgo (artículo 7), Niedersachsen (artículo 13), Nordrhein-Westfalen (prácticamente igual que las anteriores con la diferencia de que el apartado 2 señala que si a la segunda llamada no acude puede obligarse a acudir mediante las Fuerzas de Orden Público), Rheinland-Pfalz (artículo 8), Mecklenburg-Vorpommern (artículo 8), Turingia (artículo 5, hace referencia, a diferencia de las restantes, a la coordinación con el tutor —*Betreuer*—), Bayern (artículo 7), Sachsen-Anhalt (artículos 7, 8 y 9, no recogen expresamente, a diferencia de las restantes, la posibilidad de entrada en domicilio).

El artículo 13 de la Ley de Sajonia establece algunas peculiaridades. En su número 4 establece que el paciente tiene que soportar el reconocimiento médico según los apartados 1 y 3 y el médico encargado del reconocimiento está autorizado, según la *lex artis*, a tomar muestras de sangre necesarias con el fin del reconocimiento y realizar otras pequeñas intervenciones para el diagnóstico si con ello no se teme algún daño para la salud del paciente. El número 5 del artículo especifica que, si después del reconocimiento se espera que el paciente pueda ser objeto de internamiento, si no sigue un tratamiento médico, la oficina de sanidad (*Gesundheitsamt*) le puede obligar a que en un tiempo determinado se ponga en tratamiento médico ambulatorio en un hospital o en otra institución adecuada y tiene que cumplir las órdenes e indicar el nombre y la dirección del mismo. Si el paciente no cumple y se dan las condiciones para un internamiento, hay que seguir el procedimiento de internamiento.

⁴⁷ BRILL, *op. cit.*, página 20.

⁴⁸ Bayern y Sajonia.

⁴⁹ Artigo 33.º Substituição do internamento.—1 - O internamento é substituído por tratamento compulsivo em regime ambulatorio sempre que seja possível manter esse tratamento em liberdade, sem prejuizo do disposto nos artigos 34.º e 35.º 2 - A substituição depende de expressa aceitação, por parte do internado, das condições fixadas pelo psiquiatra assistente para o tratamento em regime ambulatorio. 3 - A substituição é comunicada ao tribunal competente. 4 - Sempre que o portador da anomalia psiquica deixe de cumprir as condições estabelecidas, o psiquiatra assistente comunica o incumprimento ao tribunal competente, retomando-se o internamento. 5 - Sempre que necessário, o estabelecimento solicita ao tribunal competente a emissão de mandados de condução a cumprir pelas forças policiais.

4. LA RECOMENDACIÓN REC (2004) 10 DEL COMITÉ DE MINISTROS...



4. LA RECOMENDACIÓN REC (2004) 10 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA A LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON TRASTORNOS MENTALES

4.1. INTRODUCCIÓN

La Recomendación R (83) 2 de 22 de febrero, del Comité de Ministros a los Estados miembros concerniente a la protección legal de las personas que padecen de trastornos mentales internados como pacientes involuntarios, siguiendo la Recomendación 818 (1977) de la Asamblea parlamentaria, estableció una serie de reglas para su mejor protección. La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1235 (1994) de 12 de abril, invitó al Comité de Ministros a adoptar una nueva recomendación, de acuerdo con un conjunto de reglas que subdividía en cuatro apartados. El Comité de Ministros del Consejo de Europa dio una primera respuesta provisional el 6 de abril de 1995 en la que decidió crear un comité *ad hoc* para valorar la conveniencia de revisar la Recomendación R (83) 2. Posteriormente, el 15 de junio de 1999 informó de que, dentro del Comité directivo sobre Bioética (CDBI), el grupo de trabajo sobre Psiquiatría y Derechos Humanos (CDBI-PH) estaba elaborando un proyecto de libro blanco conteniendo las líneas directrices para realizar un proyecto final de Recomendación que sería sometido a consulta pública a finales del año 2000. El resultado fue el Libro blanco (*White paper*) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen de trastorno mental, especialmente aquellos ingresados como pacientes involuntarios en establecimientos psiquiátricos de 8 de marzo de 2000⁵⁰.

El *White Paper* incluía 15 apartados para discusión, tras ello se emitió un borrador de recomendación que fue examinado por el CDBI, incluyendo un

⁵⁰ "White Paper" on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment. CM(2000)23 Addendum.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

memorándum. Finalmente, el 22 de septiembre de 2004 se adoptó la Recomendación⁵¹. El memorándum⁵² no constituye una interpretación autorizada de la Recomendación aunque, sin embargo, si cubre la mayoría de las cuestiones analizadas en los trabajos preparatorios y suministra información para clarificar el objeto y propósito de la Recomendación y para hacer más comprensible el alcance de sus previsiones.



El propio memorándum señala que, desde 1983, se han producido considerables avances en los planteamientos de cuidado y tratamiento de estas personas, en particular en relación a la posibilidad de tratamiento fuera del escenario de un hospital.

No podemos analizar la totalidad del contenido de la Recomendación, sino sólo referirnos a aquellos aspectos que hacen referencia al tratamiento involuntario. Debe tenerse en cuenta que cuando se habla de tratamiento involuntario, se hace referencia al que tiene lugar dentro o fuera de un centro de internamiento. Tanto del *White Paper* como del memorándum se desprende ello expresamente. Los criterios y procedimientos que deben cumplirse para que una persona quede sujeta a una medida involuntaria son los mismos tanto en el caso de que la persona se encuentre internada como en la comunidad. Las medidas involuntarias son aquellas que se realizan contra la voluntad actual de la persona afectada. No deben equipararse automáticamente con las medidas forzadas (una cosa es expresar el rechazo y otra no cumplir los términos de la medida). La proporción de pacientes sujetos a tratamiento involuntario que resisten activamente el tratamiento es pequeña. El principio de la alternativa menos restrictiva implica que deben extremarse las acciones tendentes a minimizar la coerción.

Aunque el internamiento y el tratamiento involuntario se encuentran regulados en el mismo artículo debido a la similitud de ambos procesos, la intención es que estas medidas deben ser consideradas de forma separada. Añadir, por último, que

⁵¹ Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies).

⁵² CM(2004)97 Addendum 3, CM/Del/Dec(2004)893/10.2 y 895/1.1.

4. LA RECOMENDACIÓN REC (2004) 10 DEL COMITÉ DE MINISTROS...



la recomendación tiene un apartado para aquellas personas que carecen de capacidad de decisión y no objetan el internamiento. Da la sensación de que la Recomendación no ha tenido en cuenta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del denominado caso *Bournewood*⁵³.

4.2. CONTENIDO DE LA RECOMENDACIÓN

4.2.1. Conceptos preliminares sobre el tratamiento y los recursos disponibles

La Recomendación expresa que “tratamiento” significa una intervención (física o psicológica) sobre una persona con trastorno mental que, tomando en consideración la dimensión social de la persona, tenga un propósito terapéutico en relación a tal trastorno. El tratamiento puede incluir medidas para mejorar la dimensión social de la vida de la persona.

Principios generales sobre el tratamiento para el trastorno mental son:

- a) Las personas con trastorno mental deben recibir tratamiento y cuidados proporcionados por personal cualificado y fundados en un plan de tratamiento individualizado. Cuando sea posible, el plan de tratamiento se realizará conjuntamente con la persona afectada considerando su opinión. El plan tiene que ser regularmente revisado y, si es necesario, modificado.
- b) Sometido a las prescripciones del capítulo III y artículos 28 y 34, el tratamiento debe ser proporcionado solo a las personas con trastorno mental con su consentimiento si tienen capacidad para prestarlo o, cuando la persona no lo tenga, con la autorización del representante, autoridad, persona u organismo previsto por la ley.

⁵³ ECHR (Fourth Section) *Case of H.L. v. The United Kingdom* (Application n.º 45508/99). Strasbourg, 5 octubre 2004.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS



- c) Cuando, como consecuencia de una situación de urgencia, el consentimiento o la autorización no pueda ser prestada, cualquier tratamiento para trastorno mental que sea médicamente necesario para evitar serio daño a la salud del individuo afectado o para proteger la seguridad de terceros puede ser inmediatamente llevado a cabo.

Los Estados miembros deben, considerando los recursos disponibles, tomar medidas:

- a) Para proporcionar una variedad de servicios de calidad adecuada para cubrir las necesidades de salud mental de las personas con trastorno mental, tomando en consideración las diferentes necesidades de los distintos grupos y asegurando el acceso equitativo a tales servicios.
- b) Crear alternativas al internamiento y al tratamiento involuntario en la mayor medida posible.
- c) Asegurar una provisión suficiente de establecimientos hospitalarios con niveles apropiados de seguridad y de servicios comunitarios para cubrir las necesidades de salud mental de las personas con trastorno mental sometidas al sistema de justicia penal.
- d) Asegurar que las necesidades de atención a la salud física de las personas con trastorno mental son evaluadas y que se les provee de acceso equitativo a servicios de calidad apropiada para cubrir tales necesidades.

El Capítulo III de la recomendación recoge las previsiones para el internamiento y para el tratamiento involuntario.

4.2.2. Criterios y principios para el tratamiento involuntario

El artículo 18 establece los criterios para el tratamiento involuntario. Señala que una persona puede ser sometida a tratamiento involuntario sólo si reúne todas las condiciones siguientes:

4. LA RECOMENDACIÓN REC (2004) 10 DEL COMITÉ DE MINISTROS...



- a) La persona tiene un trastorno mental.
- b) La situación de la persona representa un considerable riesgo de daño para su salud o para otras personas.
- c) No hay disponibles medios menos intrusos para suministrar cuidados apropiados.
- d) La opinión de la persona afectada ha sido tomada en consideración.

El artículo 19 establece los principios. El tratamiento involuntario debe:

- a) Estar destinado a signos y síntomas clínicos específicos;
- b) Ser proporcionado al estado de salud de la persona;
- c) Formar parte de un plan de tratamiento escrito;
- d) Estar documentado.
- e) Cuando sea conveniente, encaminarse a conseguir que el desarrollo del tratamiento sea aceptado por la persona tan pronto como sea posible.

Además de lo anterior, el plan de tratamiento debe:

- a) Cuando sea posible, ser elaborado consultando a la persona afectada y su abogado o representante, si lo hay;
- b) Ser revisado en intervalos apropiados y, si es necesario, modificado, cuando sea posible consultando a la persona afectada y su abogado o representante, si lo hay.

Los Estados miembros deben asegurar que el tratamiento involuntario sólo tendrá lugar en un entorno apropiado.

4.2.3. Procedimiento

El artículo 20 recoge el procedimiento para la toma de decisiones tanto para el internamiento como para el tratamiento involuntario. La decisión de someter a una persona a tratamiento involuntario debe tomarse por un tribunal u organismo competente. El tribunal u organismo debe:

- a) Considerar la opinión del afectado.
- b) Actuar conforme a los procedimientos previstos por la ley fundados en el principio de que la persona afectada debe ser vista y escuchada.

Sin embargo, la ley puede prever que cuando una persona sea sometida a tratamiento involuntario la decisión de someter tal persona a tratamiento sea tomada por un médico que posea los requisitos de competencia y experiencia, tras examen de la persona afectada y tomando en consideración su opinión.

La decisión de someter a una persona a tratamiento involuntario debe documentarse e indicar el período máximo más allá del cual, conforme a la ley, debe revisarse. Esto sin perjuicio del derecho de la persona a revisiones y apelaciones conforme al artículo 25.

Antes de decidir sobre el tratamiento involuntario es necesario:

- a) El examen de un médico que tenga los requisitos de competencia y experiencia y conforme a estándares profesionales válidos y fiables.
- b) El médico o el tribunal u organismo deben consultar estrechamente con la persona afectada, a menos que la persona rechace, sea imposible de hacer o inapropiado por otras razones.
- c) El representante de la persona debe ser informado y consultado.



4. LA RECOMENDACIÓN REC (2004) 10 DEL COMITÉ DE MINISTROS...



El artículo 21 recoge los procedimientos en los casos de internamiento y/o tratamiento involuntario en caso de urgencia. El artículo 22 recoge los derechos de información del paciente y de su representante.

El artículo 24 remite a las causas de finalización de la medida. El tratamiento involuntario debe cesar si cualquiera de los criterios para su aplicación ya no concurre. El médico a cargo será responsable de evaluar que cualquiera de los criterios ya no se cumple a menos que el tribunal haya reservado tal evaluación del riesgo de serio daño a terceros para sí o para un organismo específico. Salvo que la finalización de la medida esté sometida a decisión judicial, el médico, la autoridad responsable y el organismo competente deberán poder actuar conforme a los anteriores criterios para terminar la medida.

El artículo 25 regula las revisiones y apelaciones que afectan a la legalidad de la medida. Los Estados deben asegurar que la persona sometida a tratamiento involuntario pueda ejercer eficazmente el derecho a:

- a) Apelar contra la decisión.
- b) La revisión a intervalos razonables de la legalidad o continuidad de la medida por el tribunal.
- c) Ser oído en persona o a través de su abogado o representante en tales revisiones o apelaciones.

Si la persona o el abogado o representante, si los hay, no solicitan tal revisión, la autoridad responsable debe informar al tribunal y asegurar que la legalidad y continuidad de la medida es revisada a intervalos regulares y razonables.

Los Estados miembros deben considerar el hecho de proporcionar un letrado para tales procedimientos. Cuando la persona no pueda actuar por sí, tiene el derecho a asistencia letrada y, conforme a la legislación nacional,

gratuita. El letrado debe tener acceso a todos los materiales y el derecho a presentar pruebas ante el tribunal. Si la persona tiene representante, este debe también tener derecho de acceso a los materiales y de presentar pruebas ante el tribunal.



La persona afectada debe tener acceso a todos los materiales ante el tribunal sometido a la protección de la confidencialidad y seguridad de terceros de acuerdo con la legislación nacional. Si la persona no tiene representante, debe tener acceso a la asistencia de un abogado en todos los procedimientos ante el tribunal.

El tribunal debe pronunciarse con prontitud. Si comprueba alguna violación de la legislación nacional deberá remitirla al organismo competente. Deben existir procedimientos para apelar la decisión del tribunal.

Los artículos 36 a 38 regulan el aseguramiento de la calidad, la evaluación y la estadística.

5. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

En el Derecho patrio, en el Decreto de 3 de julio de 1931⁵⁴, antecedente de nuestra actual legislación, existía también un precepto que autorizaba el control sanitario fuera del hospital⁵⁵. Nos referimos al artículo 30 que señalaba:

Quando 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

⁵⁴ Gaceta de Madrid de 7 de julio de 1931. Aranzadi, marginal 640.

⁵⁵ Antes de este también puede citarse (bajo la vigencia del R.D. de 19 de mayo de 1885 que reglamentaba la hospitalidad de los dementes) otra norma de menor entidad constituida por la Real Orden de 2 de agosto de 1902 que regulaba los requisitos para que pudieran ser concedidas las licencias temporales de salida.

5. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA



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.

En la actualidad, se constata la existencia en la geografía nacional de experiencias de tratamiento obligatorio en la comunidad basadas en la analogía con el procedimiento de incapacidad y la aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”.

La postura citada se funda en la hipótesis de que si el artículo 763 de la LEC permite autorizar un internamiento, es decir, la privación total de libertad del enfermo, debe entenderse que es posible autorizar una medida que restrinja en menor medida los derechos del enfermo. Es de señalar que el Tribunal Constitucional, recientemente⁵⁶, ha aclarado que el razonamiento “*ad maiore ad minus*” tiene que aportar suficiente previsión normativa en la exigencia constitucional de certeza del Derecho y que el hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos.

Aunque mi posición es minoritaria, a mi juicio tales previsiones no se cumplen en este caso por las razones siguientes:

- a) El artículo 30 del Decreto de 1931, único precepto que reguló una forma de tratamiento involuntario en la comunidad en España, fue derogado por la Ley de reforma del Código Civil en 1983.

⁵⁶ TC 2.ª, S 16-07-2001, núm. 169/2001, Fecha BOE 14-08-2001. Pte: González Campos, Julio Diego (EDE 2001/26471).



- b) El modelo de suspensión condicionada de internamiento que regulaba era aplicable en un momento en que la indicación de hospitalización psiquiátrica se fundaba en diagnósticos que adolecían de cierta laxitud y que determinaban una duración prolongada del internamiento, siendo perfectamente razonable la adopción de medidas en la comunidad sustitutivas de tal internamiento de larga duración.
- c) En el momento actual, la indicación del internamiento de enfermos mentales en fases agudas se realiza por el tiempo mínimo indispensable y en atención a criterios de necesidad, lo que implica que la duración media sea muy corta, normalmente 2 ó 3 semanas. Los presupuestos han variado sensiblemente. El problema de la denominada “puerta giratoria” es un problema nuevo que no ha sido tratado específicamente.
- d) La pretensión de admitir una forma de tratamiento involuntario en la comunidad aplicando instituciones que están pensadas para situaciones concretas y determinadas temporalmente contrasta con la práctica seguida en el Derecho comparado en el que, tras la desaparición de este tipo de medidas, se estima (incluso con instituciones de mayor calado como la denominada *guardianship* en Inglaterra y Gales) que no es posible la administración de tratamiento involuntario a menos que el paciente esté hospitalizado⁵⁷.
- e) La intervención, en aplicación del criterio de la alternativa menos restrictiva, es altamente discutible, puesto que existe un cuestionamiento general sobre el carácter de intrusión de estas prácticas en la medida en que se desarrollan en el contexto de vida habitual del paciente presentando muchos conflictos en materias relacionadas con la privacidad y, sobre todo, lo que no puede es realizarse mediante bases, tanto temporales como materiales, indefinidas.

⁵⁷ R v Hallstrom ex parte W (N.º 2)[1986] 2 All ER 306 (HC).

5. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA



El procedimiento de incapacidad no ha dejado de plantear dudas por varios motivos:

- a) La ausencia de regulación detallada en el código civil de los aspectos personales a diferencia de los aspectos patrimoniales.
- b) El referente histórico de actuaciones centradas en la peligrosidad del individuo⁵⁸ y no en la protección propiamente dicha.
- c) La escasa flexibilidad de los procedimientos judiciales.
- d) La existencia de estadios diferentes en la enfermedad.

Sin embargo, es evidente que la situación de incapacidad genera, en gran parte de los casos, formas de consentimiento sustitutivo. Este criterio, por otro lado, existe ya expresamente plasmado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que configura la incapacidad legal como uno de los supuestos de otorgamiento del consentimiento por representación, si bien, por aplicación del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado el 4 de abril de 1997 en Oviedo⁵⁹, prima la capacidad natural sobre la legal.

Importante es resaltar varios aspectos:

- a) Tanto en la legislación sanitaria como civil, han desaparecido los vestigios de la denominada “peligrosidad social” para basarse en criterios exclusivamente ceñidos en la protección.

⁵⁸ La redacción anterior al año 1983 del artículo 215 del Código Civil obligaba al Ministerio Fiscal a pedir en todo caso la incapacitación de los “dementes furiosos”. El artículo 281 del proyecto de Código Civil de 1851 hablaba al respecto “del loco que se halla en estado de furor”, señalándose en las “concordancias” de GARCIA GONYENA que en este caso el Ministerio Fiscal tenía la obligación de pedir la incapacidad porque peligraban el reposo público y la seguridad individual.

⁵⁹ BOE de 20 de octubre de 1999 (entrada en vigor el 1 de enero del año 2000).

- b) La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil permite hablar en la actualidad de una relativa flexibilidad en los procedimientos judiciales.
- c) Es un principio general, admitido en todas las legislaciones, que la enfermedad mental no es por sí motivo de incapacidad⁶⁰, pero ello no significa que no existan personas que no revistan los caracteres legales de la incapacidad y que no sea importante la labor de protección, siendo obligación del psiquiatra *servir a los mejores intereses del paciente* (Declaración de Hawaii, 1977).
- d) Que el artículo 49 de la Constitución exige a los poderes públicos realizar una política de tratamiento, rehabilitación e integración de aquellas personas afectadas por minusvalías, entre ellas las afectadas por minusvalías psíquicas.
- e) Que los criterios legales de incapacidad pueden ser referidos a personas cuya enfermedad presente estados diferentes en el tiempo, conforme a la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (TS 1.ª, S 10-2-1986⁶¹, doctrina posteriormente reiterada) y que el citado Tribunal ha abordado en alguna ocasión la posibilidad de aplicar controles del tratamiento fuera del ámbito hospitalario (TS 1.ª, S 26-07-1999⁶²).

En ocasiones, la determinación de la causa de incapacidad es sencilla. Sin embargo, la práctica demuestra que se observan dificultades en aquellos casos en que el afectado presenta, principalmente, problemas derivados de adherencia al tratamiento pautado, cuando estos provocan efectos que demuestran con claridad la imposibilidad del mismo para atender a sus necesidades.

⁶⁰ Como pone de relieve el profesor GRACIA, la obra de SZASZ y el movimiento antipsiquiátrico han sido principales defensores de esta posición (GRACIA GULLÉN, Diego y Lázaro, José. "Historia de la Psiquiatría" en AYUSO GUTIERREZ y SALVADOR CARULLA, *Manual de Psiquiatría*. Vol I, Mc Graw Hill, 1994) admitida ya en numerosas declaraciones oficiales como la *President's Commission* norteamericana que estableció este principio en su informe *Making Health Care Decisions* en 1982. Por otro lado, en diferentes declaraciones internacionales ya se ha plasmado expresamente, regulando las garantías que exige tal declaración (por ejemplo, en el principio n.º 1, apartado 6, de la *Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental* [proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119]).

⁶¹ TS 1.ª, S 12-02-1986, Pte: Fernández Rodríguez, Antonio (EDE 86/1121).

⁶² TS 1.ª, S 26-07-1999, núm. 683/1999, rec. 206/1995. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDE 1999/33311).



6. LA OPINIÓN DE LOS AFECTADOS



6. LA OPINIÓN DE LOS AFECTADOS

En Estados Unidos, la *National Alliance for the Mentally Ill*⁶³ estima que la disponibilidad de sistemas adecuados en la comunidad disminuirá la necesidad de tratamientos involuntarios y de órdenes judiciales que deben ser utilizadas como último recurso y sólo en el mejor interés del individuo afectado. El papel de los Juzgados debe limitarse a asegurar que los procedimientos de toma de decisiones cumplen con los derechos individuales y con los trámites procesales y no a tomar decisiones médicas. Los Estados deben adoptar amplios y flexibles criterios que permitan suministrar tratamiento involuntario cuando un individuo está gravemente impedido, sea susceptible de importante deterioro si no se le somete a tratamiento en breve plazo o ha perdido la capacidad de realizar una decisión adecuada sobre la necesidad de seguir un tratamiento, cuidado o supervisión. El patrón de la peligrosidad inminente no es adecuado. Las normas tienen que tomar en consideración el historial del enfermo al considerar la necesidad de tratamiento involuntario porque el pasado es a menudo una fuente que permite anticipar el curso futuro de la enfermedad. Deben ser garantizados los derechos a la revisión periódica de la medida y el adecuado asesoramiento legal. La responsabilidad para determinar la orden de tratamiento judicial debe ser conferida a los médicos que, en unión con el enfermo y la familia y otros interesados deben desarrollar los planes de tratamiento. El tratamiento externo obligatorio debe ser considerado como el menos restrictivo, más beneficioso y menos costoso tratamiento alternativo al internamiento. Deben realizarse esfuerzos para educar a los sistemas judiciales y profesionales en la ejecución de la ley acerca de las relaciones entre los trastornos mentales severos y la aplicación de órdenes de tratamiento. Planes de seguros públicos y privados deben cubrir el coste del tratamiento involuntario.

En España, la F.E.A.F.E.S. (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales), adopta una postura similar⁶⁴.

⁶³ *Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment*, aprobado por el NAMI Board of Directors el 7 de octubre de 1995.

⁶⁴ ...una situación que suele darse con frecuencia es que el paciente una vez dado de alta e incorporado a los dispositivos ambulatorios deje de tomar la medicación, casi siempre por falta de conciencia de enfermedad y

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

Desde F.E.A.F.E.S. se impulsó la creación de un Comité Técnico Jurídico en el que no sólo participaron juristas sino profesionales del ámbito sanitario, social y responsables de la Administración. Se creó como medio para intercambio de experiencias y foro de debate para el estudio y análisis de los problemas que plantea la normativa en todos sus ámbitos.

Uno de los trabajos de este Comité fue, precisamente, el problema del tratamiento involuntario. Los trabajos concluyeron en una propuesta de mo-

por el hecho de sentirse ya bien una vez que se está fuera del Centro Psiquiátrico, lo que muchas veces lleva al agravamiento de la enfermedad y "vuelta al internamiento". Es por ello que muchos colectivos están movilizándose a todos los niveles para conseguir desarrollar un texto legal que llegue al "Tratamiento Obligatorio". Una de las Asociaciones que con más empeño están luchando por dar una salida razonable a esta cuestión es Amanecer de Segovia, que en reiteradas ocasiones han planteado sus reivindicaciones a distintas figuras públicas como el Procurador del Común de Castilla y León, el coordinador de Salud Mental de la Junta y a nosotros mismos como asesores de FEAFES. Es por ello que mientras analizamos cuidadosamente esta "batalla legal" queremos dar eco en estas páginas a la petición de esta Asociación... II) Tratamiento en régimen ambulatorio. Una vez que el enfermo es dado de alta del Centro en la mayoría de las Comunidades Autónomas y en el territorio INSALUD, pasa con un Informe Clínico a los Centros Ambulatorios donde los psiquiatras del mismo deben seguirlos regularmente cada cierto tiempo (semanal, quincenal o mensualmente) quedando en manos de la familia la responsabilidad de "convencer" al enfermo de que a pesar de encontrarse mejor debe seguir tomando la medicación prescrita ya que sino puede empeorar bruscamente y ser preciso un nuevo y "casi siempre doloroso" internamiento. Así mismo no en pocas ocasiones nos encontramos además con la incomprensión de los propios profesionales que de manera incluso "cínica" nos devuelven nuestras preguntas con argumentos legalistas del tipo: "Oiga a nadie se le puede imponer una medicación en contra de su voluntad", a lo que hay que añadir la práctica total ausencia de conciencia de enfermedad de nuestro familiar. Y es que a este respecto la propia Ley General de Sanidad cuando reconoce el derecho a negarse al tratamiento, no entra en el análisis de los casos psiquiátricos, únicamente en la cirugía... "cuando no esté capacitado para tomar decisiones en cuyo caso, el derecho corresponde a sus familiares o personas más allegadas..", lo que deja el tratamiento psiquiátrico "obligatorio" únicamente en manos de la Autoridad Judicial en el caso en que esta se manifieste (cosa que ocurre en rarísimas ocasiones). Así pues los unos por los otros y con un vacío legal impresionante, las familias se quedan sin argumentos para aconsejar a sus enfermos que sigan tomando la medicación prescrita aunque no estén internados y que así debe ser mientras así lo aconsejen los facultativos de seguimiento ambulatorio. Exigencias de la Asociación Amanecer de Segovia. La Asociación Amanecer, luchadora infatigable contra este vacío legal, llega a demostrar la existencia de una laguna legislativa en la Ley General de Sanidad que dificulta el establecimiento de la normativa de aplicación obligatoria para su inclusión en el programa general del seguimiento y control, decretado en este caso por la Consejería de Cultura y de Bienestar Social de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (en su caso podría ser la correspondiente a cada Comunidad Autónoma), lo que impide que el psiquiatra de los centros ambulatorios pueda ejercer su autoridad profesional a la hora de prescribir el necesario tratamiento del enfermo. Posibilidades futuras. Qué duda cabe que la continuidad en un tratamiento psiquiátrico redundaría en el beneficio del enfermo y de todo el cuerpo social? Y no solo por la estabilización de la enfermedad en sí misma, sino por la disminución en la frecuencia de ingresos por crisis de la enfermedad, lo que no solo ahorraría disgustos, tensiones y desajustes emocionales, sino dinero a las arcas el Estado y de la Comunidad Autónoma. ("El tratamiento psiquiátrico obligatorio". Encuentro, Boletín de la FEAFES, n.º 1 1998).



6. LA OPINIÓN DE LOS AFECTADOS



dificación legislativa del actual artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como expresa la propia F.E.A.F.E.S. la redacción propuesta tiene una redacción breve pero estudiada y debatida, en definitiva se trata de⁶⁵:

1. Proporcionar a los especialistas médicos, un instrumento más de protección y de atención socio-sanitaria o terapéutica a personas que padecen algún tipo de trastorno mental o de dependencia, que no lo asumen de forma voluntaria.
2. No es una medida generalista, sólo será de aplicación en los casos individuales que prescriban los médicos especialistas.
3. Dicho instrumento precisa la intervención judicial para garantizar el mayor beneficio, la protección y el respeto de los derechos fundamentales del afectado (por eso su aplicación en el artículo 763 LEC y los requisitos de informe, audiencia, plan de tratamiento, etc.).
4. No constituye en sí mismo una medida suficiente si no va acompañada de un buen nivel de servicios socio-sanitarios y terapéuticos. Puede ser mucho más que un mero tratamiento farmacológico, según criterio médico, puede constituir un plan de tratamiento integrador.

Con anterioridad, ya existían, desde el ámbito profesional, movimientos tendentes a obtener una regulación de estas características. El ejemplo es el Taller sobre el tratamiento ambulatorio en los supuestos de enfermedad mental grave que se celebró en junio de 2003 en Bilbao al que acudieron jueces, fiscales, representantes del Ararteko y de las asociaciones de familiares y enfermos. En dicho taller se concluyó que el marco jurídico actual, si bien no contempla específicamente este tipo de medidas, contiene disposiciones que facilitan su aplicación pero, en todo caso, estimaban necesaria

⁶⁵ F.E.A.F.E.S. Documento: *Memoria breve: tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid, febrero de 2004.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

una reforma legislativa que incluyera estos supuestos. Desde esta perspectiva, acordaron las siguientes resoluciones⁶⁶:

1. Impulsar desde el ámbito judicial y fiscal, asociaciones de familiares de personas con enfermedad mental y movimientos asociativos de toda índole que trabajan en el ámbito de la enfermedad mental, una reforma legislativa en la LEC que explícitamente reconozca la posibilidad de instaurar un tratamiento psiquiátrico judicializado.
2. Impulsar, desde el ámbito sanitario psiquiátrico, el consenso en el establecimiento de criterios para la inclusión de casos en este supuesto.
3. Impulsar el debate sobre esta medida en los diferentes foros implicados (jueces, fiscales, hospitales, centros de salud mental...), teniendo como base el protocolo presentado en la jornada.
4. Participar en cuantas iniciativas se generen en nuestro entorno cercano, destinadas a la consecución de la medida.
5. Estudiar la posible apertura de un foro permanente de discusión y aportación de ideas en Internet.

La propuesta de FEFES ha tenido eco y será objeto de análisis en otro apartado del presente trabajo. Es importante reseñar que la propuesta se rea-

⁶⁶ ELÓSEGUI SOTOS, Aurora. *Informe-Ponencia para el Taller de Bilbao-Junio/2003 y para el Curso sobre Derecho de familia y Tutela Octubre/2003 del Consejo General del Poder Judicial*. Publicado en Punto de encuentro, Revista de la FEFES, n.º 6 de 2003, páginas 46 a 55. La magistrada dejó bien claro, en la página 55, que "los tratamientos judicializados ambulatorios no se conciben con vocación de expansión, sino como medida menos restrictiva y más adecuada a casos concretos de enfermos diagnosticados de psicosis graves, con historias repetidas de ingresos hospitalarios, falta de conciencia de enfermedad, precedentes de abandono de tratamiento con escasa atención familiar, afectados de psicosis con posibilidades de rehabilitación y en los que los efectos beneficiosos de la medicación han sido constatados".



7. LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO OBLIGATORIO: PRINCIPIOS BÁSICOS



lizó con anterioridad a la Recomendación Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales anteriormente reseñada en este trabajo.

7. LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO OBLIGATORIO: PRINCIPIOS BÁSICOS

7.1. PRINCIPIO RECTOR: EL INTERÉS DE LA PERSONA

Aunque el Convenio europeo establece una excepción en la materia de enfermedad mental a los criterios generales en materia de consentimiento informado en el artículo 7, también recoge, en su artículo 27, el principio de que cada Estado puede establecer una protección más amplia. Nuestra regulación establece el principio de total equiparación del enfermo mental (artículo 20 de la Ley General de Sanidad). Lo anterior es predicable de todos los individuos, tengan o no declaración judicial de incapacidad.

En materia de protección de incapaces, el criterio del interés del afectado en la aplicación de las medidas deriva directamente de la ley (artículos 216 C.C. y disposición adicional tercera de la L.O. 1/96).

Una decisión que respete el interés del incapaz debe revestir las siguientes características:

- 1) Ser objetivamente beneficiosa para el interés del afectado (valoración de la bondad objetiva del acto).
 - a) *La medida debe ser respetuosa con los derechos humanos.* El principio fundamental es el respeto por la dignidad de cada persona como ser humano. En el presente caso, los derechos afec-



tados son de singular relevancia: El derecho a la integridad física del artículo 15 C.E., el derecho a la salud (artículo 43 C.E.) y el derecho al tratamiento y protección de los disminuidos psíquicos del artículo 49, siendo necesaria la comprobación de si la restricción del derecho fundamental reúne los requisitos que configuran su protección constitucional. Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable y, en todo caso, respetar su contenido esencial, si tal derecho aún puede ejercerse.

- b) *La medida debe ser flexible y proporcionada.* Las medidas de protección de los intereses personales del adulto incapaz serán suficientes, en amplitud o flexibilidad, para permitir una respuesta legal adecuada a los diferentes grados de incapacidad y a las situaciones que puedan presentarse.
 - c) *El tratamiento debe, en todo caso, ser administrado para el beneficio directo del paciente, tendente a una mejora objetiva de su calidad de vida.* Debe ser aplicado respondiendo a una sintomatología clínica reconocida, tener propósito terapéutico y ser susceptible de conllevar un beneficio clínico real y no sólo un efecto sobre la situación administrativa, penal, familiar u otra situación en que pueda verse inmerso el paciente.
- 2) Ser subjetivamente beneficiosa para el paciente (valoración de la bondad subjetiva del acto). Naturalmente, tratándose de una medida que es impuesta por un tercero, lo que implica es la consideración de todos los elementos que suponen el respeto a la personalidad del afectado (artículo 10 C.E.). Estos son:
- a) *La evaluación constante de la capacidad de decisión del sujeto.* Es preciso reconocer que existen diferentes grados de capacidad y que esta varía en función del tiempo y que la restricción sólo debe realizarse cuando sea necesaria.

7. LAS MEDIDAS DE TRATAMIENTO OBLIGATORIO: PRINCIPIOS BÁSICOS



- b) *La consideración de su sistema de valores, es decir, el respeto de sus deseos y opiniones que deberán ser averiguados en la medida de lo posible y deberán ser considerados, otorgándoles el debido respeto.*

- c) *La evaluación de la estimación que hace el individuo de su calidad subjetiva de vida en función del carácter ordinario o extraordinario del tratamiento en cuestión.* Lo anterior significa que cada tratamiento o intervención concreta puede dar lugar a una respuesta diferente en lo que se refiere a la aceptación del enfermo y a las consecuencias en su forma de vida.

7.2. PRINCIPIOS DERIVADOS

Los más importantes son:

- a) *Principio de eficacia o idoneidad:* El tratamiento y la rehabilitación no pueden establecerse en un marco teórico, deben responder a las disponibilidades reales de servicios ubicados en el entorno físico del sujeto y a su aplicabilidad concreta.

- b) *Principio de atención inmediata:* Recogido, con carácter general en el artículo 14 de la Ley de Protección Jurídica del menor (Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier *menor*, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los representantes legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal), es sin duda aplicable también en esta materia⁶⁷.

⁶⁷ Así, en la Ley Valenciana 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia, se establece este principio en el artículo 9, bajo el nombre de *principio de atención continua* (La Generalidad Valenciana garantizará la existencia de un sistema permanente de atención inmediato al *niño*, que permita atender situaciones de urgencia), recogiendo su



- c) *Principio de revisabilidad*: En materia de incapacidad, rige el criterio general de revisabilidad (artículo 761 LEC) que inspira nuestra legislación por aplicación del artículo 2 de la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos* (El Estado español inspirará la legislación para la integración Social de los disminuidos en la declaración de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas el veinte de diciembre de mil novecientos setenta y uno, y en la declaración de derechos de los minusválidos, aprobada por la Resolución 3447 de dicha Organización, de 9 de diciembre de 1975, y amoldará a ellas su actuación)⁶⁸. No obstante, la aplicación de criterios de revisabilidad de este tipo de medidas es específico. Uno de los principios aceptados por la Organización Mundial de la Salud es el del establecimiento de un mecanismo automático de revisión periódica de la medida en los casos de decisiones que impongan un tratamiento en materia de salud mental de larga duración. La revisión tiene que tener lugar de forma automática, a intervalos razonables (por ejemplo, cada seis meses) y deben ser dirigidas por un organismo adecuado (por ejemplo, judicial)⁶⁹.
- d) *Principio de la alternativa menos restrictiva*: Recogido entre los principios de la OMS (principio 4), también aparece recogido en el artículo 9 de la Declaración de derechos de los minusválidos de Naciones Unidas y se deduce de los artículos 6 y 18 a 21 de la Ley de Integración Social de los minusválidos. La OMS establece los siguientes factores de consideración en la implantación del principio: naturaleza del trastorno

Disposición Transitoria Tercera el importante añadido de que *los beneficios establecidos a favor de los niños y las niñas en la presente Ley podrán ser de aplicación a las personas afectadas por una disminución psíquica, con independencia de su edad y en atención a sus necesidades específicas.*

⁶⁸ El artículo 4 de la declaración de los derechos de los minusválidos remite al artículo 7 de la declaración de derechos del deficiente mental que establece: *Si algunos deficientes no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al deficiente contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores.*

⁶⁹ WHO. *Mental Health Care: Ten Basic Principles*. Ginebra, 1996, Principio n.º 8.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



mental, los tratamientos disponibles, el nivel personal de autonomía, la cooperación y aceptación del afectado y el riesgo potencial para el afectado y para terceros. Los cuidados de salud mental comunitarios deben estar orientados a admitir a pacientes con distintos grados de autonomía, según la OMS. En lo que nos concierne, aunque el contacto con los diferentes servicios se desarrolle de forma inicialmente coactiva, debe potenciarse al máximo la motivación y voluntariedad del afectado, utilizando los mecanismos coercitivos sólo cuando resulte necesario. La Rec(2004)10 lo incluye expresamente en su artículo 8⁷⁰.

- e) *Principio de individualización*: El tratamiento y la rehabilitación psicosocial suponen un proceso adaptado al sujeto, familia y medio.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS

8.1. TEXTO DE LA PROPOSICIÓN DE LEY DE CIU (N.º EXPDTE.122/000085)

La proposición introduce un apartado nuevo en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que tendría el siguiente tenor:

Artículo 763 n.º 5 LEC: “Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal.

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que de-

⁷⁰ Artículo 8.–Principio de la alternativa menos restrictiva.–Las personas con trastornos mentales tienen derecho a ser asistidas en el entorno menos restrictivo disponible y con el tratamiento menos restrictivo o intruso disponible, tomando en consideración sus necesidades de salud y la necesidad de proteger la seguridad de terceros. (la traducción es mía).

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

berá 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”.

Merece la pena recoger en estas páginas la defensa que realizó el Diputado del Grupo Parlamentario Catalán Sr. Jané i Guasch⁷¹:

Señorías, el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió presenta hoy ante el Pleno del Congreso de los Diputados una importante proposición de ley; importante por su trascendencia práctica e importante porque afecta a miles de personas que actualmente padecen enfermedades mentales y no reciben el tratamiento necesario. Podría parecer, leyendo el enunciado de esta proposición de ley, que estamos ante una propuesta técnica, fría, alejada del día a día de nuestra sociedad, y no es así. Me corresponde a mí, en este caso, en nombre de mi grupo defender el contenido de esta propuesta, propuesta eminentemente social. Adelanto a la Cámara que es una proposición de ley que nos ha remitido la Confederación Española de Agrupaciones Familiares y Enfermos Mentales (FEAFES), que forma parte del CERMI. Quiero mostrar mi agradecimiento aquí a todas las asociaciones que trabajan en el ámbito de las personas que tienen algún tipo de discapacidad y hoy, concretamente, a todo el movimiento asociativo de familiares de enfermos mentales que saben directamente el problema jurídico que en estos momentos se plantea cuando quiere decidirse una medida terapéutica alternativa a lo que pueda ser un internamiento o una incapacidad. Por tanto, es un tema importante que tiene también una elevada repercusión en lo que puede ser el día a día de miles de familias que padecen la situación de tener entre ellos a un enfermo mental.

¿Cuál es la situación? La situación es la siguiente. Hay enfermos mentales que no desean voluntariamente recibir el tratamiento médico que precisan, enfermos mentales que no reciben el tratamiento necesario para ayudarles a tener una calidad de vida mejor; repito, esta es la situación que se da porque en muchas ocasiones el enfermo mental no reconoce su enfermedad como propia. En otras, lo que existe es una fuerte estigmatización social de las enfermedades mentales. Por este motivo, sucede que, al final, los enfermos crónicos gravemente afectados ni reciben la medicación oportuna ni llevan el tratamiento médico que precisan. Es-

⁷¹ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 37 de 05/10/2004 (páginas 1593 a 1602). Pleno. Páginas: 1593 y 1594.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



tamos ante una situación de abandono que afecta directamente a su calidad de vida. Evidentemente existen situaciones límite que se dan especialmente cuando perdura la situación de dejadez, de abandono de cualquier tratamiento, de abandono de cualquier medicación. Cuando se llega a esa situación extrema, se interna a ese enfermo mental como una medida absolutamente urgente para paliar el fuerte déficit vital que él mismo está manifestando. ¿Qué pasa con ese internamiento que no ha ido previamente acompañado del tratamiento médico necesario? Estos ingresos se conocen normalmente como de puerta giratoria: el enfermo mental ingresa de urgencias en un hospital, permanece unos pocos días, sale, deja de medicarse y, a los dos o tres meses, vuelve a ingresar. Al final, al enfermo mental cuya única alternativa final es el ingreso periódico, señorías, se le impide tener una vida digna, se le impide tener incluso un trabajo o una realización social si tuviera día a día una asistencia correcta desde el punto de vista sociosanitario, pero no la tienen porque ellos se niegan voluntariamente a tenerla. Por lo tanto, existe esa falta de voluntad y esa falta de alternativas.

¿Qué hacemos? Señor presidente, señorías, el CERMI, la Confederación de Familiares de Enfermos Mentales (FEAFES), nos plantea crudamente la alternativa: bien el internamiento, bien la incapacitación de ese enfermo mental. Mi grupo plantea hoy una tercera vía, una posible solución que hoy no puede realizarse porque existe una laguna jurídica, porque la Ley de Enjuiciamiento Civil no trata de forma expresa la posibilidad de que un tribunal autorice un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico. Este aspecto no está contemplado. O realizamos el internamiento o realizamos la incapacitación, pero quizá pudiéramos acordarlo con las debidas garantías y con el necesario respeto a los derechos fundamentales, facilitando jurídicamente una solución para esos casos que no tienen por qué redundar directamente en un internamiento. Todos sabemos que un internamiento tiene esos riesgos, ese efecto de puerta giratoria, ese efecto de entrar y salir y de condenar a una persona a no llevar una vida con el mínimo de calidad que todo el mundo desea. Por lo tanto, estamos ante enfermedades crónicas, en muchas ocasiones incurables o de muy difícil curación, pero enfermedades que, desde un punto de vista médico, se ha demostrado que pueden tener tratamientos paliativos. De ahí que mi grupo parlamentario plantee hoy la necesidad de introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil, concretamente dentro del artículo 763, un nuevo apartado 5 que contemple esta solución viable que puede mejorar en muchas ocasiones el tratamiento médico de estas personas enfermas mentales. Esta es la propuesta que hace hoy el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Se trata de una propuesta que no es nueva; de hecho, se contempla en el convenio para la protección de los de-



rechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. Es un convenio realizado en Oviedo en el año 1997 y ratificado por España en el año 1999. En el artículo 7 de ese convenio, en la protección de las personas que sufren trastornos mentales, se contempla expresamente la intervención y no necesariamente el internamiento. De todas formas, este convenio no se aplica en el día a día de nuestra práctica judicial. Hay fiscales que han intentado aplicar este convenio e, incluso, buscar medidas para encontrar la solución dentro de nuestro actual marco jurídico, buscando paralelismos y la aplicación del artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé medidas cautelares, que pueden ser patrimoniales o personales, de protección de los derechos e intereses de los presuntos incapaces. Estas medidas siempre se aplican como paso previo a un procedimiento de incapacitación judicial. También es cierto que el propio Código Civil, en su artículo 158, prevé medidas de protección de los menores, que en ocasiones se pueden asimilar a las personas que se han declarado incapaces. Mi grupo se resiste a que una de las soluciones deba ser siempre la declaración de incapacidad, porque aun cuando ésta se realiza, en muchas ocasiones es difícil realizar ese tratamiento alternativo si no existe la voluntad del enfermo. Por tanto, nosotros hoy hacemos esta propuesta, una propuesta estudiada por un comité técnico. Una vez más, quiero hacer llegar el agradecimiento del Parlamento a todas las asociaciones y a todos los profesionales que se implican en el día a día para realizar propuestas que vengán a mejorar aspectos como el que hoy tratamos, aspectos que quizá mañana no van a tener un reflejo en los medios de comunicación, pero que, cuando se acuerden por esta Cámara, mejorarán ese día a día y esa calidad de vida de nuestros enfermos mentales. Quiero hacer llegar nuestro agradecimiento al grupo de expertos que se constituyó dentro del ámbito jurídico, formado por abogados, fiscales, jueces; quiero también hacer llegar nuestro agradecimiento a las distintas administraciones públicas presentes en ese grupo de trabajo, así como la intervención de los propios profesionales sanitarios. ¿Por qué? Porque han puesto encima de la mesa que existe una laguna, que existe un aspecto no previsto y que es un aspecto que, finalmente, debe tener una solución, y de ahí que mi grupo pida hoy el voto favorable para esta proposición de ley.

No nos engañemos, señor presidente, señorías. A pesar de que hoy se tome en consideración y finalmente se apruebe esta proposición de ley (y mi grupo ya anuncia que deberíamos estar abiertos a enmiendas puntuales que puedan mejorar su texto, como, por ejemplo, todos los aspectos de audiencia a la familia del afectado en el proceso expreso que se lleve a cabo), a pesar de que acordemos esta medida, con esta medida sola no basta. Debemos propor-

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



cionar a los especialistas médicos este instrumento, que será un instrumento más de protección y de atención sociosanitaria o terapéutica para esas personas que presentan algún tipo de trastorno mental o de dependencia y que no lo quieren asumir de forma voluntaria; que será una medida no generalista, puesto que deberá ser de aplicación en casos individuales que prescriban los propios médicos especialistas, pero evidentemente deberemos acompañar esta medida del necesario control judicial, de la necesaria intervención del ministerio fiscal, de la necesaria audiencia del directamente afectado y, si se adopta esta medida, también deberemos tener previstos en nuestro sistema sanitario los servicios necesarios para realizar esos tratamientos. Por tanto, aquí también hago una apelación al Gobierno si llega a tomarse en consideración, como espera mi grupo parlamentario, esta proposición de ley, la apelación a que dotemos de los medios sociosanitarios necesarios para llevarla a cabo, para garantizar una buena aplicación de la misma.

Por último, no podría ser de otra manera, si esta proposición de ley se toma en consideración hoy, si es enriquecida con las aportaciones de los diversos grupos parlamentarios en forma de enmiendas, si finalmente se publica en el Boletín Oficial del Estado como una ley importante porque abre esa nueva vía no prevista hoy de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, mi grupo pide que su aplicación sea siempre respetuosa, al máximo, con los derechos fundamentales de toda persona y con la persona que sufre una enfermedad mental y, por tanto, que desde el Parlamento hagamos una llamamiento a esa aplicación serena y responsable de la normativa, pero, lamentablemente, una normativa que es necesaria; nos lo piden hoy las familias que padecen esta situación, que están al lado de un enfermo mental y que quieren una alternativa que no sea directamente el internamiento o la declaración de incapacidad.

Es de reseñar que todos los grupos votaron favorablemente a la toma en consideración de esta iniciativa del Grupo Catalán (Convergencia i Unió).

8.2. EXPLICACIÓN DEL CONTENIDO

La proposición de ley recoge dos posibilidades:

- Autorización de un tratamiento no voluntario por trastorno psíquico.
- Autorización para un período de observación para diagnóstico.



El primer problema era qué se entendía por “tratamiento”. Se barajó la posibilidad de realizar una definición pero se consideró innecesario puesto que debía estimarse en sentido amplio y de conformidad con el artículo 20 de la Ley General de Sanidad. Aunque la redacción de la propuesta se hizo con anterioridad a la Rec(2004)10 tantas veces citada, parece que esta opción no fue desacertada, facilitando la sencillez y claridad de la redacción, no introduciendo elementos ajenos al sistema de garantías.

Cuando se habló de tratamiento no voluntario, se hacía referencia exclusiva al ámbito no hospitalario. En nuestro derecho, a diferencia del Reino Unido o de EE.UU., no existe una norma que establezca diferenciaciones entre internamiento involuntario y tratamiento involuntario en el seno de tal internamiento. El problema se plantea fundamentalmente en el ámbito farmacológico donde, en el caso de Inglaterra y Gales, rige la denominada “regla de los tres meses” que implica una serie de garantías para poder seguir medicando a una persona sin su consentimiento⁷². La Rec(2004)10 sí que hace esta diferenciación pero hay que tener en cuenta que los sistemas legislativos, aunque tienen muchos puntos de contacto, no son enteramente coincidentes.

La necesidad de crear un sistema de observación para diagnóstico fuera del hospital era evidente. La Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1991 por la que se establecen los principios para la protección de las personas que padecen enfermedades mentales y para la mejora de la atención en salud mental (A/RES/46/119) recoge en su principio 5 que “ninguna persona será compelida a soportar un examen médico con miras a determinar si padece o no una enfermedad mental, salvo de acuerdo con el procedimiento autorizado por la legislación nacional”. La ausencia de mecanismo específico daba lugar a la práctica de peticiones de internamiento destinadas a averiguar la situación de tales pacientes en las que la única observación que se hacía era la de un médico forense, en breve tiempo, con mínimos medios y escasa información.

⁷² FERREIROS Capacidad para decidir.... apartado 5.2.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



En cuanto al proceso, parecía razonable otorgar las mismas garantías generales del artículo 763 LEC (reconocimiento judicial, médico imparcial, posibilidad efectiva de entablar oposición), sin embargo las legislaciones citadas introducen un requisito más: la especificación del plan de tratamiento. Se introdujo, pues, un segundo párrafo que recogiera las especificaciones mínimas que dieran contenido a esta medida.

Necesario es observar que hay un requisito que difiere sustancialmente del internamiento. Para iniciar el proceso es necesaria una “propuesta razonada del especialista”. Uno de los requisitos de las órdenes es que el programa sea factible. Es independiente que el recurso sea público o privado, pero, con independencia de la persona que formule la solicitud, debe ir acompañada de un programa realizado por el profesional o profesionales competentes que estén en condiciones de desarrollarlo.

En cuanto al plazo, es evidente que la medida debe ser revisable (se establece un plazo más breve para la revisión de la medida, tres meses, que es también ordinario en muchas de las regulaciones revisadas), sin embargo existen diferencias fundamentales respecto a los criterios de revisabilidad aplicables al internamiento tal como se configura en el artículo 763 de la LEC. Los estudios sobre la incidencia de las órdenes en EE.UU. revelan que la eficacia de las mismas sólo se alcanza transcurridos más de 6 meses, período de duración inicial con múltiples prórrogas que es acogido por muchos Estados (por ejemplo, Hawai o Nueva York). No obstante, en nuestro sistema que recoge la incapacidad legal no sólo por razón patrimonial sino también por razón personal, debe establecerse un límite de duración de estas órdenes que no pueden ser indefinidas en el tiempo. Más allá de este límite temporal, la posibilidad de aplicar medidas similares vendría directamente motivada por el estado de incapacidad del sujeto, de conformidad con el artículo 200 del Código Civil. Se estimó que un límite orientador válido podría ser un máximo de 18 meses⁷³.

⁷³ La estadística de aplicación de la Ley Kendra en Nueva York (desde noviembre de 1999 a diciembre de 2002) nos permite una aproximación a los períodos de tiempo ordinarios. Así, el 50% de los afectados estuvo sujeto a la me-

8.3. POLÉMICA: DIFERENTES OBJECIONES



El proyecto de F.E.A.F.E.S. no era excluyente. Todo lo contrario, pretendía la mayor participación puesto que hablamos de un problema complejo que precisa de consenso. Siempre se partió de la idea de que iba a generar polémica, la cual se ha producido en la totalidad de los países que han procedido a la regulación. Afortunadamente, hemos encontrado eco, unas veces a favor y otras en contra. Lo cierto es que, cualquiera que sea la posición que se adopte, el hecho de que la cuestión de la situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias vuelva al Parlamento de nuestra nación siempre es un hecho positivo y deja bien claro que este problema está pendiente de respuesta adecuada y que ha generado un coste social importante.

Por todo lo anterior, desde el máximo respeto a las diversas opiniones que se han sucedido, creo que debo de dar una respuesta personal a las diversas objeciones. Mi intención, como la de todos las personas que integramos el Comité Jurídico, fue la de realizar aportaciones y presentar estudios y experiencias que permitan una visión más amplia de la cuestión. Quiero agradecer expresamente a la Asociación Española de Neuropsiquiatría y a nuestro compañero D. Fernando Santos Urbaneja el haberme facilitado la documentación de las contrapropuestas. Seguidamente voy a proceder a estructurar aquellos problemas que he estimado que constituyen los ejes de debate.

8.3.1. Tratamiento ambulatorio y derechos humanos

Varias de las contrapropuestas hacen referencia a que el tratamiento involuntario tiene serias implicaciones en los Derechos Humanos de las per-

didada durante 6 meses, el 14 % entre 6 y 12 meses, el 22% entre 12 y 18 meses, el 10% entre 18 y 24 meses y el 4% restante estuvo sujeto a la medida más de 24 meses. (NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH. *Kendra's Law. An interim report on the status of Assisted Outpatient Treatment.* January 1, 2003, página 6).

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



sonas con Trastorno Mental y se insiste en la preocupación por los derechos humanos y la ética asistencial.

Naturalmente, a la propia F.E.A.F.E.S. y a todos los componentes que integramos el Comité, también nos preocupa este problema. El respeto a los derechos humanos constituye el marco mínimo de cualquier género de convivencia en las sociedades democráticas. Por tanto es preciso ver si afectan al tratamiento involuntario ambulatorio en sí o a prácticas concretas que no respetan los principios básicos de aplicación. Si la conclusión fuera que la medida en sí no respeta los derechos humanos sería inmediatamente rechazable por inconstitucional.

Este debate no es nuevo. La norma más conocida sobre este tipo de tratamientos, la Ley Kendra, tuvo que someterse al juicio de constitucionalidad en Nueva York, juicio que superó⁷⁴ como también los había superado en otros Estados⁷⁵. Como ya señalamos en otra parte de este trabajo, el Tribunal Constitucional italiano, en 1968, ya se pronunció sobre un tipo de fórmula de tratamiento involuntario ambulatorio (las suspensiones condicionadas de internamiento), estimando la constitucionalidad de la medida.

La A.E.N.⁷⁶ nos indicaba la existencia de un informe de la Organización Mundial de la Salud del año 2003 en el que se estimaba que “existían implicaciones en los Derechos Humanos de las personas con Trastorno Mental”⁷⁷. Me sorprendió la existencia de un pronunciamiento concreto de la OMS, máxime cuando en otros documentos informales como “los diez principios básicos de legislación en atención a la salud mental”, ya citados en este trabajo, sin aludir expresamente al problema del tratamiento ambulatorio involuntario sí que señalaba, en la implantación del principio de alternativa

⁷⁴ *In re Urcuyo* 714 N.Y.S. 2d 862, Supreme Court Kings County, 2000.

⁷⁵ Así, Supreme Court Of Wisconsin. *In re the Commitment of Dennis H., State of Wisconsin, Petitioner-Respondent, v. Dennis H., Respondent-Appellant*. Case No.: 01-0374. Jul 12, 2002.

⁷⁶ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. Documento AEN sobre la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario. Aprobado por la Junta Directiva de la AEN en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005 en Madrid.

⁷⁷ AEN..., página 11.



menos restrictiva, que entre los elementos para la selección de alternativas están los siguientes: a) el trastorno en cuestión; b) los tratamientos disponibles; c) el nivel de autonomía de la persona; d) la aceptación y la cooperación de la persona; e) el potencial del daño causado a sí mismo o a terceros. El mismo texto señala la sugerencia de, a fin de sostener la atención de salud mental basada en la comunidad, mantener las situaciones legales y las infraestructuras (recursos humanos, lugares, etc) en un marco adecuado para pacientes con diversos grados de autonomía y, en otro apartado, reseña la necesidad de revisar tanto las decisiones que afecten a la libertad (hospitalización) como aquellas que afecten a la integridad (tratamiento) cuando estas tengan un efecto de larga duración.

El texto controvertido⁷⁸ no es un trabajo exclusivo sobre el tratamiento involuntario ambulatorio sino un trabajo englobado dentro de un conjunto que aborda diversas medidas para implantar estrategias para la mejora de la atención en salud mental en diversos aspectos. Concretamente, el módulo que nos ocupa hace referencia a la legislación de salud mental como forma necesaria de proteger los derechos de las personas con trastornos mentales. De sus 49 páginas sólo hace referencia a este problema 6 párrafos⁷⁹ y, efectivamente, no en el texto sino en los indicadores que se colocan para facilitar la localización en el margen, se señala que es controvertido y tiene implicaciones en los derechos humanos de las personas con trastornos mentales. Ahora bien, la lectura completa del texto lo que indica es que hay cuestiones, en este caso dos, que son objeto de planteamiento:

- a) Los servicios de salud mental pueden depositar en la coerción la provisión de los servicios comunitarios en vez de focalizarla en procurar que tales servicios sean aceptables e invertir esfuerzos y medios en atraerles hacia tales servicios. Esto puede minar un importante objetivo de desinstitucionalización.

⁷⁸ W.H.O. *Mental Health Policy and Service Guidance Package: Mental Health, Human Rights and Legislation*. Ginebra, 2003.

⁷⁹ *Op. cit.*, páginas 25 y 26.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



- b) Quienes se han recuperado de su trastorno mental tienen la competencia y capacidad para realizar decisiones sobre su tratamiento. El derecho a otorgar el consentimiento va acompañado del derecho a rechazarlo y este derecho debe ser respetado. Actuar de otro modo sugeriría que la persona con trastorno mental tiene la capacidad para otorgar consentimiento pero no la capacidad para rechazar tratamiento, lo que vulneraría el principio de simetría. La clave es que las normas para tratamiento involuntario deben comprender una falta de capacidad y la probabilidad de peligro para sí mismo o terceros que tiene que ser demostrada.

Claramente se desprende que no se está condenando las formas legales de tratamiento involuntario sino que se plantean cuestiones que, desde el punto de vista legal, afectan a dos principios: el de la alternativa menos restrictiva y el de autonomía.

Desde el punto de vista de nuestra regulación no ofrece problemas. Aunque el principio de la alternativa menos restrictiva pueda no tener formulación expresa en nuestro Derecho, es deducible claramente de la normativa sobre integración e igualdad de oportunidades de los minusválidos (así ocurrió en EE.UU., por aplicación de la American with Disabilities Act, caso *Olmstead*⁸⁰) y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 5.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En cuanto a lo concerniente al principio de autonomía, nuestra 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, reseña en su artículo 8 el principio del consentimiento informado (en nuestro ordenamiento forma parte de los derechos fundamentales, así lo dice la Sala 1.^a del Tribunal Supremo Ss. 12-01-2001 y 11-05-2001)⁸¹ y, además, establece un principio de adecuación al grado de

⁸⁰ *Tommy Olmstead, Commissioner, Georgia Department of Human Resources, et al., petitioners v. L.C., by Jonathan Zimring, guardian ad litem and next friend, et al.* (527 U.S. 581 [1999] de 22 de junio de 1999).

⁸¹ EDE 2001/6 (F.J. 1^o) y EDE 2001/6571 (F.J. 7^o).

autonomía de los pacientes, en el caso de consentimiento por representación (artículo 9):

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

Por lo anterior parece que este problema, en el panorama legislativo, ya está resuelto. Un buen criterio de examen de la validez de una norma como opción que respeta los derechos humanos es la comprobación de su existencia en las legislaciones de los países democráticos y, como el propio informe de la OMS señala, la demanda de este tipo de intervenciones (*supervision orders* o *community treatment orders*) es creciente, como nosotros también hemos comprobado en otro apartado de este trabajo.

Por otro lado, si existe una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa estableciendo los requisitos mínimos de regulación, ¿cómo puede hablarse de vulneración de derechos humanos?

Pero también hay otros aspectos a tener en cuenta. Como dice BEAUCHAMP⁸².

Pese a la importante interacción entre la moral y la ley, ésta no es la depositaria de nuestros patrones y valores morales, ni aun cuando se preocupa de áreas de la conducta moral tales como la ética médica.

El principio de autonomía no es absoluto. Ni legal, ni éticamente puede sostenerse la prevalencia cuando existen otros postulados éticos que lo limitan en la situación concreta y, desde luego, cuando por razones tales como la falta de capacidad del individuo, un radicalismo excesivo puede provocar, precisamente, que se sufran situaciones contrarias al principio estructural de los derechos humanos: la dignidad de la persona.

⁸² BEAUCHAMP, Tom L. "Los fundamentos filosóficos de la ética en psiquiatría". En VV.AA. *La ética en psiquiatría*. Ed. Triacastela, Madrid, 2001, página 52.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



Curiosamente, el que mejor ha expresado esta situación es el propio presidente de la Asociación Española de Neuropsiquiatría⁸³:

Se hace un alegato en contra de esta medida desde “el derecho del paciente a decidir”, pero se olvida que con pacientes muy graves, en ocasiones, es necesario tomar medidas coercitivas precisamente para salvaguardar su derecho a la salud y a una vida digna. Por otra parte, de esta forma, quizás podrían evitarse medidas aún más coercitivas como son los ingresos involuntarios.

Probablemente, en pocos años, hemos pasado de la “beneficencia dura” (olvidando que hay pacientes capaces, cuya opinión debe considerarse) al “hiperautonomismo” (olvidando que hay pacientes en situación de incapacidad para decidir, y cuyos derechos deben ser salvaguardados). Afortunadamente es infrecuente, pero se dan casos en los que, sobre la base del “respeto por la autonomía del paciente”, se adopta una actitud de pasividad con la consiguiente dejación de funciones. Tengo dudas sobre si no atentará más esto contra el derecho de los pacientes que una actitud intervencionista.

Al final, lo fundamental es el compromiso por parte del servicio tratante. La medida no arregla nada en sí misma; debe ser solo una herramienta para permitir que algunos pacientes puedan ser seguidos de una forma más eficaz, evitar reingresos y prevenir conductas de riesgo, pero lo fundamental es que ese seguimiento sea efectivo y cercano. Solicitar esta medida para citarles luego cada dos o tres meses tendría escaso sentido. Puede ser un instrumento válido (no un fin en sí mismo) siempre y cuando no sustituya la “judicialización” del caso a la intervención de los programas de seguimiento comunitarios... en caso de que los hubiera (que esa es otra).

Yo no lo podría haber expresado mejor.

8.3.2. Peligrosidad, criminalidad y tratamiento ambulatorio

El Comité de Ética Asistencial integrado en la Fundación Congrés Català de Salud Mental emitió un documento en noviembre de 2003 en el que literalmente se expresa:

⁸³ CHICHARRO LEZCANO, Francisco. “Tratamiento ambulatorio involuntario”. En Revista Norte de Salud Mental, n.º 19, 2004, páginas 6-8.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

La demanda de “ordenar judicialmente” un tratamiento ambulatorio obligatorio introduce de nuevo el estigma y marginación del paciente con trastorno mental. Criminaliza al usuario que es “ordenado a tratarse” cuando este supuesto sólo es válido en el ámbito penal, y podría introducirse la “noción de peligrosidad” que felizmente ha desaparecido de nuestros textos legales, siendo un ejemplo, en el que se miran otros países europeos frente a sus reformas legales.



Es cierto que muchas de las reformas legales que surgieron en Estados Unidos tienen una relación directa con el problema de la peligrosidad. Las leyes Kendra (Nueva York), Laura (California), Brian (Ontario) llevan ese nombre por víctimas de homicidio cometido por personas que padecían trastornos mentales. También en Europa, las reformas realizadas en el Reino Unido en 1995 parecen tener relación con el homicidio de Jonathon Zito por Christopher Clunis en 1992, en circunstancias similares a las expuestas.

La petición de desvincular los criterios de orden público del internamiento era una cuestión que tiene su origen en los años 70. Así, la *Red Internacional de Alternativas a la Psiquiatría*⁸⁴ estimaba que en las legislaciones específicas de internamiento, los estatutos de excepción ponen en juego reglas de policía y fuertes riesgos de arbitrariedad. En particular este tipo de leyes prevé estructuras especializadas que en su mayor parte, y a pesar de los progresos de la Psiquiatría, presentan normalmente aspectos totalitarios, desocializadores, despersonalizadores y degradantes. Consideraban que debía suprimirse la legislación que asociase peligrosidad y alienación a la enfermedad mental comportando respuestas de orden público a problemas psiquiátricos. La AEN siem-

⁸⁴ La denominada “Red Internacional de alternativas a la Psiquiatría” (*Réseau International d’alternative a la Psychiatrie*), es una instancia europea de coordinación nacida en 1974 a través de la cual grupos, asociaciones, técnicos, familias y usuarios de los servicios de salud mental pueden articular iniciativas. Principios que han guiado la posición de este movimiento pueden centrarse en la potenciación de las estructuras de curación, superando las anteriormente elaboradas sobre el principio de custodia en psiquiatría; potenciación de la política de intervención rehabilitadora y reintegradora en contra de la política de exclusión, marginación e internamiento; sostén de la política de intervención en contra del abandono de los enfermos sin caer en la lógica de violencia (custodia-segregación); exigencia de una forma de respeto de los derechos de las personas a su curación, así como el derecho a su contractualidad social, articulando formas de garantía para los pacientes; homogeneización de la legislación y de la política social en el sector, en el nivel de los textos legislativos más modernos y avanzados (De interés el documento “Recomendaciones al Parlamento Europeo”, recogido en la *Revista de la A.E.N.* n.º 9, enero/abril de 1984, páginas 135 y ss).

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



pre ha estimado que la obligación de tratamiento debía ser decidida, exclusivamente en función de criterios de salud de la persona y que los demás criterios de referencia (peligrosidad y orden público), deben ser excluidos⁸⁵.

Nada que oponer a este planteamiento. De hecho, como he expresado en más de una ocasión⁸⁶, en mi opinión, nuestra legislación felizmente se ha apartado de este criterio (que sí que existía en nuestra legislación precedente, así la R.O. de 20 de junio de 1885 y el Decreto de 1931 y se mantiene en numerosas legislaciones de otros países) y ha admitido la hospitalización únicamente por razones terapéuticas, eliminando todo vestigio que permita el internamiento simplemente por razones de orden público. Cuestión distinta es que pueda aceptarse el planteamiento vertido en el párrafo del Comité de Ética Asistencial integrado en la Fundación Congrés Català de Salud Mental. Las razones de ello son muy claras:

- a) La propuesta de F.E.A.F.E.S. no tiene ninguna relación con casos penales, a diferencia de los expuestos.
- b) Si algo caracteriza a F.E.A.F.E.S. son los esfuerzos para desvincular la enfermedad mental de la violencia. A título de mero ejemplo es recomendable la lectura de la Guía de Estilo sobre Salud Mental y Medios de Comunicación.
- c) Lo tercero es que el tratamiento involuntario ambulatorio tiene, conforme a la redacción de la propuesta, las mismas garantías que el internamiento y, además otras propias, con lo que no podemos hablar de “orden” sino de “autorización”.
- d) El cuarto punto es que todo precepto debe ponerse en relación con el resto del ordenamiento y, como se verá, las razones de imposición

⁸⁵ *Recomendaciones a los responsables de la política de salud mental*. Texto recogido en la Revista de la A.E.N. n.º 9, enero/abril de 1984, página 135 y ss.

⁸⁶ Así, entre otros trabajos, FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy (Coord). *Enfermedad y deficiencia mental: Aspectos legales no vinculados al patrimonio*. Alicante, 2001, Vol. I páginas 496 y ss.

del tratamiento no tienen nada que ver ni con asuntos penales ni con razones de orden público. Estas afirmaciones serán objeto de desarrollo más amplio en el siguiente apartado.



8.3.3. Legislación especial y tratamiento ambulatorio involuntario

A diferencia de otros países de nuestro entorno, en España no se creó legislación especial en materia de enfermos mentales, siendo de aplicación en su totalidad los criterios recogidos en la Ley General de Sanidad para los restantes enfermos. Aunque la doctrina más autorizada (BERCOVITZ⁸⁷, COBREROS MENDAZONA⁸⁸...) y también algunos profesionales de la Psiquiatría se han pronunciado por la conveniencia de una legislación específica con el carácter de ley orgánica (así, BOUSOÑO, BOBES y GARCIA PRIETO⁸⁹), lo cierto es que esa ausencia no responde a un olvido sino a una intención específica del legislador.

Así, podemos citar las posiciones de la Comisión de Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría⁹⁰. La Dra. ROIG SALAS⁹¹, coordinadora de la citada Comisión, estimaba que *de crearse una ley específica, el RETROCESO en las garantías conseguidas, la marginación —tanto en lo jurídico como en lo social— del enfermo mental sería inevitable. Es por ello por*

⁸⁷ La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud en ADC n.º 4, 1984, página 972 (citado por Cobrerros Mendazona).

⁸⁸ Los tratamientos sanitarios..., páginas 407 y ss.

⁸⁹ BOUSOÑO, M. et al. "Regulación de la hospitalización forzosa", en ANTÓN, Pedro (Coord) *Medio siglo de psiquiatría en España*. Madrid, 1992. Página 261.

⁹⁰ La *Circular sobre la situación actual del internamiento psiquiátrico* expresa que "tampoco es médica ni jurídicamente aconsejable el desarrollo legislativo específico de tal supuesto (en una ley específica de Internamiento Psiquiátrico) lo que no parece conforme con el principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley, sino más bien su desarrollo junto con todos aquellos casos en los que deba producirse la situación de internamiento voluntario por motivos sanitarios y aceptable únicamente con fines terapéuticos individuales o colectivos". Al tratar de los internamientos involuntarios señala que "la autorización judicial viene a garantizar los derechos del usuario al que se va a privar de libertad. La necesidad de internamiento ha de ser determinada en base a criterios médico-asistenciales". (Revista de la A.E.N. n.º 9, año IV, enero/abril de 1984.).

⁹¹ ROIG SALAS, Alicia. *La ley en la práctica: 5 años de experiencia*. Revista de la A.E.N. n.º 31, año IX, octubre/diciembre 1989, páginas 633 y ss.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



lo que hemos apoyado desde el inicio el artículo 211 de la Reforma del Código Civil en materia de tutela, por ser una normativa amplia y suficiente, dirigida al presunto incapaz y que puede cumplirse con rigor, garantizar y velar los derechos del ciudadano.

Volviendo a la posición sustentada por el Comité de Ética Asistencial que hemos reseñado en el anterior epígrafe, he de reseñar que nada tengo que oponer a estos presupuestos en el terreno de los principios pero, a mi juicio, decir que nuestra regulación es “un ejemplo, en el que se miran otros países europeos frente a sus reformas legales”, me parece excesivo. Bien están los principios del artículo 20 de la Ley General de Sanidad, pero, además de principios, una regulación debe ser completa y muchos de los problemas que se han originado a lo largo de estos años provienen de falta de regulación adecuada que comprende no sólo la ley sino las normas de desarrollo. Cuando se evalúa una regulación debe de tenerse en cuenta también su eficacia y adaptación a la realidad y a los recursos disponibles.

En cualquier caso, nosotros no tenemos ningún inconveniente en mantener los principios generales sentados. Según manifestaban, el ya derogado artículo 211 constituía la garantía judicial necesaria por aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pues bien, nosotros no hemos hecho más que seguir ese mismo planteamiento, es decir, regular las garantías judiciales de un tratamiento involuntario por razón de trastorno psíquico cuando se produzca en vez de en el entorno hospitalario en el entorno comunitario, aplicando, no sólo las mismas, sino mayores garantías. Los presupuestos de aplicación de la medida surgen de la legislación ordinaria.

Además, las cuestiones no son reiterativas, como acertadamente señala SANTOS URBANEJA⁹²:

Me viene a la memoria la cantidad de veces que se lee que el internamiento involuntario está regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹² SANTOS URBANEJA, Fernando. *Sobre la judicialización de los tratamientos ambulatorios. Razones para una oposición y contrapropuesta*. Inédito. Córdoba, 2004.



Yo me rebelo contra esta afirmación porque dista mucho de ser exacta. Lo que se regula en el artículo 763 son las garantías judiciales del internamiento y nada más. Nada se dice de quién y cómo ha de indicarlo, a quién corresponde el traslado... Por esta razón nos hemos pasado los últimos veinte años enredados con el tema del internamiento involuntario.

Exactamente lo mismo puede pasar con la propuesta de tratamiento ambulatorio involuntario. No recoge nada más que las garantías judiciales para llevarla a cabo pero silencia aspectos muy relevantes. ¿Dónde se realizará el tratamiento? ¿Qué pasa si al paciente no se le encuentra? ¿A quién corresponde ir a buscarlo? ¿Qué pasa si se opone?

En mi opinión no debe dejarse la regulación de estos extremos a la confección de protocolos o manuales de buenas prácticas. Por dos razones:

- 1) Los protocolos no son más que declaraciones de buenas intenciones. Carecen de fuerza legal vinculante, es decir, su incumplimiento podrá generar un estado de opinión determinado entre los cumplidores pero éstos no podrán acudir a los tribunales para que obliguen al incumplidor a realizar aquellos a lo que se comprometió.
- 2) Los protocolos no pueden regular materias que por su importancia están sometidas a reserva legal y se corre el riesgo de que estos textos no tengan en cuenta esta limitación y establezcan regulaciones sobre aspectos aun no legislados o que entren en conflicto con lo legalmente previsto.

Los dos autores citados se integran en la Comisión de la AEN pese a aparecer claramente contrarias las dos posiciones sostenidas.

El problema, a mi juicio, tiene fácil solución. El planteamiento inicial fue realizar un texto sencillo y no una modificación global de la legislación que supondría un problema de complejidad extraordinaria. Por ello no tuvimos inconveniente en mantener los parámetros ya existentes. A la pregunta de cuáles son los supuestos en que se puede tratar de forma involuntaria es sencillo responder. Basta dar un vistazo a nuestra regulación.

El Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina de 4 de abril de 1997, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento infor-

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



mado en su artículo 5 y establecer las excepciones a este principio debido a la falta de capacidad de las personas para expresarlo (artículos 6 y 7) y las excepciones derivadas de las situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (artículos 8 y 9) señala posibles restricciones al ejercicio de estos derechos (siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática) fundadas, entre otras razones, en la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas (artículo 26).

El Convenio, que forma parte del derecho interno desde el 1 de enero de 2000, establece una regulación separada para la protección de las personas que sufran trastornos mentales. El citado artículo dice así:

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprenda procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Vamos a ver qué nos aclaran los antecedentes. En el Informe explicativo del Convenio, MICHAUD⁹³ establece las siguientes conclusiones:

- a) Se trata de una excepción a la regla general del artículo 5.
- b) Garantiza, por otro lado, la protección de estas personas al limitar el número de casos en los que pueden ser sometidas al tratamiento de su trastorno mental sin su consentimiento, supeditando tales intervenciones a condiciones específicas que son: 1) Que el afectado/a sufra un trastorno mental, por lo que es preciso que se constate una

⁹³ MICHAUD, Jean. *Président du CDBI. Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de L'Homme et la biomédecine. Rapport explicatif* (publicación autorizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de diciembre 1996).

disminución de las facultades mentales de esta persona; 2) Que la intervención sea específica para tratar ese trastorno, por lo que para las restantes intervenciones sanitarias no rige este principio; 3) Que exista un riesgo considerable de que se produzca un daño a la salud del paciente; 4) Que las condiciones de protección establecidas por las leyes nacionales sean respetadas.



- c) MICHAUD matiza la 3.^a condición en el sentido de señalar que este artículo sólo comprende el riesgo para la salud del propio paciente, mientras que el 26 permite que los pacientes sean tratados contra su voluntad para proteger los derechos y libertades de otras personas (por ejemplo, en el caso de un comportamiento violento). El artículo protege, por un lado, la salud de la persona (en la medida en que se permite el tratamiento del trastorno sin su consentimiento cuando su omisión la dañaría seriamente) y, por otro lado, su autonomía (desde el momento en que el tratamiento sin consentimiento se prohíbe cuando no se cumpla la condición anterior).
- d) El informe, por último, hace referencia a las Declaraciones de Hawaii⁹⁴ y Madrid⁹⁵ de la Asociación Mundial de Psiquiatría, la Recomendación R(83) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1235 (1994) como principios a respetar. Obviamente, en el momento actual, hay que referir estas recomendaciones a la Rec(2004)10 que es posterior en el tiempo.

De los trabajos preparatorios del Convenio, lo más destacable es lo siguiente:

- a) El Grupo de Trabajo consideró que no existía razón para que existiera intervención judicial en todos los casos y que esta solución era difícil de aplicar en la práctica⁹⁶.

⁹⁴ ASOCIACIÓN MUNDIAL DE PSIQUIATRÍA *Declaración de Hawaii* aprobada por la Asamblea General en 1977 y actualizada en Viena en 1983.

⁹⁵ ASOCIACIÓN MUNDIAL DE PSIQUIATRÍA. *Declaración de Madrid* aprobada por la Asamblea General en 1996 y actualizada en Yokohama en 2002.

⁹⁶ CORED 1-3/06/93.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



- b) El artículo hace referencia a trastorno mental y no a “enfermedad mental” porque la idea es que se refiera al mismo de forma genérica sin prejuzgar su origen: enfermedad, senilidad, alcoholismo o drogodependencia⁹⁷.
- c) El artículo era necesario para limitar el tratamiento a condiciones precisas, con independencia del sistema de cada país (*Common Law* o continental)⁹⁸.
- d) Las personas que padecen trastorno mental, a menudo son capaces de comprender el significado de las intervenciones sanitarias en general excepto aquello que concierne al tratamiento de su propio trastorno. Es decir, aunque las personas son teóricamente capaces de consentir una intervención, son incapaces de comprender la necesidad para el tratamiento estrictamente psiquiátrico⁹⁹.

Los criterios que refiere el informe explicativo del Convenio son prácticamente los mismos criterios expuestos en el artículo 18 de la Rec(2004)10, salvo que, además de las razones del artículo 7 recoge las del artículo 26. Nosotros hemos equiparado en nuestra Ley 41/2002 al paciente psiquiátrico a los restantes pacientes, por lo que hay que remitir a la materia del consentimiento por representación. Los supuestos de consentimiento por representación para adultos que recoge nuestra ley son los que siguen:

- 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:
 - a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
 - b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

⁹⁷ CORED 24-27/01/94.

⁹⁸ CDBI 5-7/09/95.

⁹⁹ CDBI 18-22/04/94 y 20-22/11/95.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS



Ambos son distintos de los supuestos de urgencia regulados en el anterior apartado del mismo artículo. Por todo ello, podemos reseñar que son condiciones para la aplicación de un tratamiento involuntario (sea o no en la comunidad) las siguientes:

- a) Intervención específica destinada a tratar un trastorno mental.
- b) Riesgo grave para la salud del paciente.
- c) Pérdida de la capacidad de decisión.
- d) Que no exista otro medio menos restrictivo.

El problema es que el convenio exige condiciones de protección previstas por ley que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso. En el caso de una declaración de incapacidad sí que existe regulación suficiente sobre el proceso y sobre garantías. Para el caso de pérdida de capacidad de decisión sin incapacidad judicial no hay una mínima concreción de garantías ni de procedimientos por lo que parecía necesario recoger tales garantías. A la vista de la Rec(2004)10, parece que no íbamos mal encaminados en los mínimos que exigía la regulación.

Sentado lo anterior, ello no significa que no vayan a existir problemas de interpretación, cosa que por otra parte deviene inevitable en cualquier normativa y basta con ver la evolución del primitivo artículo 211 del Código Civil hasta la actualidad. Como apunte, señalar los siguientes:

- a) Falta de capacidad de decisión pero no rechazo. La norma se refiere exclusivamente a aquellas personas que no tienen capacidad de decisión. En el derecho comparado se diferencia entre los sujetos que presentan oposición a la medida y aquellos que no la presentan. La cuestión no deja de tener importancia puesto que muchos enfermos carecen de capacidad de decisión pero no plantean oposición a la administración del tratamiento en procesos de larga duración en la comunidad.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



Muchos no están declarados legalmente incapaces. Si se realiza una interpretación extensiva de la norma, sólo sería posible aplicar dichos tratamientos mediante declaración de incapacidad o autorizaciones judiciales, lo cual no parece deseable. En el caso del internamiento, el reciente pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso H.L. contra el Reino Unido, ya citado en este texto¹⁰⁰, deja bien a las claras que tales pacientes tienen los mismos mecanismos de protección, lo que para nosotros no era un problema dado el tenor del artículo 763 y la práctica general en su utilización (salvo para los casos de ancianos internos en residencias, donde se ha generado cierta diferencia de criterio entre las distintas Audiencias)¹⁰¹. La Rec(2004)10 deja un cierto vacío sobre este tema puesto que, aunque

¹⁰⁰ Sobre los antecedentes del caso, remito a mi trabajo FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", páginas 696 y 698 y también al documento *Advice on the decision of the European Court of Human Rights in the case of HL v UK (the "Bournemouth" case)* [Gateway Reference 4269] de 10 de diciembre de 2004, emitido por el *Department of Health* del Reino Unido.

¹⁰¹ Remito a mi trabajo FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", páginas 698 a 707. El memorándum de la Rec(2004)10, en su número 115, excluye expresamente del ámbito del capítulo III "el internamiento por razones distintas a las del trastorno mental, por ejemplo cuando una persona con demencia es internada en una residencia de tal forma que puedan satisfacerse las necesidades de cuidado personal (por ejemplo necesidad de asistencia para el vestido, lavado y baño)". No obstante esta previsión, la cuestión de si este tipo de internamientos entra o no dentro de las previsiones del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no está del todo clara. El único pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la Sentencia de la Sección 2.^a del Tribunal de 26 de febrero de 2002, *Asunto H.M. contra Suiza* (demanda n.º 39187/1998). En dicha sentencia se aborda un supuesto que no es enteramente coincidente en nuestro Derecho y del que sí existen antecedentes en otros países (por ejemplo, el artículo 47 de la *National Assistance Act* de 1948 en el Reino Unido). Junto con los casos de enfermedad mental, debilidad mental, negligencia en el cuidado, alcoholismo y otras adicciones, el artículo 397 a y ss. del Código Civil suizo permite el internamiento de ancianos en el caso de que el anciano no pueda procurarse por otros medios el cuidado personal que necesita. El Tribunal estimó (42) que "la distinción entre la privación y la restricción de la libertad es simplemente una cuestión de grado o intensidad, y no de naturaleza o sustancia", "que las condiciones de higiene y de vida en el hogar de la demandante, así como los cuidados médicos que recibía eran insuficientes, y que esa residencia en concreto, que se hallaba situada en una zona que la demandante conocía, podía proporcionarle los cuidados necesarios" (44), que la anciana "la demandante no fue alojada en un pabellón cerrado de la residencia [...] incluso disponía de libertad de movimientos y podía mantener contactos sociales con el mundo exterior" (45), "la propia demandante se mostró indecisa respecto a qué solución prefería" y "en la audiencia celebrada ante la Comisión de Apelación, por ejemplo, afirmó que no hallaba razón alguna para no ser feliz en la residencia" (46). El Tribunal concluyó reseñando que "teniendo en cuenta todos esos elementos, en especial el hecho de que la Comisión Cantonal de Apelación trasladó a la demandante a la residencia por su propio interés para proporcionarle los cuidados médicos necesarios, así como unas condiciones de vida y de higiene satisfactorias, y teniendo también en consideración las circunstancias comparables del asunto Nielsen contra Dinamarca, citado con anterioridad, el Tribunal concluye que en las circunstancias del



el artículo 7 señala un principio general de protección para las personas vulnerables, el artículo 16 que es el que regula el alcance del capítulo III de la Recomendación que es el que trata del internamiento y tratamiento involuntarios excluye de su ámbito de aplicación a este grupo de pacientes. El capítulo IV recoge un único artículo (el 26) en el que se manifiesta que existirán previsiones adecuadas para el internamiento, pero no hace referencia alguna al tratamiento involuntario.

- b) La aplicación de las denominadas “instrucciones previas” o “voluntades anticipadas”.
 1. Aunque la mayoría de los tratadistas hacen referencia al denominado “testamento vital” (lo que, por otro lado no debe de sorprendernos puesto que las exposiciones de motivos de las distintas normas emitidas por las Comunidades Autónomas¹⁰² sólo hacen referencia a este tipo de documentos obviando que este

presente asunto, el internamiento de la demandante en la residencia no supuso la privación de su libertad tal y como se contempla en el artículo 5.1 sino que constituyó una medida responsable adoptada por las autoridades competentes en interés de la demandante. Por tanto, el artículo 5.1 no es aplicable en el presente asunto”. A la vista de los votos particulares emitidos en la resolución (2), el problema radica en estimar si en el asunto la anciana no hubiera tenido capacidad de decisión (porque ello parece desprenderse del contenido de la sentencia) y que habría ocurrido si el internamiento fuera cerrado.

¹⁰² Las distintas regulaciones autonómicas han ido recogiendo el modelo de “advance directives” con distintas denominaciones, generalmente la de “voluntades anticipadas”: Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica (artículo 8); Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (artículo 5); Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura (artículo 11.5); Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (artículo 28, instrucciones previas); Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (artículo 15); Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja (artículo 6, apartado 5); Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (artículo 9); Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (artículo 34, expresión de la voluntad con carácter previo); Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad (País Vasco); Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana (artículo 17); Ley 5/2003 de 4 de abril, de Salud de las Illes Balears (artículo 18); Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (Castilla y León) (artículo 30, instrucciones previas); Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía. No me consta la existencia de normativa propia (o al menos la modificación de la que recogía los derechos de los pacientes en relación con el consentimiento informado) en el Principado de Asturias (donde está vigente la Ley 1/1992, de 2 de julio, del Servicio de Salud del Principado de Asturias); Castilla-La Mancha (donde está vi-

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



es sólo una modalidad en el derecho comparado y que junto con las leyes de *living will* o *natural death* también existen las de *health care proxy*, *health care agent* o *durable power of attorney for health care*)¹⁰³, muchas legislaciones, particularmente en Estados Unidos, permiten instrucciones anticipadas en salud mental lo que obliga a realizar una referencia a su alcance en la ley, puesto que en esta cuestión el Convenio establece bastantes dudas, dado que el artículo 9 señala que los deseos “serán tomados en consideración” y el informe explicativo del convenio reseña el hecho de que “la consideración de los deseos expresados anticipadamente no significa necesariamente que deban observarse”. APPELBAUM y GRISSO distinguen tres tipos de *instrucciones anticipadas*¹⁰⁴:

- a) Instrucciones que recogen una decisión concreta del paciente referente a su predilección en materia de intervenciones sanitarias cuando se den circunstancias específicas (*Decision Directives*).
- b) Instrucciones en las que se designa a un tercero para poder efectuar tal cometido (*Proxy Directives*).
- c) Instrucciones en las que se combinan las dos anteriores (*Combined Directives*).

Las tres posibilidades caben dentro de nuestro artículo 11, pero ello no significa que las instrucciones puedan ser válidas en todos los casos. Así señala el artículo 11 n.º 3.

gente la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha); Región de Murcia (donde está vigente la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia) y Canarias (donde está vigente la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias).

¹⁰³ La normativa federal básica: *The patients self determination Act 1991* (U.S. Federal Code, Título 42, artículos 1395cc[f] y 1396a[w]), parte de un caso muy conocido que no es propio de los problemas de salud mental, nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 [1990].

¹⁰⁴ GRISSO, Thomas, APPELBAUM, Paul S. *Assessing Competence to Consent to Treatment: A Guide for Physicians and Other Health Professionals*. Oxford University Press, 1998, páginas 149 y ss.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.



La indeterminación del precepto puede dar mucho juego. En el resto del mundo encontramos previsiones específicas sobre este problema. En particular, la normativa británica en materia de salud mental (*Mental Health Act* de 1983) establece excepciones. APPELBAUM y GRISSO expresan que el tratamiento psiquiátrico es una cuestión complicada. En principio la legislación norteamericana se aplica a todas las formas de tratamiento por lo que, en tanto los afectados no hayan perdido su capacidad, no existe razón por la cual sus decisiones no puedan aplicarse, sin embargo, todos los Estados permiten formas de hospitalización y tratamiento involuntario¹⁰⁵.

En Estados Unidos todos los Estados tienen normas sobre *advance directives* pero, dadas las peculiaridades del tratamiento psiquiátrico, un buen número de Estados regulan específicamente el supuesto¹⁰⁶. Cuál va a ser la posición que adopten los tribunales norteamericanos sobre su carácter vinculante es una incógnita, dado que es un área nueva en el Derecho.

Tenemos que partir de un dato a mi juicio indudable que es que las normas de instrucciones previas (o voluntades anticipadas) son aplicables a las personas que padecen trastornos mentales y su derecho indiscutible a su utilización. Aunque el tema es reciente, la posibilidad de anular un documento

¹⁰⁵ Por ejemplo, la legislación de Carolina del Norte permite, y recoge un modelo estandarizado, de *advance instruction* en materia de salud mental (artículo 122 C-77 General Statutes of North Carolina) que incluye directrices sobre la administración de tratamientos que el paciente no consiente o limita, los establecimientos de preferencia para el internamiento, o su negativa a ser internado por un período superior a 10 días y otras instrucciones como personas que pueden visitarle o ayudarle a evitar la hospitalización e instrucciones específicas sobre otros tipos de tratamiento como la terapia electroconvulsiva. Sin embargo, el artículo 122 C-74 permite al médico no cumplirla con numerosas excepciones, particularmente en los supuestos de urgencia.

¹⁰⁶ FLEISCHNER, Robert D.: *An analysis of advance directive statues and their application to mental health care and treatment. Report to the National Association of Protection and Advocacy Systems*. Washington, DC, National Association of Protection and Advocacy Systems, 1998 (contiene una tabla analizando la legislación de los diferentes Estados).

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



de estas características ya ha sido visto en algún tribunal de Estados Unidos, considerando la legislación del Estado que posibilitaba tal acción contraria a los principios de no discriminación contenidos en la American with Disabilities Act¹⁰⁷. En España rige el principio de equiparación del artículo 20 de la Ley General de Sanidad y, además, tenemos nuestra propia legislación antidiscriminación contenida en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido y en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en desarrollo del artículo 14 de la Constitución.

1. Parece razonable hacer una pequeña exposición de los problemas que están apareciendo en Estados Unidos con esta materia, si bien limitada para no apartarnos del tema central de estudio. SREBNIK y LA

¹⁰⁷ *Hargrave v. State of Vermont*, No. 2:99-CV-128 (D. Vt. Oct. 11, 2001). Se trataba en este caso de la petición de Nancy Hargrave, que había sido internada varias veces en el Hospital Estatal de Vermont en Waterbury, ante la anulación de un "Durable Power of Attorney for Health Care" en el que consignaba que "no autorizaba a su agente a consentir que le administraran... ningún tipo de antipsicótico, neuroléptico, psicotrópico o cualquier otra medicación psicoactiva". El Magistrado Federal del Distrito de Vermont, Sr. Niedermeier consideró que tal anulación era contraria a la ADA. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de Apelación (*Hargrave v Vermont*, 340 F. 3d 27 [2nd Cir 2003], 1 de agosto de 2003). APPELBAUM, críticamente, estima que, aunque el ámbito territorial de la decisión es limitado (el 2.º circuito sólo tiene competencia en Vermont y Nueva York), su influencia puede encontrar eco en otras jurisdicciones y convertirse en una "coraza" (*ironclad bulwark*) contra cualquier tipo de tratamiento involuntario, salvo en supuestos de urgencia. El autor expresa su preocupación porque, aun no existiendo garantía de la postura que vayan a adoptar los restantes tribunales de circuito federales y, en última instancia, el Tribunal Supremo, estima que los Jueces no pueden tener la discrecionalidad de aplicar el "sentido común" para mandar medicación y los hospitales podrían encontrarse con un gran número de pacientes que no pueden tratar ni dar de alta. (APPELBAUM, Paul S. "Law & Psychiatry: Psychiatric Advance Directives and the Treatment of Committed Patients" *Psychiatric Services* [2004] 55:751-763). SWANSON et al. dan cuenta de que alrededor de 16 Estados han desarrollado legislación específica sobre *psychiatric advance directives* (PADs) cuya importancia en Estados Unidos viene derivada de la *Patient Self-Determination Act* de 1991. Señalan que "los pacientes son libres de ejercitar tal derecho o no, pero las instrucciones previas no derogan la obligación de los hospitales de tratar a los pacientes conforme a los estándares adecuados de práctica y asistencia; al mismo tiempo, los hospitales no pueden usar su obligación de tratar a los pacientes adecuadamente como excusa para anular una instrucción previa del paciente". En otro apartado expresan: "Claramente, si las PADs tienen que ser implantadas de forma amplia y efectiva en los sistemas de salud mental, esta clase de barreras y dificultades percibidas deben abordarse. A menos que estos servicios suministren asistencia a las personas con enfermedad mental severa en completar PADs viables, y a menos que los clínicos estén informados acerca de sus obligaciones con respecto a las PADs, parece improbable que las PADs lleguen a estar a la altura de las altas esperanzas que los defensores expresan". ("Psychiatric Advance Directives: A Survey of Persons with Schizophrenia, Family Members, and Treatment Providers" en *International Journal of Forensic Mental Health* 2003, Vol. 2. N.º 1, páginas 73-86.).



FOND¹⁰⁸, señalan que pese a la existencia de legislación, incluso en los Estados que cuentan con previsiones específicas, los ratios de ejecución son inferiores al 2%. Las razones de ello son diversas: a) ausencia de información y asesoramiento legal; b) complejidad para su realización; c) la acreditación de la capacidad, en los casos en que esta fluctúa, en el momento de su realización; d) la actitud de los servicios sanitarios; e) las dificultades para encontrar a terceros como representantes.

Aunque todavía no se conoce mucho sobre la aplicación y carácter vinculante de estas instrucciones, sí que parece que existen algunos patrones para mejorar su aplicabilidad: 1) facilitar su conocimiento en los servicios sanitarios; 2) especificar con claridad su objeto; 3) tener una buena relación con el representante designado; 4) flexibilidad del recurso para poder aplicarla; 5) compatibilidad con la “lex artis”; 6) claridad en la determinación de la capacidad para el momento de su posible revocación.

Los efectos de este tipo de instrucciones previas se estiman muy positivos en general. Tanto en el nivel personal (en la medida en que potencia el principio de autonomía), como en el interpersonal (en la medida en que mejora inicialmente la comunicación con los familiares y los servicios sanitarios).

Como ya he dicho, me resulta imposible el análisis completo de esta materia, pero sí que quisiera anotar algunos problemas, tanto en los casos de las directivas de “proxy” como en los casos de las directivas de decisión.

2. Dentro del ámbito de las denominadas directivas de “proxy”, varios son los problemas que estimo de consideración.
 - a) En primer lugar, es de estimar la compatibilidad de designación de tutor a una persona determinada y representante ante las Ins-

¹⁰⁸ SREBNIK, Debra S. y LA FOND, John Q. “Advance Directives for Mental Health Treatment” *Psychiatric Services* 50:919-925, July 1999.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



tuciones Sanitarias a otra, dado que el artículo 236 n.º 1 del Código Civil permite la existencia separada de tutores para determinados ámbitos. Sin embargo no resuelve la ley el problema de que el tutor posteriormente nombrado no coincida con el interlocutor designado en las voluntades anticipadas. Es posible que la solución adecuada sea la misma que para el mandato duradero (Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad)¹⁰⁹, pero esta interpretación no es segura al establecerse para un ámbito específico de funciones en el que se atiende principalmente a los deseos y opiniones expresados con anterioridad por el/la afectado/a.

- b) Otro problema importante es el de la decisión del tutor o del “proxy” que se estime, por el médico, contraria al interés del afectado. Parece que, salvo los casos de urgencia del artículo 2.b de la Ley, el problema dará lugar al recurso judicial. En el Informe explicativo del Convenio de Oviedo, en relación con el artículo 6, señala:

De acuerdo con el párrafo 5, la persona o institución interesada pueden retirar su autorización en cualquier momento, siempre que se haga en interés de la persona incapaz de consentir. Los médicos u otros profesionales sanitarios se deben en primer lugar a su paciente y forma parte de sus obligaciones profesionales actuar en interés del paciente (artículo 4). De hecho constituye un deber del médico proteger al paciente de las decisiones tomadas por una persona o institución habilitada para ello que no se ajusten al interés del paciente; en este sentido, la ley nacional debe regular las vías de recurso adecuadas. La subordinación del consentimiento (o su retirada) al interés del paciente está en sintonía con el objetivo de proteger a éste. Mientras que la persona sea capaz de expresar su consentimiento tiene el derecho de retirarlo libremente, aun cuando esto parezca contrario a su interés; no se aplica tal derecho a una autorización otorgada por mediación de otra persona, que es válida sólo si se emite en interés de ese tercero que es el afectado.

¹⁰⁹ “El mandato se extinguirá, también, por la incapacidad sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Del mismo modo, la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del Paciente¹¹⁰ expresa en su artículo 5, apartado c, que *si el representante legal o una persona autorizada por el paciente, prohíbe el tratamiento que, según el médico es el mejor para el paciente, el médico debe apelar de esta decisión en la institución legal pertinente u otra.*



- c) Por otro lado, hay que reseñar los poderes de representación del “proxy” no son ilimitados. Dos son los patrones que se deben adoptar, en general, el denominado “substituted-judgement” (lo que el paciente haría si tuviera capacidad) y, en segundo lugar, el denominado “best interest” (lo que el “proxy” estima que redundaría en el mayor beneficio para el paciente). Pueden surgir problemas de enfrentamientos, circunstancias sobrevenidas no previstas (por ejemplo, un divorcio en el caso de que sea designado el cónyuge) o conflicto de intereses y también debe tenerse en cuenta el problema que plantean determinados tratamientos en ausencia de disposición específica (por ejemplo, la psicocirugía).

Con carácter general, estimo que son aplicables los criterios establecidos por la Recomendación R(99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces, cuyo principio 19 expresa:

1. Será especialmente considerada la necesidad de asegurar que los poderes conferidos sobre una persona por aplicación directa de la ley, sin intervención judicial o administrativa, para actuar o tomar decisiones en representación de un adulto incapaz sean limitados y su ejercicio controlado. 2. La concesión de tales facultades no priva al adulto de capacidad legal. 3. Tales poderes deben ser modificables o finalizables en cualquier momento por una medida de protección adoptada por la autoridad judicial o administrativa. 4. Los principios 8 a 10 se aplican al ejercicio de tales facultades cuando sean aplicables en la adopción de medidas de protección¹¹¹.

¹¹⁰ ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de Lisboa* (1981, enmendada en 1995 en la Asamblea de Bali).

¹¹¹ Se trata de los principios de primacía del interés y bienestar de la persona afectada, respeto de los deseos y opiniones y consulta de las restantes personas allegadas. Sobre estas cuestiones, remito a mi trabajo anterior “capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado”.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



4. En cuanto a las directivas de decisión, reseñar dos circunstancias:
- a) La primera es el problema del alcance de estas directivas. Sobre todo por la flexibilidad del centro y su compatibilidad con la “lex artis”. SREBNIK y LA FOND señalan, sin carácter exhaustivo, una serie de preferencias que pueden ser acogidas como:
- Uso de medicación, incluyendo tipos de medicación, dosis, administración, métodos y temporización.
 - Uso de tratamientos específicos como la terapia electroconvulsiva o la terapia de grupo.
 - Métodos para abordaje de las emergencias, como el uso de contención, aislamiento o sedación.
 - Preferencias por determinados hospitales.
 - Identificación de las personas que serán notificadas acerca de la hospitalización y que se les permita la visita.
 - Consentimiento para obtener historiales médicos.
 - Preferencias que consideren servicios externos alternativos a la hospitalización.
 - Identificación de personas que sean responsables para el cuidado de los niños u otros asuntos del paciente.
 - Voluntad de participar en ensayos clínicos u otras formas de investigación.
 - Otras cuestiones referidas al cuidado médico.

b) Otro problema es el de la verificación de la capacidad en el momento de realizar las instrucciones y el hecho de que, en ocasiones plantea problemas de revocabilidad. Esta modalidad de instrucción previa, conocida como *contrato de Ulises*¹¹², requiere un período de planificación durante el cual el paciente sea capaz de valorar la necesidad de coerción en varias circunstancias que pueden o no pueden concurrir en el futuro. En muchos casos, señala O' REILLY,¹¹³ las enfermedades mentales graves comienzan en la adolescencia o edad adulta temprana y están asociadas a problemas cognitivos y falta de conciencia de enfermedad por lo que para algunos de los que podrían beneficiarse de esta medida es difícil hacer uso de ella y, por el contrario, particularmente en el ámbito de los ensayos clínicos y de la investigación, puede estimarse que la voluntad del paciente no ha sido espontánea o que, simplemente, el modelo de obtención del consentimiento deja muchos aspectos sin resolver.

Vemos, pues, que existen problemas no sólo privativos del tratamiento ambulatorio sino de la falta de atención específica de las normas a las peculiaridades de los tratamientos psiquiátricos. Esto no nos ha pasado inadvertido. Como ya pusimos de relieve en el informe del Síndic de Greuges sobre la Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias¹¹⁴, la aplicación de las instrucciones anticipadas presenta muchos problemas en su aplicación y puede quedar simplemente en “papel mojado”. Todavía mucho por investigar y si, desde luego, en el caso del denominado “testamento vital” todavía falta desarrollo, en este campo es necesario traer a colación la disposición adicional cuarta de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente, que expresa que el Estado y las Comunidades Au-



¹¹² “En la Odisea, Ulises ordenó a sus hombres que se taparan los oídos con un pan de cera y que le ataran a él al mástil del barco cuando pasaran por delante de la playa de las Sirenas, cuyo canto seductor, pero muy nocivo para la mente, podía originar su destrucción y la de toda la tripulación, ya que las Sirenas acababan devorando a quienes se les acercaban. Les ordenó además que no le desataran aunque se lo suplicara al oír los cantos, e incluso que reforzaran las ataduras. Trasladadas a nuestro tiempo, las órdenes de Ulises se podrían considerar como instrucciones previas para cuando se encontrara incapacitado por la seducción de las Sirenas”. SÁNCHEZ-CARO, Jesús y SÁNCHEZ-CARO, Javier. *El consentimiento informado en psiquiatría*. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid, 2002, página 120.

¹¹³ O'REILLY, Richard “Why are Community Treatment Orders Controversial?” *Can J Psychiatry*, Vol 49, N.º 9, September 2004, páginas 579 a 584.

¹¹⁴ Páginas 766 y ss.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



tónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en la Ley.

8.3.4. Evidencias científicas y tratamiento ambulatorio involuntario

El informe de la AEN expresa que “la evaluación de la efectividad de ese tipo de medidas no es posible en el momento actual porque aún no existen evidencias y conocimientos suficientes en este campo”¹¹⁵. Esta aseveración la realizan con cita del informe de la OMS de 2003. Ya hemos expresado las serias limitaciones de este informe, pero vamos a reseñar los dos párrafos que examinan la cuestión¹¹⁶:

La evidencia en que se fundamenta la efectividad del tratamiento compulsivo en la comunidad sólo está empezando a ser desarrollada. Las órdenes parecen reducir la rehospitalización y el número total de días cuando son acompañadas de tratamiento comunitario intensivo. Esto requiere un importante compromiso de medios humanos y financieros (Swartz et al., 1999). Considerable reducción del riesgo de comportamientos violentos sólo es posible si la supervisión coercitiva es acompañada por un tratamiento ambulatorio intensivo (Swanson et al., 1999). Tales reducciones son principalmente atribuibles a un incremento en la adherencia al tratamiento y a la disminución del uso de sustancias de abuso (Swanson et al., 1999).

Lo arriba expuesto no constituye una revisión amplia de la efectividad de la supervisión coercitiva del tratamiento en comunidad. Sin embargo, es evidente que la supervisión en comunidad sólo puede trabajar si están disponibles dispositivos de tratamiento comunitario intensivo.

Como vemos, el propio texto reconoce las limitaciones del estudio. No obstante, es cierto que el tratamiento es controvertido. Como señala O'REILLY,

¹¹⁵ *Op. Cit.*, páginas 5 y 11.

¹¹⁶ *Op. Cit.*, páginas 25 y 26 in fine (la traducción es mía).



“mientras gran parte del conflicto se funda en el malentendido, parte refleja la diferente perspectiva filosófica de los protagonistas”¹¹⁷. Como señala el autor la evaluación de la efectividad clínica es más compleja de lo que pueda parecer a simple vista, dependiendo del concepto de orden que se maneje (como ya hemos reseñado existen diversas variantes), de las características del paciente y de los resultados deseados. Es por ello por lo que introducirse en el capítulo de las diferentes investigaciones es entrar en un área bastante turbia.

RIDGELY et al.¹¹⁸ diferencian dos generaciones de estudios. La primera generación de estudios tiene unos presupuestos metodológicos que estiman de escasa fiabilidad. Entre los que consideran la efectividad de las medidas podemos citar los trabajos de GELLER et al. (Massachusetts, 1996), MUNETZ et al. (1996), O’KEEFE et al (1997), ROHLAND (1998). Los defectos de tales trabajos se centran, fundamentalmente, en la falta de criterios de selección, la escasa población analizada, la limitación de los períodos de tiempo y la inexistencia de grupos de control comparativos. Dos estudios, sin embargo, han sido realizados con una metodología más desarrollada. Uno en Nueva York y otro en Carolina del Norte. Los resultados de ambos estudios son contradictorios.

- a) Con anterioridad a la Ley Kendra, Nueva York aprobó la ley de recursos en salud mental comunitaria (*Mental Health Resources Act*) en 1993 y, tras ello introdujo el artículo 9.61 en la *Mental Hygiene Law* permitiendo el tratamiento externo involuntario (*involuntary outpatient treatment*). Se precisaba un programa piloto para tres años y un estudio de investigación cuyo objeto consistía en determinar la efectividad del programa para prevenir la rehospitalización y mejorar la cali-

¹¹⁷ O'REILLY, Richard "Why are Community Treatment Orders ...", páginas 579 a 584.

¹¹⁸ RIDGELY, M. Susan et al. *The effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment...* En los apéndices de este trabajo se encuentran dos tablas que resumen los estudios, sujetos, proyecto, limitaciones y resultados de los diferentes trabajos. Con posterioridad han continuado la proliferación de este tipo de trabajos, unos a favor, como el de DAWSON et al. (*The proper uses of Community Treatment Orders*. Auckland, 2002) en Nueva Zelanda y otros en contra, como el de PRESTON et al. ("Assesing the outcome of compulsory psychiatric treatment in the community: epidemiological study in Western Australia" *BMJ* 2002;324;1244).

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



dad de vida de los pacientes. A finales de 1994 el Departamento de Servicios de Salud mental, deficiencia psíquica y alcoholismo contrató con el Hospital *Bellevue* la implantación del programa piloto. En la primavera de 1995 también contactó con la entidad *Policy Research Associates* la realización de la investigación (se realizó con un grupo de 142 individuos)¹¹⁹. En junio de 1997 la ley fue enmendada para extender el programa piloto y el estudio de investigación por un año. Las conclusiones más significativas del informe fueron las siguientes: 1) No existen diferencias estadísticas significativas en el porcentaje de pacientes que interrumpieron el tratamiento (27 % de los que tenían orden judicial y 26 % de los que sólo tenían servicios de tratamiento asertivo); 2) Ambos grupos, sin embargo, experimentaron una reducción significativa durante el período de estudio en comparación con el año precedente, derivada de la eficacia de los equipos de tratamiento asertivo (Del 87'1 % al 51'4 % para los pacientes sin orden judicial y del 80 % al 41'6 % para los que tenían orden judicial); 3) No existen diferencias significativas en el cumplimiento con los servicios (71 % para los pacientes con órdenes judiciales y 61 % para los pacientes sin ellas); 4) Sin diferencias significativas en el nivel de violencia de ambos grupos. Se constató la escasa frecuencia de arrestos (16 % de los pacientes sin órdenes judiciales y 18 % para los pacientes con órdenes judiciales). 5) Sin diferencias significativas en los ratios de cumplimiento con la medicación en ambos grupos; 6) Sin diferencias significativas en la calidad de vida o en la sintomatología en ambos grupos.

La conclusión final del informe es que *la orden del tribunal, por sí misma, no añade un valor en la producción de mejores resultados*. Las limitaciones del estudio han sido puestas de relieve por otro informe realizado por el propio hospital *Bellevue*¹²⁰. El mismo considera: 1) Que

¹¹⁹ POLICY RESEARCH ASSOCIATES. *Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program*, New York, 1988; también, STEADMAN, Henry J. et al. "Assessing the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program". *Psychiatric Services* 52:330-336, 2001.

¹²⁰ TELSON, Howard et al, *Report of the Bellevue Hospital Center....*

el propio informe de PRA reconoce que la reducida cantidad del grupo de estudio limita las conclusiones; 2) Que las condiciones del grupo de control y del grupo experimental fueron muy similares respecto a las inicialmente contempladas. De hecho no existió ningún caso de transporte forzoso y la diferencia entre los pacientes con o sin orden no fue entendida por los pacientes, especialmente antes de 1997. La similitud de las condiciones limita los términos de comparación; 3) El informe del PRA no justifica sus propias conclusiones. La investigación muestra que los pacientes con orden judicial sufrieron una media de 43 días de hospitalización durante el año de estudio, mientras que los pacientes del grupo de control sufrieron una media de 101 días. El informe del PRA dice que no existen diferencias significativas pero no suministra un análisis adecuado de esta conclusión. No hay discusión en la conclusión del informe que refleja que los pacientes psicóticos que no presentaban conductas de abuso de tóxicos fueron rehospitalizados mucho menos si tenían órdenes judiciales (25 %) que si no las tenían (45 %); 4) El informe del PRA no examina adecuadamente la justificación de que los pacientes sin orden judicial fueran trasladados a los hospitales estatales de forma más frecuente que los que sí que tenían orden judicial; 5) El criterio de asignación de los grupos no fue muy correcto en la medida que en el grupo de pacientes con orden judicial tenía sustancialmente un porcentaje más elevado de consumidores de drogas de abuso que el grupo de control. Ello es particularmente relevante en la medida que el informe del PRA estima que este colectivo tiene mayores tasas de rehospitalización. 6) El informe del PRA no tuvo en cuenta el historial anterior de cada paciente, lo que es de vital importancia; 7) El informe del PRA sólo refleja una proporción de los participantes; 8) El informe se limitó a aquellos pacientes que se estimó eran capaces de consentir su participación en la investigación y de hecho consintieron; 9) El propio informe reconoce sus limitaciones; 10) El informe no considera los puntos de vista clínicos sobre la efectividad del programa y muchos de los participantes expresaron que las órdenes promueven que el tratamiento se cumpla, obviando injustificadamente los puntos de vista de ellos.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



Otra de las conclusiones que reflejaba el informe del *Policy Research Associates* era que el programa piloto no incluía a pacientes que se encontraban en alto riesgo de violencia en la comunidad, lo que el estudio estimaba importante a la hora de futuras decisiones sobre la expansión del *outpatient commitment program*. El informe del Hospital Bellevue, por el contrario, señala que la idea inicial de estos programas se contenía en un informe del Dr. Jeffrey GELLER de 1990 que excluía expresamente a este tipo de pacientes, pero no se refería a aquellos que tenían un historial de peligrosidad anterior (lo que ocurría en la mayor parte de los casos) sino de peligrosidad inminente, porque estos son los que requieren hospitalización.

La conclusión más importante para nuestros fines es que el informe del Hospital señala que las órdenes judiciales a menudo permiten a los pacientes cumplir con los tratamientos y servicios externos. Estas órdenes permiten el encuentro inicial con los suministradores y son raros los problemas posteriores. Para otros pacientes, la orden sirve como un recordatorio permanente de que el cumplimiento del tratamiento es necesario para prevenir la recaída y la rehospitalización y para los pacientes con nula conciencia de enfermedad la orden judicial afirma que tanto los proveedores de servicios como el sistema judicial han determinado que el tratamiento externo es necesario y beneficioso. Particularmente ello es de relevancia para aquellos pacientes psicóticos que presentan consumo de drogas de abuso. Desde la perspectiva del hospital, los pacientes han respondido positivamente a las órdenes judiciales y no las han percibido como dañosas. Incluso los pacientes que inicialmente se oponen a las medidas no las han considerado dañosas sino que consideran exclusivamente que no las necesitan, aunque es cierto que algunos pacientes manifiestan que la experiencia es restrictiva y preferirían no padecerla. Desde luego, lo que es evidente es que la orden no sustituye a los servicios que necesariamente deben estar disponibles y tener una calidad adecuada y que el trabajo coordinado del equipo es inestimable. Aunque la orden judicial no es una panacea, en conjunción con tales servicios de calidad, permiten el acceso y el cumplimiento de pacientes que recha-

zan el tratamiento y lo precisan, constituyendo para ellos un estimable beneficio. El hecho cierto es que el hospital ha detectado más y más demandas de este tipo de actuación entre las familias.

- b) SWARTZ et al. (julio de 1998, ponencia presentada en el Congreso Internacional de Ley y Salud Mental celebrado en París), en relación a un estudio sobre un grupo de pacientes de Carolina del Norte realizado entre los años 1993 y 1996, concluyó que el *Outpatient Commitment* sólo es efectivo en acción sinérgica con un alto nivel de servicios. Las conclusiones fueron publicadas posteriormente en diversos artículos¹²¹. El estudio fue dirigido por la *Duke University Medical Center* de Durham (Carolina del Norte). El experimento se realizó con un elevado número de pacientes graves que fueron dados de alta de uno de los hospitales del Estado. A los participantes se les ofreció remuneración por su participación y *case management* en sus programas. Se crearon dos grupos: uno con orden judicial y otro sin orden (los dos grupos sumaban un total de 252 pacientes). Los resultados fueron los siguientes: 1) Los pacientes que permanecieron sometidos a la orden por períodos reducidos (las órdenes iniciales tienen una duración de 90 días), aumentaron su hospitalización (38 días de media, mientras que el grupo de control sólo 28); 2) Los pacientes que permanecieron sometidos a la orden por períodos superiores a 180 días tuvieron un índice de rehospitalización sensiblemente menor comparado con el grupo de control (el 57% de reducción de los ingresos y 20 días menos de media); 3) El mantenimiento de la orden judicial es particularmente efectivo entre los afectados de trastornos psicóticos no afectivos (trastorno bipolar y depresión mayor). En total una reducción del 72 %, precisando una media de 28 días menos de hospitalización; 4) El mantenimiento de la orden judicial sólo era efectivo, sin embargo, con un alto nivel de servicios. Con niveles inferiores a 3 servicios por mes no se encontraron diferencias en los índices de hos-



¹²¹ SWARTZ, Marvin S. et al. "Can involuntary outpatient commitment reduce hospital recidivism?" *American Journal of Psychiatry*. 156:12. 1968-1975. De los mismos autores: "A randomized controlled trial of outpatient Commitment in North Carolina" *Psychiatric Services* 52:325-329, 2001.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



pitalización; 5) Se redujo también considerablemente el índice de violencia en la comunidad.

La conclusión es que la orden judicial sólo es efectiva sí es mantenida y es acompañada de un elevado nivel de servicios. Los autores subrayan, sin embargo, que los pacientes generalmente consideran que el incumplimiento puede acarrearles graves sanciones y que tal consideración de coerción y baja autonomía da lugar al fracaso de las órdenes que tienen un escaso período de cumplimiento.

No obstante, el estudio ha recibido ciertas críticas en cuanto a los resultados por parte del *Bazelon Center* y por parte de RIDGELY et al. puesto que probablemente los sujetos de estudio han recibido más servicios que lo que es habitual en la práctica de las órdenes judiciales de Carolina del Norte, que las previsiones legales de uso de la fuerza no son sistemáticamente implantadas como práctica habitual, que los hechos sólo pueden evaluarse en personas que han sido dadas de alta del hospital pero no respecto a las que inician la orden desde la propia comunidad y que existen otros factores en la diferencia entre los sometidos a procesos cortos y largos de órdenes judiciales que no han sido suficientemente evaluados.

Pese a la relatividad de estos resultados, sí que puede destacarse un hecho cierto: las órdenes judiciales no tienen operatividad si no existe un buen nivel de servicios. Los críticos de este tipo de intervenciones subrayan la existencia de literatura que considera más adecuada la intervención propia del denominado tratamiento asertivo que, pese a sus posibles críticas como forma de control social, es el que presenta mayor literatura de resultados efectivos y menos alienantes. La creación de un sistema amplio y accesible de cuidados para consumidores con las más complejas necesidades es necesaria se adopte regulación para las medidas de tratamiento involuntario ambulatorio o no¹²².

¹²² NATIONAL ASSOCIATION OF STATE MENTAL HEALTH PROGRAM DIRECTORS. *Technical Report on Involuntary Outpatient Commitment*. Approved by the NASMHPD Medical Directors council October 9, 2001. Algunos autores estiman que, incluso demostrando la eficacia de las órdenes para un reducido grupo de población, los esfuerzos deben ir dirigidos exclusivamente a mejorar el sistema público de salud mental (así, ALLEN, Michael y

¿Cómo posicionarse ante la “ceremonia de la confusión”? Como señala O'REILLY¹²³, aunque se ha sugerido que no habría necesidad de este tipo de órdenes si los gobiernos suministraran servicios adecuados a la comunidad, desafortunadamente, esta afirmación debe ser descartada. Existe un pequeño grupo de pacientes que pese al suministro intensivo de servicios de calidad por los equipos de tratamiento asertivo comunitario persistentemente rechazan el tratamiento y seguimiento, debido a la falta de conciencia de enfermedad.



Efectivamente, el tratamiento ambulatorio involuntario no es una solución para todo el sistema de salud mental. Sólo resuelve una serie de casos que, hasta su implantación, eran de imposible solución y daban lugar a situaciones inhumanas o internamientos prolongados. Esto no significa que no se hayan cometido errores de legislación en los que no debemos incurrir. Como pone de relieve APPELBAUM, este tipo de intervenciones tiene sentido para pacientes que han demostrado que no pueden o no solicitarán tratamiento externo y que sufrirán deterioro considerable o precisarán hospitalizaciones repetidas, pero no sirve para solucionar otro problema que es el de la violencia originada por las personas que padecen enfermedad mental¹²⁴. El autor señala que, con seguridad, la disponibilidad de medios adecuados mejorará la asistencia pero que, dada la naturaleza de muchos trastornos en los que se niega la enfermedad y la necesidad juega un importante papel, parece improbable que incluso en un sistema óptimo de tratamiento pueda ponerse fin al problema de la “puerta giratoria”. Por otro lado, aunque sería maravilloso ver un sistema de atención a la salud mental con presupuesto completo, alrededor de dos décadas de experiencia con los sistemas públicos de salud en EE.UU. arrojan serias dudas sobre qué hay de real en esta meta. Las políticas deben hacerse conforme a la situación real del mundo. Muchos pacientes severos simplemente quedan fuera de los cuidados¹²⁵.

SMITH Vicki F. “Opening Pandora’s Box: The practical and legal dangers of involuntary outpatient commitment” *Psychiatric Services* 52:342-346, 2001).

¹²³ O'REILLY, Richard “Why are Community Treatment Orders”

¹²⁴ APPELBAUM, Paul S. “Ambivalence codified: California’s new outpatient commitment statute”. *Psychiatric Services*, January 2003, Vol. 54, n.º 1, páginas 26 a 28.

¹²⁵ APPELBAUM, Paul S. “Thinking carefully about outpatient commitment”. *Psychiatric Services*, March 2001, Vol. 52, n.º 3, páginas 347 a 350.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



8.3.5. Desmontando mitos y falsas creencias sobre el tratamiento involuntario

8.3.5.1. Sobre la pretendida aplicación masiva y dirigida a toda la población

Muchos de los ataques que se reciben a este tipo de tratamientos radica en que existe una indefinición de la población que puede verse afectada de tal forma que puede llegar a alcanzar, según refieren, a todo el conjunto de la población dada la expansión del concepto de salud mental existente en la época.

El cambio del sistema de atención a la salud mental ha permitido que patologías que tradicionalmente no acudían al entonces principal dispositivo de atención (el hospital psiquiátrico) hoy sean mayoritarias en el actual (la unidad o centro de salud mental) y que las anteriormente mayoritarias, como la esquizofrenia, hayan disminuido en proporción de número de pacientes de forma impresionante.

¿Puede decirse de ello que todas las personas que acuden a este dispositivo son serias candidatas a la medida? Rotundamente, no. Existe un sistema legal definido para evitarlo. Estas son sus características principales:

a) El primer límite viene constituido por el recogido en el artículo 2 de la Rec(2004)10. La Recomendación se aplica a las personas con trastorno mental definidas de acuerdo con los estándares médicos aprobados internacionalmente. La falta de adaptación a los valores morales, sociales, políticos o de cualquier otra naturaleza de una sociedad por sí mismas no pueden ser consideradas trastorno mental. Los principios de Naciones Unidas (A/RES/46/119), en su número cuatro, especifican más lo anterior:

Principio 4. Determinación de una enfermedad mental.

1. La determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

2. La determinación de una enfermedad mental no se efectuará nunca fundándose en la condición política, económica o social, en la afiliación a un grupo cultural, racial o religioso, o en cualquier otra razón que no se refiera directamente al estado de la salud mental.
3. Los conflictos familiares o profesionales o la falta de conformidad con los valores morales, sociales, culturales o políticos o con las creencias religiosas dominantes en la comunidad de una persona en ningún caso constituirán un factor determinante del diagnóstico de enfermedad mental.
4. El hecho de que un paciente tenga un historial de tratamientos o de hospitalización no bastará por sí solo para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.
5. Ninguna persona o autoridad clasificará a una persona como enferma mental o indicará de otro modo que padece una enfermedad mental salvo para fines directamente relacionados con la enfermedad mental o con las consecuencias de ésta.

Los principios anteriormente sentados no son sólo meras recomendaciones, constituyen parte de la interpretación del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (véase, como ejemplo el caso Winterwerp¹²⁶).

Este problema tiene su raíz en el falso diagnóstico y en el problema de detenciones arbitrarias fundadas en los motivos más peregrinos que dio lugar a la creación de todo el sistema de protección judicial de los internamientos en el siglo XIX. Todos los países tienen ejemplos de procesos por detenciones ilegales en este siglo (en el nuestro podemos citar el caso de Juana Sagrera, en Valencia). Tampoco faltan ejemplos en el siglo XX, como

¹²⁶ En el caso *Winterwerp* (Sentencia de 24-10-1979, EDE 79/483), el Tribunal señaló que la primera cuestión a dilucidar es qué debe entenderse por “enajenado”: *El convenio no define lo que es un enajenado. Este es un concepto que no se presta a una definición definitiva, pues depende de los progresos de la psiquiatría, de los avances en el tratamiento y de los cambios de actitud de la comunidad, cada vez más proclive a la comprensión de los problemas de los enfermos mentales. En todo caso, el artículo 5.1.e) no autoriza a internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se apartan de las normas predominantes en una determinada sociedad. Y ello porque dicho precepto señala excepciones al derecho a la libertad personal mediante una lista taxativa (caso “Engel y otros”; caso “Irlanda contra Reino Unido”) que debe ser interpretada por ello estrictamente (caso “Klass y otros”; caso “Sunday Times”).*



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



el problema de los ingresos psiquiátricos por motivos políticos en la extinta Unión Soviética (caso, por ejemplo, del General Grigorenko). El estudio de estos problemas, como estrategias de poder, tuvo su punto álgido en la década de los 70¹²⁷. Actualizar este debate hoy día, al margen de crear una alarma absurda entre la población, sólo constituye un ejercicio de “antipsiquiatría” en su sentido más rancio.

b) El segundo límite viene determinado por el hecho de que, en nuestro Derecho, para la aplicación de estas medidas es necesario que el sujeto carezca de capacidad de decisión. Esto sólo se da en los trastornos más graves. Que esto es así se demuestra estadísticamente. Uno de los elementos básicos de las legislaciones que han creado este tipo de órdenes es la publicación periódica de estos datos. Vamos a examinar los diagnósticos que se han dado en la más conocida de las leyes, la Ley Kendra. Desde noviembre de 1999 hasta diciembre de 2002 los diagnósticos de las personas afectadas por la orden eran: 70 % esquizofrenia y 13% trastorno bipolar. La mayoría del grupo (60%) presentaban patología dual concurrente¹²⁸. Con independencia de los modelos de tratamiento involuntario, las características de los diagnósticos son similares¹²⁹.

c) Por último, hay un tercer elemento material y básico que es el recogido en el artículo 7 del Convenio de Oviedo: la existencia de un riesgo considerable para la salud de la persona afectada y otro de carácter material que debe ir asociado no sólo por las recomendaciones internacionales sino porque es el entendimiento racional del convenio: que no exista otra intervención menos restrictiva. Esto reduce al mínimo el número de casos.

¹²⁷ Entre otros muchos escritos de aquellos años, hay uno que, a mi juicio, permite acercarse a la discusión de la época. Se trata de un diálogo en el que intervienen varios interlocutores y, entre ellos, el filósofo (o filósofo-historiador) Michel Foucault y David Cooper que fue publicado inicialmente en 1977 bajo el título de “Encierro, psiquiatría y prisión”. Puede localizarse en la obra de FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder*. Selección e introducción de Miguel Morey. Ed. Alianza, Madrid, 2004, páginas 102 a 138.

¹²⁸ NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH. *Kendra's Law. An interim ...*, página 7.

¹²⁹ Así, por ejemplo, en Israel, los diagnósticos del espectro de la psicosis, mayormente esquizofrenia (68'1 %) y trastornos afectivos, son mayoritarios. DURST, Rimona et al. “Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel”. *Psychiatric Services*, May 1999. Vol. 50 n.º 5, páginas 698 a 700.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

Estadísticamente es completamente falso que el número de intervenciones de este tipo sea masivo y desproporcionado. Por ejemplo, En Saskatchewan (Canadá) sólo se constataron, durante un período de 3 años, 63 órdenes, siendo el grado de satisfacción de los psiquiatras aplicadores elevado¹³⁰. En Israel, durante los cuatro primeros años de aplicación de la nueva Ley (1991) sólo 208 pacientes (326 órdenes en total) fueron sometidos a la medida en los distritos de Jerusalén e Israel Sur. Los distritos tenían una población de 646.1000 y 734.800 personas respectivamente. Durante el mismo período, 5.364 órdenes de hospitalización involuntaria fueron realizadas, lo que da lugar a un ratio de 16'45 hospitalizaciones involuntarias por cada intervención involuntaria en la comunidad¹³¹. En el período ya señalado de la Ley Kendra, fueron remitidos un total de 7.938 casos a los coordinadores locales y sólo 2.559 (30 % de los remitidos) se consideraron potencialmente elegibles para la orden de tratamiento involuntario, siendo materializadas un total de 2.433 (95 % de las potenciales) y renovadas un total de 1.120¹³².



Por otro lado, los ejemplos expuestos, remiten a países que tienen dotación y que se han tomado en serio el problema. TORREY y KAPLAN, en 1995 investigaron el uso del *outpatient commitment* en Estados Unidos donde se conoce legislación de este tipo desde hace muchos años y encontraron que, de 35 Estados con legislación, sólo 12 relataban su uso corriente o muy habitual. Un sinnúmero de razones se barajaron, entre las que se incluyen: 1) Los problemas con los derechos civiles y la responsabilidad de los profesionales; 2) La falta de información e interés; 3) La falta de recursos coercitivos en los casos de falta de cumplimiento; 4) La inexistencia de consecuencias para el hecho del incumplimiento; 5) Los criterios exageradamente restrictivos; 6) El miedo al incremento del presupuesto fiscal derivado de la

¹³⁰ CENTRE FOR ADDICTION AND MENTAL HEALTH. CAMH Best Advice Paper. *Community Treatment Orders: Overview and Recommendations. Experience of other jurisdictions*, Toronto, febrero de 2000 (revisado en marzo de 2001). Sobre la práctica en Saskatchewan y el grado de satisfacción de los aplicadores, ver también O'REILLY et al. "A Survey of the use of Community Treatment Orders by Psychiatrist in Saskatchewan". *Can J Psychiatry* 2000;45:79-81.

¹³¹ DURST, Rimona et al. "Evaluation...."

¹³² NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH. *Kendra's Law. An interim ...*, página 6.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



necesidad de contratar más personal para el control del cumplimiento de las órdenes y para suministrar más tratamiento hospitalario¹³³.

En mi experiencia personal estos supuestos son contados y es la misma conclusión que parece deducirse del trabajo de otros profesionales que han intervenido en la aplicación de medidas de este tipo en Madrid y San Sebastián.

8.3.5.2. *Sobre el pretendido carácter discriminatorio de la medida.*

En primer lugar, tendríamos que definir qué es discriminación. Vamos a volver a los Principios de Naciones Unidas de 1991 (principio 1.4):

Por "discriminación" se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación. La discriminación no incluye ninguna distinción, exclusión o preferencia adoptada de conformidad con las disposiciones de los presentes Principios que sea necesaria para proteger los derechos humanos de una persona que padezca una enfermedad mental o de otras personas.

Ya analizamos anteriormente el problema de la conformidad con los principios constitucionales y los derechos humanos de la propuesta. También analizamos el problema que plantea la fórmula de regulación de la atención a la salud mental en nuestro país, en el que no existe legislación especial.

Como ya señalé, la propuesta no ha intentado modificar este esquema en absoluto, sino que ha seguido sus principios. Ahora es el momento de expli-

¹³³ TORREY, E.F. y KAPLAN, R.J. *A National Survey...*

car sus fundamentos desde la perspectiva de si verdaderamente constituye un menoscabo de derechos o, por el contrario, una garantía de los mismos.

Pueden existir diferencias de apreciación sobre lo que es una intervención médica involuntaria. Por ejemplo, podría incluirse en dicha apreciación el hecho de poder recibir sanciones por no seguir un tratamiento prescrito por la seguridad social ante la situación de invalidez o incapacidad laboral transitoria de un ciudadano o de otro tipo (por ejemplo, las motivadas por no acudir a un seguimiento médico-forense de unas lesiones). Desde nuestra perspectiva vamos a recoger las dos más importantes a nuestro juicio que son los tratamientos por motivos de salud pública recogidos en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril y los derivados de la aplicación de los criterios de incapacidad del artículo 6 del Convenio de Oviedo.

Aunque determinados autores como TORREY¹³⁴ estiman que existe analogía entre las medidas de salud pública y el tratamiento psiquiátrico, yo no estoy de acuerdo con esa afirmación.

Es evidente que nuestra legislación mantiene el criterio de equiparación con el de la incapacidad para prestar consentimiento y la sustitución por mecanismos de representación que tienen acotadas limitaciones de participación del afectado en la medida de sus posibilidades (artículo 6.3., segundo párrafo del Convenio de Oviedo) y respeto de los deseos expresados con anterioridad (artículo 9). Como ya señalamos en otro apartado, nuestra Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente, en el caso de adultos, distingue dos supuestos: incapacidad legal e incapacidad de hecho para tomar decisiones.

En el caso de la incapacidad legal, existe obligación permanente del representante legal de promover la recuperación o adquisición de la capacidad (artículos 269 n.º 3 del C.C. y 218 del Código de Familia catalán).

¹³⁴ TORREY, E. Fuller y MILLER, Judy. "Can psychhiatry learn from tuberculosis treatment?" *Psychiatric Services* 50:1389, 1999.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



En el caso de la incapacidad de hecho e incapacidad de decisión, es únicamente el médico el que determina cuando se da este supuesto. Los criterios de representación son más amplios en cuanto a los posibles candidatos pero no por ello dejan de existir mecanismos de control.

Que la evaluación de la capacidad de hecho para consentir sea realizada por el médico y no por el juez (como se realiza en la incapacidad legal) no supone ninguna circunstancia de anormalidad, existe consenso general en que es la figura adecuada para ello. SIMÓN¹³⁵ señala varias razones para ello:

- 1) La primera es de tipo consuetudinario. Los médicos españoles llevan desarrollando esta tarea desde siempre, siendo una práctica socialmente tolerada y contemplada como parte del quehacer médico habitual.
- 2) La segunda viene derivada del propio contrato. Si su esencia es el consentimiento informado, deber ineludible del sanitario es asegurarse de su validez, estando obligado a cerciorarse de la capacidad de hecho del paciente.
- 3) Por último, una razón de orden práctico, si la función se realizara siempre por el estamento judicial, podría producirse una excesiva dilatación en el tiempo en una materia en que la agilidad reviste singular importancia por el riesgo para la salud y la vida de los pacientes.

Pero esto no es así en todos los casos, existen excepciones en las que la intervención judicial se hace necesaria. Ejemplos de ello son:

- a) La esterilización de incapaces (artículo 156 C.P.).
- b) Internamiento en establecimiento de salud mental (artículos 763 de la nueva LEC y 219 y 255 del Código de Familia catalán).

¹³⁵ SIMÓN, Pablo. *El consentimiento informado*. Editorial Triacastela. Madrid, 2000. Páginas 334 y 335.



- c) Aquellos que puedan poner en peligro grave su vida o integridad física o psíquica (artículo 219.1.b del Código de Familia y artículo 6.3.b de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja).
- d) Aquellos casos que el Juez estime oportuno por la naturaleza del tratamiento como medida de vigilancia y control (por ejemplo, los anteriores en el territorio de derecho común; artículos 233 C.C. y 181 del Código de Familia).

También existen otros en los que la intervención está prohibida incluso con la intervención de representantes, como por ejemplo:

- a) Cirugía transexual (artículo 156 C.P.).
- b) Eutanasia directa (artículo 143 C.P.).
- c) Donación de órganos (artículo 4 de la Ley 30/1979 y 155 C.P.).
- d) Extracción de tejidos no regenerables (artículo 7 apartado 1 del Real Decreto 411/1996 de 1 de marzo).
- e) Reproducción asistida (artículo 6 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y 162 del C.P.).
- f) Aquellos que no redunden en el beneficio directo del paciente (artículo 6.1. del Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina, que recoge, como excepción los señalados en los artículos 17 y 20).

También, por último, existen casos singulares, en los que, a pesar de existir representantes e incapacidad de hecho o judicial declarada, el simple rechazo de la persona que carece de capacidad de decisión, incluso no habiendo sido adoptada en un momento en que tuviera capacidad, impide la intervención. Así, extracción de tejidos regenerables (artículo 20 apartado 2) e investigación científica (artículo 17.1.V del Convenio relativo a los derechos humanos y a la Biomedicina).

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



Como vemos, pues, en atención a las distintas características de los diferentes tratamientos, se establecen sistemas de protección, ello no debe de extrañarnos, las recomendaciones internacionales exigen que, para los casos de incapacidad, exista un elenco suficiente de medidas para la protección de los asuntos, tanto personales como patrimoniales, de los afectados y que el ámbito de estas medidas incluya, en los casos oportunos, aquellas que no restrinjan la capacidad legal de la persona afectada¹³⁶.

La involuntariedad de los tratamientos no conoce de lugares. Pueden ser administrados en el hospital o no. El problema ahora surge de si, dado que el tratamiento ambulatorio psiquiátrico no es diferente a los restantes tratamientos, si es necesario suministrar una protección adicional a los casos de tratamiento involuntario en la comunidad.

La respuesta es muy clara: Sí. No es necesario en aquellos casos en que la intervención sea puntual, pero por el contrario, es de estimar que es preciso una protección adicional y ello por las siguientes razones:

- a) Porque las intervenciones en esta materia no son puntuales, suelen prolongarse en el tiempo, y el precepto del artículo 9.3.a. de la Ley 41/2002 no tiene ni siquiera limitación de plazo.
- b) Porque la intervención en estos casos tiene un requisito adicional previsto en el Convenio de Oviedo: el riesgo para la salud del afectado que introduce una diferenciación en este tipo de tratamientos en el artículo 7 y que precisa de una evaluación.
- c) Porque el propio Convenio de Oviedo establece expresamente la necesidad de condiciones de protección, previstas por ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

¹³⁶ Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces. Principio 2. Flexibilidad en la respuesta legal.



En el momento actual no hay Convenio ni normativa expresa sobre esta materia, salvo la aplicación de los criterios generales en materia de protección de incapaces como el artículo 216 del Código Civil, que carecen, a mi juicio, de los mínimos destinados a este tipo de medidas. Aquí es donde entra la Rec(2004)10 tantas veces citada, que constituye la prolongación de una amplia tradición del Consejo de Europa en la atención a las cuestiones de salud mental, a las que el propio informe explicativo del Convenio remite y que presenta una estructura legal de protección para estas cuestiones, como ya hemos visto.

Bien, la conclusión es clara: existe una estructura legal (la propia del consentimiento por representación) que establece distintas posibilidades de intervención y en la que el paciente psiquiátrico no entra en situación de desigualdad con las restantes patologías no psiquiátricas pero que no atiende a sus características específicas, según resulta de la propia normativa vigente.

La adopción de medidas de garantía adicionales se justifica por imposición del propio Convenio y en seguimiento de una recomendación internacional. Sentado lo anterior y volviendo a los principios de Naciones Unidas recogidos en el inicio de este epígrafe, vemos claramente que no existe discriminación en ningún sentido.

8.3.5.3. *Del milagro de la transformación o de cómo los Jueces se convirtieron en Psiquiatras por la bendición de la ley*

Una de las críticas más significativas que ha recibido la propuesta es una de las realizadas por la Asociación de Usuarios de Salud Mental (ADEMM):

Es un acto claramente judicial y no una intervención terapéutica, como se pretende, desde el mismo momento en el que quien toma la decisión es un juez y no un médico.

Este tipo de posturas no es nueva. No comparto, por descontado y como ahora se verá, la anterior opinión pero reconozco que es necesario aludir a

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



este problema. Desde luego, para todos los que trabajamos en el ámbito de la incapacidad, conocemos la diferencia entre “autorización” y “orden”, sistema que se mantiene en la propuesta. Por otro lado, en la propuesta se amplía considerablemente la intervención médica tanto en la prescripción de la medida (que, como en el internamiento, sigue siendo cuestión médica) como en la determinación de los mínimos de recursos, seguimiento, control y cese, potestades que siguen correspondiendo exclusivamente a los clínicos. Las personas que no son profesionales pueden tener una percepción equivocada, pero la realidad legal es esta.

Cuestión distinta es el papel de los Jueces en el marco del tratamiento involuntario psiquiátrico con carácter general.

APPELBAUM y GRISSO señalan que, hasta fechas muy recientes, era común para los médicos presumir que la enfermedad mental, el retraso mental o el deterioro cognitivo eran, de por sí, motivo suficiente para estimar que el individuo carecía de capacidad de decisión para consentir un tratamiento. Esta presunción también formaba parte del ordenamiento jurídico¹³⁷. Realmente, la intervención judicial no fue motivada por la posibilidad de incluir al enfermo dentro del proceso de decisión sanitario, sino exclusivamente para impedir el falso diagnóstico que pudiera dar lugar a una detención arbitraria. Este fue el objetivo de las primeras normas como la *Madhouses Act* de 1774 y la *County Asylums Act* de 1808 (Inglaterra), la ley de 30 de julio de 1838 (Francia), la de 27 de abril de 1884 (Holanda) o el R.D. de 19 de mayo de 1885 en España¹³⁸. La cuestión del consentimiento informado, con carácter general, es mucho más reciente en el tiempo, no alcanzando su pleno desarrollo hasta las décadas de los 60 y 70 del siglo XX, coincidiendo con el nacimiento de la bioética y con la extensión del principio de autonomía a la sociedad en su conjunto. Con tímidos pre-

¹³⁷ *Op. cit.*, páginas 18 y 68.

¹³⁸ Con anterioridad al Decreto de 1885 existían, en los reglamentos de los establecimientos, disposiciones que exigían que el ingreso en el manicomio debía ser supervisado por los Jueces. (Así, los artículos 20 a 23 del Reglamento del Hospital del Nuncio de Toledo del año 1847 que pueden consultarse en MARQUEZ MORENO, M.^a Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX*, Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989, páginas 210 a 213).

cedentes, no es sino hasta la Ley General de Sanidad de 1986 cuando se consolida legislativamente en nuestro país.

Desde el plano puramente de los principios, es claro el papel del Juez: asegurar que las decisiones adoptadas y los procedimientos cumplen las garantías legales previstas en atención a los derechos fundamentales del afectado. El papel del clínico es tomar las decisiones médicas en conjunción con los representantes (legales o informales) y, en la medida de las posibilidades, con el propio paciente. Sin embargo, es de reseñar que se han desarrollado legalmente injerencias absurdas en algunas legislaciones, como la necesidad de especificar dosis de tratamiento en las resoluciones judiciales, aspectos que hoy día se observan claramente absurdos. También es incorrecto que la decisión en sí misma sea realizada por un Juez y no por el clínico como sucede en algunos Estados de EE.UU.¹³⁹.

Siendo cierto lo anterior, el hecho es que, desde prácticamente los comienzos de la psiquiatría, la relación jueces-psiquiatras ha distado de ser óptima y ello, en buena parte, por falta del adecuado reconocimiento de la profesión. Nuestra primera norma de internamientos (R.D. de 19 de mayo de 1885) fue caótica en su aplicación¹⁴⁰, burocratizando la asistencia de un modo inverosímil. El Decreto de 1931 prácticamente suprimió el control judicial pro-

¹³⁹ O'REILLY, Richard L. "Does involuntary out-patient treatment work?" *Psychiatric Bulletin* (2001) 25:371-374.

¹⁴⁰ Así se quejaba el Médico-Director del Manicomio Provincial de Palma de Mallorca: "El médico del manicomio público no puede admitir a un enfermo ni sin expediente, ni con el expediente con urgencia declarada; necesita la orden de admisión; de manera que ni siquiera se le reconoce la responsabilidad de saber leer un documento y poder comprobar que está completo./ Pero el expediente tarda en acabarse y la familia no puede ya retener en su casa a una persona en tal estado de excitación. Ante el rigor de la ley, viene rápidamente su incumplimiento, y la autoridad (alcalde, jefe de urbanos, policía, etc.) ordenan su "detención" y traslado a los calabozos municipales, a la cárcel pueblerina, a cualquier asilo "menos al manicomio"; allá permanece dos, cuatro, seis días, a veces semanas. Durante este tiempo no le visita ningún médico, ni se le trata (todo lo más se le maltrata!), la gente le visita y le hace objeto de mofa./Tramitado el expediente se le conduce al manicomio. No hay organización de este servicio, ni personal para ello; si al llegar a la capital, falta alguna diligencia o la orden de admisión, último trámite que no necesitan los enfermos ricos, entonces el enfermo pasa a "descansar" en otros calabozos municipales hasta el día siguiente o el otro./ Por falta de personal apto, la conducción la verifica, a veces, la Guardia civil o Seguridad; a pesar de la terminante prohibición existente de que estas fuerzas intervingan". ESCALAS REAL, Jaime. "La legislación manicomial española en la letra y en la práctica" *Archivos de Neurobiología* n.º 3 del Tomo VII, Madrid, 1927. Páginas 97 a 120.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



blemente por estas razones. A partir de 1983 volvemos a convivir y se incrementan las facultades de los clínicos también en otros aspectos como las declaraciones de incapacidad en cuyos procedimientos, hasta esa fecha, su intervención no era preceptiva.

La convivencia no ha sido del todo pacífica. Los problemas con la ejecución de los internamientos y las injerencias en campos que no son los propios han dificultado la necesaria comprensión mutua.

Esta cuestión, en el Derecho comparado, observable en países como el Reino Unido o Australia, presenta una variante en la creación de órganos especializados. El Convenio Europeo de Derechos Humanos no exige que el órgano de revisión sea judicial. La mención “tribunal” permite la creación de organismos de tipo administrativo si se demuestra que gozan de la necesaria independencia y ofrecen suficientes garantías procesales para las características de la detención en cuestión¹⁴¹.

En nuestro país esta alternativa no se ha planteado. Es necesario hacer reflexión de nuestros medios, humanos y materiales, en Fiscalías y Juzgados, la necesidad de la especialización, las reuniones periódicas, la creación de reglas de buena práctica y protocolos, aspectos que ya han dado fruto en materias como el internamiento, pero que requieren un gran esfuerzo y para en los que queda mucho trabajo por desarrollar.

En fin, los títulos hay que obtenerlos en las respectivas Facultades.

8.3.5.4. Sobre la ruptura de la “alianza terapéutica” y la “farmacracia”

La relación médico-paciente implica un compromiso mutuo y una relación de confianza. El médico psiquiatra también se encuentra vinculado por esta

¹⁴¹ STEDH de 5-11-1981, EDE81/1161.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

premisa. La declaración de Hawai de 1977 de la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría, en este sentido, expresa:

La relación terapéutica entre el paciente y el psiquiatra está fundada sobre un acuerdo mutuo. Exige confianza, respeto al secreto, la apertura, la cooperación y la responsabilidad mutua.



En el mismo sentido, la Declaración de Madrid de de 1996 de la citada Asociación expresa:

El paciente debe ser aceptado en el proceso terapéutico como un igual con derecho propio. Esta es la piedra angular de toda relación terapeuta-paciente basada en la confianza mutua y el respeto, y es la que permite al paciente tomar decisiones libres e informadas.

Sin duda, este propósito debe perseguirse como regla general pero también existen excepciones que las citadas Declaraciones especifican. Así, la Declaración de Hawaii expresa:

Tal relación puede no ser realizable con ciertos enfermos severamente afectados. En estos casos, como en el caso del tratamiento de niños, debe establecerse contacto con una persona del entorno inmediato al paciente y que sea aceptado por ella [...] Ningún tratamiento debe ser efectuado en contra de la voluntad del propio paciente o con independencia de él, a menos que el sujeto no tenga la capacidad de expresar sus propios deseos o bien, por su enfermedad psiquiátrica, no pueda discernir lo que va en el sentido de su propio interés o, por la misma razón, representa una severa amenaza para otros.

En estos casos, un tratamiento de oficio puede o debe ser administrado, con la condición de que sea en interés del paciente y solamente durante un período de tiempo juzgado como absolutamente necesario. El consentimiento claro y retroactivo debe ser razonablemente esperado, y todas las veces que sea posible, el consentimiento debe ser obtenido de alguien próximo al paciente.

Tan pronto las condiciones anteriormente mencionadas, para un tratamiento involuntario e impuesto, no sean aplicables al paciente, debe salir de él, a menos que no consienta, voluntariamente, en un tratamiento posterior.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



Cada vez que haya un tratamiento impuesto o una retención, el paciente debe disponer de una instancia de apelación y debe ser informado de la existencia de tal instancia y debe tener el derecho de poder recurrir a ella personalmente, o con la ayuda de su representante, y esto sin tener que pasar por los miembros del personal hospitalario.

Del mismo modo, la Declaración de Madrid expresa:

Si el paciente estuviere incapacitado o hubiere perdido su capacidad de juicio a causa de un trastorno mental, el psiquiatra deberá consultar con su familia y, si fuera necesario, buscar consejo jurídico, con el objeto de salvaguardar la dignidad humana y los derechos legales del paciente. No se debe llevar a cabo ningún tratamiento en contra de la voluntad del paciente, salvo que esto fuera necesario para salvaguardar su bienestar o el de sus allegados. El tratamiento deberá ser realizado de acuerdo con el mejor interés del paciente y el espíritu de esta declaración.

Como señala ROLFE¹⁴², las relaciones terapéuticas son complicadas e incluyen paradojas y ambigüedades. Los clínicos manejan tales relaciones de forma distinta dependiendo de su experiencia, de su personalidad, de su estatus y de su propia posición ética personal. Si un clínico cree firmemente que no es posible tener una relación terapéutica conforme a patrones de involuntariedad, escogerá o la relación voluntaria o la relación de mínimo contacto. Por otro lado, muchos clínicos piensan que tienen suficiente destreza para tener una relación terapéutica efectiva con pacientes bajo órdenes de tratamiento estimando que el elemento coercitivo sólo es una pequeña parte de la relación de trabajo.

Como pone de relieve O'REILLY¹⁴³, Existe escasa investigación sobre el efecto de las órdenes en esta relación. Pero, como acertadamente pone de relieve este autor, *la comparación apropiada puede no ser entre una buena relación y una mala sino, más bien, entre una relación, aunque bajo coerción, y ninguna.*

¹⁴² ROLFE, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 45.

¹⁴³ O'REILLY, Richard "Why are Community..."



En efecto, la mayor parte de los pacientes que son sometidos a órdenes en los diferentes países del mundo no acuden a los servicios de salud mental y, precisamente, son este tipo de intervenciones las que permiten la posibilidad de un seguimiento. De hecho, en muchas ocasiones, no acceden por los filtros ordinarios del sistema (atención primaria o centros de salud mental), sino que aparecen por primera vez en las unidades de agudos o, en ocasiones, se conoce por primera vez el problema en las Fiscalías, sin la existencia de un diagnóstico previo.

A mi juicio, hay dos factores de importancia a la hora de afrontar el problema:

- a) El concepto de trastorno mental del que se parte. FULFORD¹⁴⁴ estima que la Psiquiatría es éticamente más conflictiva que las restantes ramas de la medicina por dos razones: 1) mientras que los problemas de la medicina de alta tecnología son aplicables a situaciones límite del ejercicio profesional, los problemas del tratamiento psiquiátrico involuntario afectan a todo el mundo y a diario, no constituyendo un problema meramente teórico; 2) además no es un problema sencillo, sino muy profundo en la medida en que sólo en psiquiatría un paciente adulto, de inteligencia normal y totalmente consciente, puede recibir tratamiento sin consentimiento no sólo para proteger a los demás, sino en su propio beneficio.

La enfermedad mental, pues, tiene, según FULFORD, un carácter especial en la medida en que se justifica el tratamiento psiquiátrico involuntario en circunstancias en las que no se justificaría si el problema fuera físico. El autor subraya la importancia de perfilar el concepto de lo que es el “trastorno mental”, por una serie de motivos que pasamos a exponer: 1) el modelo biomédico de enfermedad se funda en el trastorno concreto de una función, de carácter objetivo, sin in-

¹⁴⁴ K.W.M. FULFORD, “Filosofía analítica, neurociencias y concepto de trastorno”, en el libro conjunto de BLOCH, CHODOFF y GREEN *La ética en psiquiatría*; Madrid, 2001, páginas 161 y ss.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



terferencias de juicios de valor; 2) en la actualidad, la Psiquiatría no ha podido identificar un concreto deterioro de la función cognitiva en el síntoma central de la enfermedad mental: el delirio; 3) la hipótesis de excepción al principio general del consentimiento informado radica en la inexistencia de una decisión *racional*; 4) si admitimos que esa *racionalidad* no se corresponde con el modelo biomédico en la medida en que no se ha podido aún identificar el trastorno necesario de la función cognitiva, tendremos que afirmar que la racionalidad es un concepto cargado de juicios de valor y no es, por tanto, un problema médico, propiamente científico, sino inserto en el mundo humano de la moral; 5) si admitimos que el concepto de trastorno mental es un concepto moral y no médico, el tratamiento involuntario entonces no es un concepto médico objetivo, sino simplemente moral, lo que determina que se desarrolle sobre bases indefinidas.

FULFORD, en otro apartado de su trabajo, rebatirá ese concepto tan estrecho del modelo biomédico. A nosotros lo que nos interesa destacar en este apartado es el problema que se deriva del artículo 7 del Convenio relativo a los derechos humanos y a la biomedicina. Como ya dijimos, se trata de una excepción al principio general del artículo 5, excepción fundada en el hecho de que aunque los pacientes mentales son teóricamente capaces de consentir una intervención sanitaria en términos generales, son incapaces de comprender la necesidad para el tratamiento estrictamente psiquiátrico. Poseer un concepto claro de lo que es la capacidad de decisión y criterios lo más objetivos posibles para su medición cobra una importancia capital¹⁴⁵.

- b) El concepto de coerción que se maneje. Los principios de Naciones Unidas señalan que el consentimiento debe ser obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida. Hay que delimitar, pues, el límite de la coerción y ver si se cumple en la realidad.

¹⁴⁵ Sobre este problema, remito a mi trabajo "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado", páginas 672 a 678. También al libro de AMADOR, Xavier F. et al. *Insight and Psicosis*, Oxford University Press, New York, 1998.



WERTHEIMER (1993) estima: “La visión estándar de las propuestas coercitivas es que la amenaza fuerza mientras que el ofrecimiento no. El punto crucial de la distinción entre amenazas y ofrecimientos es que A realiza una amenaza cuando B estará peor que en una *posición de partida de referencia*¹⁴⁶ si B no acepta la proposición de A, pero que A realiza un ofrecimiento cuando B no estará peor que en una posición de partida de referencia si B no acepta la proposición de A. Desde este punto de vista (...) la llave para comprender lo que se considera propuesta coercitiva es fijar adecuadamente la posición de partida de B o situación presente”.

Como señala SZMUKLER¹⁴⁷, los equipos de salud mental comunitaria pueden ejercer diversas presiones para conseguir que un paciente coopere con el tratamiento. La menos problemática es la persuasión, es decir, *convencer a alguien de algo mediante argumentos y razones* (BEAUCHAMP y CHILDRESS¹⁴⁸). La estrecha relación con el paciente permite entender que existirá una cierta influencia o presión interpersonal. Distinto de lo anterior, como señala el autor, es el recurso a otros instrumentos como: 1) la “coerción propiamente dicha” que supone la realización de proposiciones que implican la pérdida de beneficios a los que se tiene derecho con la intención de que alguien actúe como desea quien ejerce la coacción; 2) el “engaño”, es decir, que el paciente pueda creer que el incumplimiento del tratamiento le va a acarrear una consecuencia de mayor gravedad que la estipulada legalmente; 3) la “orden de tratamiento involuntario”.

MONAHAN et al.¹⁴⁹ diferencian dos tipos principales de ofrecimientos: a) beneficios procedentes del sistema de bienestar social (como sub-

¹⁴⁶ *Relevant baseline position.*

¹⁴⁷ SZMUKLER, George. “Ética en la Psiquiatría comunitaria”. En *La ética en Psiquiatría* (páginas 348 a 350).

¹⁴⁸ BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. Editorial Masson, Barcelona, 2002, página 156.

¹⁴⁹ MONAHAN, John et al. “Mandated Community Treatment: Beyond Outpatient Commitment” *Psychiatric Services* 52: 1198-2005, 2001.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



sidios, viviendas, alojamiento social, empleo protegido...); b) referentes al sistema judicial (como forma de evitar la prisión o alternativa a la hospitalización involuntaria). Los autores estiman que las diferentes opiniones de lo que constituye el estado del bienestar hacen que un mismo beneficio pueda ser o no ser considerado como parte de la *posición de partida de referencia* a la que aludía WERTHEIMER, lo que determina un enorme campo de incertidumbre en lo que concierne al concepto de lo que debe entenderse como propuesta coercitiva. Por otro lado, también se destaca la aparente paradoja de que la intervención judicial hace, en ocasiones, que los servicios sean denegados a personas que los reclaman, mientras son compelidas a aceptarlos otras que los rechazan. Con estos presupuestos, el problema de los límites de la coerción y de si esta puede ser el precio para el acceso a los servicios en el plano de la salud y atención social comunitaria cobra un primer plano.

Dar una opinión con la cuestión así planteada parece difícil. La realidad se encarga de demostrar que no lo es. Lo primero a señalar es que los enfermos de los que estamos hablando tienen una visión necesariamente coercitiva del sistema. La realidad es que en bastantes casos el tratamiento se limita al engaño de introducir la medicación disuelta en la comida de los pacientes o la presión para la administración del depot en determinadas fechas, en ocasiones, incluso con un cierto componente de fuerza. Esto en situaciones relativamente ordinarias, porque en muchas otras nos hemos encontrado con pacientes literalmente “encerrados” en sus domicilios.

No quiere decirse con ello que todos estos pacientes sean candidatos a una medida de estas características. Imagínense que se encuentran en el salón de su casa tranquilamente y, repentinamente, la policía irrumpe en su domicilio y le sujetan, le administran medicación y le llevan, pese a sus protestas, a un hospital donde, en ocasiones, le aplican medios de contención. La vivencia subjetiva de los pacientes que han pasado por esta experiencia (y créanme que la he escuchado de la propia voz de los afectados en muchas ocasiones) es tremenda. Pensar que quien ha experimentado esta sen-

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

sación en varias ocasiones puede tener una percepción no coercitiva del tratamiento psiquiátrico es poco más o menos que ilusorio.

La medida es, precisamente, la herramienta que permite acceder en un primer momento a algunos pacientes que, aunque su conciencia de enfermedad está seriamente afectada, mantienen una actitud general de respeto por la autoridad y por las normas. Esa actitud permite que el paciente intente cumplir, que los equipos puedan trabajar y que, el transcurso del tiempo de lugar a resultados positivos. No se trata, en ningún caso, vuelvo a repetirlo, de encontrar una solución o una alternativa al sistema que no funciona por falta de medios. Si hay alguien que pretenda lo anterior, está equivocado y ello lo han manifestado desde el principio las organizaciones no gubernamentales que abogan por la implantación de este tipo de medidas en Estados Unidos¹⁵⁰.

Otro de los factores totalmente erráticos es que la medida sólo permite el tratamiento farmacológico impidiendo otros tratamientos. Una cosa es que la adherencia al tratamiento farmacológico sea importante, que indudablemente lo es, y otra es el peligro de la “farmacracia”. Esta idea no está ni en la letra de las normas que existen en el derecho comparado ni en los criterios que se estiman más adecuados para el éxito de este tipo de intervenciones. Así, por ejemplo, la Ley Kendra establece que el plan de tratamiento debe incluir servicios de *case management* o de tratamiento comunitario asertivo en equipo para coordinar el cuidado y también debe señalar las demás categorías de servicios que recomiende el médico que examine al paciente. El plan puede incluir también pruebas de detección de alcohol o de drogas de abuso¹⁵¹. Los autores insisten en la necesidad del tratamiento asertivo para el buen éxito de la medida¹⁵².

Además de ello, tampoco es cierto que no pueda incluir estructuras intermedias. En la mayoría de las legislaciones, las actuaciones que incluye el



¹⁵⁰ NATIONAL HEALTH POLICY FORUM. *Outpatient Commitment in Mental Health: Is coercion the price of Community Services?* N.º 757, Washington, DC, 2000, página 10.

¹⁵¹ OFICINA LEGAL DE LA OFICINA DE SALUD MENTAL DEL ESTADO DE NUEVA YORK. *Una explicación de la Ley Kendra*. Noviembre de 1999 (disponible en Internet en castellano www.omh.state.ny.us).

¹⁵² Así, APPELBAUM, Paul S. “Thinking carefully....”

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



tratamiento abarcan, además del requerimiento para asistencia a los diferentes actos médicos, la indicación de residencia en un determinado lugar y la asistencia a los lugares que se determine a los fines del tratamiento. Diferentes decisiones de los órganos de revisión australianos (*board*) estiman que el alojamiento forma parte del concepto amplio de tratamiento¹⁵³.

Por los propios casos que yo he tenido, he comprobado con los profesionales que se puede trabajar en estructuras intermedias como centros de día o centros de rehabilitación e inserción con pacientes de estas características sin que existan diferencias significativas en cuanto al trabajo respecto de los pacientes voluntarios.

8.3.5.5. *Sobre la pretendida equiparación del tratamiento involuntario y del tratamiento forzado*

La lectura de las diferentes posiciones que he tenido ocasión de examinar da la sensación de que la medida persigue un panorama apocalíptico de decenas de enfermos conducidos policialmente y esposados a las unidades de salud mental para la administración de la medicación inyectable.

Nada más lejos de ser cierto. Cuatro argumentos deben traerse a colación:

- a) La interpretación de la Rec(2004)10. El Informe explicativo de la Rec(2004)10 deja claro que medidas involuntarias son aquellas que son contrarias a la voluntad actual de la persona afectada. Expresa el texto que “las medidas involuntarias no deben automáticamente equipararse a las medidas forzadas”. Por ejemplo, dice el informe, aunque una persona con trastorno mental pueda no estar conforme con los principios de una medida involuntaria y quiera rechazarla, una vez la decisión de aplicarla haya sido tomada, la persona puede cumplir

¹⁵³ Así, *MM v The Mental Health Review Board* (1999) en *Western Australia* (citada por ROLFE, T. *Community treatment...* página 50).



con sus términos. Así, cuando la medicación prescrita se toma oralmente sin resistencia, sin embargo, si a la persona se le pregunta si el tratamiento es aceptable para ella, la respuesta será no. El informe finaliza este apartado señalando que “la proporción de pacientes sujetos a tratamiento involuntario que activamente se oponen al tratamiento es pequeña”.

El informe continúa manifestando (122) que deben practicarse todos los esfuerzos para lograr la aceptación voluntaria del tratamiento, antes de aplicar una medida involuntaria. El principio de la alternativa menos restrictiva implica que el uso de esas medidas debe reducirse al máximo posible. Para ello es preciso la consideración del artículo 10 de la Recomendación por el cual los Estados miembros, tomando en consideración los recursos disponibles, deben tomar medidas para crear alternativas al internamiento y tratamiento involuntarios en la mayor medida posible.

El Informe continúa indicando que el término capacidad para consentir debe entenderse en el sentido del artículo 6 del Convenio de Oviedo. Corresponde a la legislación nacional determinar cuando las personas no poseen tal capacidad. En el Convenio se considera que si una persona tiene capacidad para consentir, entonces tiene capacidad para rechazar. Sin embargo, cuando una persona no tiene capacidad para consentir, no tiene capacidad para rechazar pero es hábil para expresar objeciones.

El Informe continúa reseñando (125) que los términos rechazo y objeción se refieren al momento actual pero que no debe asumirse que un rechazo anterior implique el actual. Debe revisarse la situación presente de la persona afectada.

Por ultimo, señalar que, conforme al informe (126), “el alcance del capítulo de la Recomendación no impide el uso de medidas involuntarias en circunstancias en las que una persona repetidamente cambie su

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



actitud sobre si acepta o no una medida, como consecuencia de la cual un programa terapéutico adecuado no puede mantenerse, si los criterios y los procedimientos para la adopción de la medida se cumplen”.

- b) En segundo lugar, la práctica habitual de los países que aplican medidas de este tipo. Las legislaciones varían extraordinariamente en cuanto al problema de la ejecución material de la orden en caso de incumplimiento. Los diferentes sistemas abarcan situaciones como la simple recomendación sin consecuencias, la posibilidad de transporte a un centro de salud, el cumplimiento material de la orden (esto es, la administración de la medicación) o la rehospitalización¹⁵⁴. Singular es el sistema de la Ley Kendra en la cual, una vez agotados todos los esfuerzos de colaboración, se permite un ingreso para observación, cuidado y tratamiento y ulterior examen en el hospital designado hasta un máximo de 72 horas para permitir al médico determinar si la persona tiene enfermedad mental que exige ingreso involuntario (el incumplimiento de la orden no implica de por sí que el afectado reúna las condiciones para el internamiento posterior forzoso).

Lo cierto es que las medidas forzadas son de escasa utilización práctica. Ello, además, es notorio. El estudio más reconocido sobre la utilización del tratamiento involuntario ambulatorio es el que fue realizado en Carolina del Norte por SCHWARTZ et al. ya citado en este trabajo. Anteriores estudios materializados en este Estado, como los de FERNÁNDEZ y NYGARD¹⁵⁵ reseñan la eficacia de este tratamiento. Pues bien, la legislación de Carolina del Norte es precisamente de las que expresamente no permiten la detención y medicación forzada al personal médico y, por ello, ninguno de los pacientes que integraban la muestra fue sujeto a medidas forzadas.

¹⁵⁴ Para un análisis comparativo de legislación y consecuencias, FERREIRÓS MARCOS, C.E. “Capacidad para decidir... páginas 789 y ss.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ, G. y NYGARD, S. “Impact of involuntary outpatient commitment on the revolving door syndrome in North Carolina”. *Hospital and Community Psychiatry*, 1990, 41, 1001-1004.



Lo anterior no significa que no existan problemas y que, en ocasiones, no se haya utilizado el recurso a la fuerza en las distintas legislaciones. Otro aspecto polémico es el lugar donde puede administrarse la medicación forzada¹⁵⁶. Incluso, en ocasiones, se discute la necesidad de tener tal poder si no va a utilizarse¹⁵⁷. Por otro lado, también se discute el uso no ético de la amenaza de tratamiento forzado para obtener consentimientos teóricamente voluntarios.

La Asociación Psiquiátrica Americana (APA) recomendó, desde 1987, no utilizar la administración forzada del tratamiento. Ahora bien, eso no significa que los tratamientos involuntarios no deban tener poderes coercitivos para imponer el cumplimiento. Incluso en los casos en que los estatutos no autorizan la medicación forzada, diferentes técnicas de uso reducido de la fuerza se utilizan para promover la confianza. Se reconoce, sin embargo, que puede ser útil para un grupo de enfermos severos y crónicos muy reducido en casos muy concretos siguiendo el principio de la alternativa menos restrictiva. Los estudios empíricos demuestran que los resultados positivos no mejoran por permitir la medicación forzada y que, incluso estando establecida tal posibilidad, raras veces es necesaria en la práctica clínica¹⁵⁸.

- c) En tercer lugar, el uso que se ha hecho de esta medida en nuestro país. Aunque de esta medida, se lleva hablando desde hace bastante tiempo¹⁵⁹, tengo escasas referencias sobre su aplicación práctica en

¹⁵⁶ ROLFE, op. cit. página 48, en este sentido señala que aunque hay posibilidad legislativa de tratamiento forzado en la comunidad, por el bien de la salud y seguridad del paciente y terceros y la relación terapéutica, la buena práctica indica que la medicación debe sólo administrarse forzosamente en el hospital, que es el lugar que cuenta con medios para su administración de forma segura.

La Rec(2004)10 se limita a expresar que los Estados miembros deben asegurar que el tratamiento involuntario sólo tendrá lugar en un entorno apropiado.

¹⁵⁷ ROLFE, op. cit.

¹⁵⁸ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document*. Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference n.º 990007.

¹⁵⁹ El Fiscal D. Jesús JIMENEZ SORIA, manifestaba en 1997 "tal medida no aparece regulada en el Código Civil, pero puede ser la más adecuada y necesaria para tratar determinadas enfermedades o alteraciones de personas que no prestan su consentimiento a recibir el tratamiento médico prescrito para su dolencia, pero que tam-

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



España. Las experiencias que conozco mejor son la mía propia (a partir de las medidas cautelares del procedimiento de incapacidad), en la que se ha utilizado esta medida en muy pocas ocasiones y con mucha cautela y, tengo que decir, con extraordinario e incluso inesperado buen resultado y la realizada en Guipúzcoa a la que he tenido acceso gracias a la propia Magistrada¹⁶⁰ que lo ha llevado a cabo y que, debo decir, constituye la culminación del proceso que yo intentaba desarrollar en mi propia localidad. En mi caso nunca se aplicó detención ni medicación forzada.

poco requieren un internamiento. Ante la ausencia de consentimiento de tales personas, se estima adecuado que intervenga el Juez, como garante de los derechos de las personas, para que controle la necesidad de ese tratamiento y autorice su imposición, a modo semejante a como autoriza el internamiento involuntario, por lo que podría aplicarse, de forma análoga, las previsiones del artículo 211 del Código Civil. Se argumenta a favor de esa intervención judicial que, puesto que la medida de internamiento, no en vano, está dirigida a someter a tratamiento a una persona dentro de un centro, y es así una medida más grave (privación de libertad) que la del tratamiento obligatorio (que no supone internamiento), con más razón puede el Juez autorizar dicho tratamiento al que se niega la persona que no está en condiciones de prestar válidamente su consentimiento. Ello no determina, por el contrario, que esa persona se encuentre en una situación tal que requiera que sea sometida a un proceso de incapacidad". "El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares. Referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz" en *El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos*. Curso organizado por la F.G.E. en Madrid los días 24 a 26 de noviembre de 1997, publicado en *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII*. Madrid, 1998. Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, página 89. En la "Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo", en *Estudios de Derecho Judicial*, número 26, Madrid 2000, páginas 49 y 45, la Fiscal de la Sección de Incapacidades del TSJ de Madrid, D.^a Nuria LÓPEZ MORA manifestaba: "El alta médica pone fin al expediente del ingreso involuntario, si bien la práctica judicial impulsada por las necesidades psiquiátricas y sociales del enfermo, ha abierto camino a la adopción en el mismo expediente de las medidas cautelares más necesarias para su protección, siendo especialmente relevante la relativa al tratamiento ambulatorio posterior al alta médica, controlado por el especialista que seguirá informando periódicamente al Juzgado sobre su seguimiento. Esta medida consigue la verdadera eficacia de la terapia evitando el grave problema de la llamada comúnmente "puerta giratoria". La legalidad de la medida cautelar, que puede abarcar tanto los aspectos personales como los patrimoniales más urgentes del enfermo, se sustenta en lo dispuesto en los artículos 203 y 209 del Código Civil —aún referidos al procedimiento de incapacidad— y en la clásica teoría de "quien puede lo más, es decir, la privación total de la libertad del enfermo, puede lo menos"... La Fiscal matizará que los autos autorizando los tratamientos ambulatorios posteriores a los ingresos involuntarios suelen acordarse de forma muy reservada en ocasiones en las que está muy bien justificada esa necesidad, y es el psiquiatra que nos informa sobre la procedencia del alta, el que nos indica la necesidad de la adopción de este tipo de medidas, la frecuencia en la que estima necesaria la revisión periódica y, en los términos propuestos por el especialista, que es, en definitiva, el que valora al paciente, es como se suele desde el juzgado autorizar este tratamiento" (página 103).

¹⁶⁰ Expresar mi agradecimiento a D.^a Aurora Elósegui por su colaboración en este trabajo.



En San Sebastián se creó Juzgado exclusivo de incapacidades en 1998. En 1999, desde la unidad de hospitalización se planteó la posibilidad de realizar intervenciones de este tipo. Tras estudio del caso, se estimó, conforme planteamientos ya conocidos (procedimiento de jurisdicción voluntaria en aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”), que la medida era legal. Se comenzó la andadura y, desde el primer momento se dio a conocer la medida y buscar el consenso de los profesionales, culminando la tarea en la creación de un protocolo tras la celebración de un taller monográfico en Bilbao. El buen resultado de las primeras intervenciones hizo que aumentase la demanda de este tipo de medidas. No obstante lo anterior, las intervenciones son escasas. De hecho, de alrededor de 800 internamientos involuntarios anuales, el número de intervenciones ambulatorias involuntarias sólo tiene una media aproximada de 21. La intervención no incluye sólo medicación sino que se procura la redacción de un plan terapéutico que se desarrolla en función de los medios disponibles (en ocasiones incluye asistencia a estructuras intermedias, cursos o controles de orina en casos de abuso de sustancias). Desde el punto de vista judicial, la medida cuenta con el apoyo de la Fiscalía y del Servicio Vasco de Salud, centrando su principal intervención en la entrevista, en la que se explora las capacidades del afectado y se busca, en todo momento, su acuerdo y la especificación de los derechos y obligaciones que se derivan de su aplicación.

Ha dado excelentes resultados en la mayor parte de los casos. Si surge un incumplimiento, lo cual sucede pocas veces, se insiste reiteradamente en la vigencia de la autorización mediante los trabajadores sociales y llamadas telefónicas del propio juzgado. Desde su inicio, en 1999, nunca se ha aplicado tratamiento forzado y sólo en una ocasión la policía acompañó al centro de salud a una persona sometida a la medida (sin empleo de esposas, ni uso de la fuerza, ni medicación forzada), caso en el que se estimó como medida de “ultima ratio” considerándose que podía ser efectiva, como así fue, dado que no volvió a repetirse otro incidente de estas características con la persona afectada.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



A continuación se incluye el protocolo de actuación que constituye un buen ejemplo de cómo debe realizarse un trabajo de estas características que siempre debe ir presidido por el diálogo y la búsqueda del consenso.

PROCEDIMIENTO DE TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO

TIPOLOGIA DE PACIENTES

CONDICIONES IMPRESCINDIBLES (siempre presentes)

1. Diagnóstico de Psicosis.
2. Riesgo elevado y demostrado para sí mismo o terceras personas¹⁶¹.
3. Hospitalizaciones reiteradas por abandonos de medicación.
4. Existencia de respuesta eficaz, comprobada en cada caso, al tratamiento farmacológico.

CONDICIONES NECESARIAS

1. Posibilidades de rehabilitación.
2. Medio social inexistente o poco contenedor.

INFORME AL JUZGADO

- El informe lo realizará el médico que inicie el proceso, independientemente de la estructura en que esté ubicado.
- Contendrá información clínica del paciente, incluyendo datos sobre anteriores ingresos secundarios a abandono de medicación, buena respuesta a fármacos com-

¹⁶¹ Este apartado es la única crítica que creo que merece el protocolo. El tenor debía haberse adaptado al artículo 7 del Convenio de Oviedo ("riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud"). No es que la seguridad de terceros no sea un aspecto a tener en cuenta en éste y en otros ámbitos en los casos en que el problema surja, sino que el objetivo sanitario debe perseguir la protección de la salud de los pacientes. No obstante, es de reseñar que el criterio de riesgo propio y de terceros, es una coletilla de utilización muy frecuente entre los profesionales y también en algunos textos legales (así, en Cataluña, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia establece para el internamiento, en su artículo 219, que "les mesures indicades per l'apartat 1 poden ésser preses sense autorització prèvia si el fet d'obtenir-les pot comportar un retard que impliqui un greu risc per a la persona tutelada, per a altres persones o per als béns.").

probada, plan terapéutico a seguir, objetivos a conseguir y recursos que se van a emplear en su seguimiento (CSM, centro de día, hospital de día, etc.).

- Se expondrán de manera razonada las justificaciones de dicha medida, incluyendo ventajas y desventajas.
- El Plan Terapéutico, a su vez, incluirá:
 - Médico responsable del caso.
 - Frecuencia de consultas prevista.
 - Frecuencia de consultas con familia, si existe.
- Estos pacientes tendrán consideración de preferentes en cuanto a demoras para su atención, intentando evitar tiempos de espera para cada consulta.

FORMATO ENTREVISTA PREVIA A INICIO DE EXPEDIENTE

- Deseable un juzgado único, por Territorio, que entienda de estos casos.
- La notificación se hará en el juzgado, a través de una entrevista entre el juez y el paciente y su familia o tutor.
- Previamente, el psiquiatra habrá informado al paciente y familia/tutor de la medida a adoptar, remitiendo posteriormente informe al juzgado.

PLAZOS DE ESPERA PARA NOTIFICACION A JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

- 1.^a VISITA FALLADA: Contacto telefónico con el paciente y/o familia o tutor, dándole una nueva cita en 24-48 horas.
- Si el paciente no acude a esta 2.^a VISITA, notificación telefónica y carta por correo al Juzgado, en formato standard de notificación y firmada por el médico responsable.

ACTUACION DEL JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

- El juez se encargará de que el paciente acuda al Centro correspondiente, con los medios a su disposición.



8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



FINALIZACION DEL PROCESO DE JUDICIALIZACION

- La indicación de finalización del proceso la realizará el psiquiatra responsable del caso mediante informe razonado al Juzgado correspondiente, exponiendo los motivos para su finalización; dictaminando el juez su finalización.

La finalización del proceso podría deberse a:

- Cumplimiento ininterrumpido durante 18 meses del tratamiento.
- Medida no efectiva tras 18 meses de tratamiento.
- Cambios en las circunstancias sanitarias y/o sociales del paciente, que desaconsejen el procedimiento.
- Tanto el psiquiatra como el juez comunicarán al paciente y familia/tutor este hecho.

COMISION SANITARIA DE VALORACION

Se propone la existencia de una comisión por cada Territorio que valore la idoneidad de la medida propuesta así como su efectividad en cada caso. Cada caso se analizaría a modo de sesión clínica en la que intervendrían los médicos que venían tratando al paciente en las diferentes estructuras.

FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

No podemos olvidar que la finalidad de esta medida es facilitar la instauración y mantenimiento de un tratamiento adecuado que, finalmente, permita incrementar la conciencia de enfermedad y la adhesión libre al tratamiento del sujeto. De ahí la importancia de incrementar la intensidad de las medidas terapéuticas que posibiliten esta adhesión.

- a) Una de las críticas que se ha reseñado respecto a la propuesta de regulación de FEAFES es que “no delimita suficientemente las actuaciones correspondientes en caso de incumplimiento, ni los servicios que se requerirían para que tales medidas tuvieran efecto con lo que no presenta una solución”. Esto nos lleva a analizar primero si tales medidas existen ya en nuestra legislación y la necesidad de una regulación expresa.

A mi juicio, dos son los problemas que se plantean en este tipo de actuaciones, la facultad de reconocer al enfermo y la posibilidad de administrar la medicación forzada.



1. Sobre la posibilidad de realizar reconocimientos de la situación del afectado. En el ámbito de las medidas cautelares previas al proceso, el artículo 762. 1 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil obliga al Juez a adoptar de oficio todas las medidas personales (también patrimoniales) que requiera la protección del incapaz. Es evidente que la protección de la persona requiere de conocer su estado personal, lo cual no hay inconveniente en que se realice de forma periódica si la situación lo aconseja, es simple sentido común. Pues bien, como señala el artículo 354 n.º 1 de la LEC, “para la efectividad del reconocimiento el tribunal puede acordar cualesquiera medidas que sean necesarias, incluida la de ordenar la entrada en el lugar en que se encuentre la persona que se deba reconocer”. El Juzgado de Primera Instancia podía con anterioridad acordar la entrada en ejecución de sus funciones conforme a los criterios sentados por la Sentencia del Tribunal Constitucional (2.ª) 22/1984 de 17 de febrero (EDE 84/22) y Auto 272/85 de 24 de abril. Cuestión distinta es si la necesidad de efectuar el reconocimiento puede determinar un internamiento en centro adecuado para la práctica exclusiva de tal diligencia. La respuesta debe ser afirmativa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Matter contra Eslovaquia, de 5-07-1999¹⁶²) lo ha considerado legítimo siempre que se cumplan las exigencias de proporcionalidad, atendidas la complejidad de la valoración y el agotamiento de medios previos para su realización. Además de lo anterior, el reconocimiento judicial y el pericial pueden concurrir (artículo 356) y puede hacerse con el médico o equipo que le está tratando porque en los procesos sobre capacidad de las personas el tribunal puede, de oficio, designar peritos cuando la pericia sea pertinente (artículo 339 n.º 5 de la LEC).

¹⁶² EDE 1999/26266.

8. INICIATIVAS LEGISLATIVAS



2. Sobre la posibilidad de administrar la medicación forzosamente. Por aplicación del párrafo segundo del artículo 216 del Código Civil, se aplican a los incapaces las medidas previstas para los menores en el artículo 158 del mismo texto legal. El artículo 158 permite al Juez, de oficio o a instancia de terceros o del Fiscal, dictar: 1) las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres; 2) Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda; 3) En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

El apartado 3.º está concebido en términos tan amplios que parece incluir todo. Ahora bien, no es necesario acudir al 3.º de los párrafos porque el primero ya da una solución: El juez tiene obligación de asegurar la prestación de alimentos y alimentos son (artículo 142 C.C.) no sólo el sustento, habitación y vestido sino también “la asistencia médica”. La ley no distingue entre tratamiento por enfermedad somática o psíquica y si hay que hacer una interpretación caben ambas y ello por aplicación del artículo 269 para el tutor que le obliga tanto a procurar alimentos al tutelado como a “promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad”.

En fin, en esto como en otras muchas cosas la posibilidad teórica no es el problema sino la necesidad y racionalidad de la medida. Los pacientes tienen una percepción subjetiva de coerción reconocible en todos los estudios¹⁶³ que es la que precisamente permite la actuación

¹⁶³ BORUM et al. “Consumer perceptions of involuntary outpatient commitment” *Psychiatric Services*, November 1999, Vol. 50 n.º 11, páginas 1489 a 1491.



primaria de los equipos que, de otra forma, no podrían intervenir. La inmensa mayoría de los casos no hace necesaria la intervención de medidas de coerción y, en el caso de que estas se tornen necesarias, la práctica de dar avisos o telefonar (no sólo desde el Juzgado, sino simplemente mediante el trabajo de los propios suministradores de servicios) hace que número se reduzca todavía más. Si existe aplicación de tratamiento asertivo estos problemas se reducen al máximo.

Lo importante es agotar todos los medios antes de la conducción y plantearse, una vez constatado que se trata de la última alternativa, si realmente va a obtenerse un beneficio adoptando esta medida. Si estas cautelas deben adoptarse para la conducción, mucho más para una medida de hospitalización. Las normas y los procedimientos dependen de los medios de que se disponga y supone un acuerdo previo y la aplicación de unos mínimos criterios de trabajo que deben fijar las distintas posibilidades.

8.3.6. El problema de los medios humanos y materiales

Simplemente, responder a la acusación de que no se atiende al verdadero problema de la atención a la salud mental que es la falta de recursos con carácter general. Es de advertir que la reforma del Código Civil se realizó en 1983 y la de la Ley General de Sanidad en 1986 y, tras dos décadas, los medios son claramente insuficientes. En esto coincidimos todos y lo que lamentamos es que el desarrollo del artículo 20 de la Ley General de Sanidad no se haya plasmado en realidades objetivas.

Ahora bien, lo que no es de recibo es que se pretenda que la propuesta de regulación es una alternativa a la creación de medios. Desde el primer momento hemos dejado bien claro que esta medida no tiene carácter general ni expansivo y que la eficacia de estas intervenciones está condicionada a que vayan acompañadas de un buen nivel de servicios.

9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



La salud mental tiene muchos problemas tanto de medios para atender las demandas sanitarias y sociales como otras de no menor importancia como son los problemas de estigmatización o de inserción laboral. Creo injusto para todas las asociaciones integradas en FEAFES señalar que no ha habido un esfuerzo y constante petición de medios durante todos estos años, lo que constituye uno de los fines específicos recogido en los estatutos. La reivindicación histórica de la Confederación es, precisamente, lograr la elaboración de un “plan integral de salud mental”.

Todos deseamos que este aumento de medios se produzca y que mejore la asistencia general. Ahora bien, lo que se trataba de analizar en el grupo de trabajo que redactó la propuesta (de igual forma que otros grupos de trabajo que existen en FEAFES) era un problema concreto y no la modificación de toda la normativa sobre salud mental en bloque.

9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES

9.1. TOMA DE POSICIÓN

Como ya he adelantado, participé en el Comité de FEAFES. En calidad de asesor del Síndic de Greuges, confeccioné un documento de trabajo con la mejor intención de cooperar ante un problema humano que consideré importante¹⁶⁴ dentro del amplio elenco de problemas de la salud mental y del propósito de la Institución de desarrollar un informe especial, el primero que

¹⁶⁴ SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *Medidas de tratamiento obligatorio externo en Salud Mental: marco de una propuesta legislativa respetuosa con los derechos humanos*. Comité Técnico Jurídico sobre Tratamiento Ambulatorio patrocinado por FEAFES, Madrid, 28 de marzo de 2003. También se presentó una ponencia en las XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en Toledo y Albacete los días 19 al 23 de octubre de 2003 (DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. “Los derechos del enfermo mental como usuario del sistema nacional de salud” FISLEM y DPCLM, Albacete, 2004). En el ámbito de las defensorías, la Ararteko también participó y apoyó el proyecto de FEAFES. Una postura crítica con la propuesta y de una corrección exquisita es la mantenida por el Síndic de Greuges de Cataluña (*Consideracions del Síndic de Greuges pel que fa a la proposta de tractament ambulatori forçós als malalts mentals*. Nota de prensa de 17/11/2004).

se elaboró en el Síndic, sobre el estado de la cuestión en la Comunidad Valenciana.

Que el asunto es polémico no es nuevo. La mayor parte de las cuestiones en psiquiatría lo son, por ejemplo, la terapia electroconvulsiva, la psicocirugía, la administración prolongada del tratamiento farmacológico y sus posibles efectos secundarios, la materia de contención en las unidades de agudos o las características que deben revestir las residencias para enfermos mentales crónicos...

El problema no es si su aplicación puede ser necesaria en algunos casos. En todos los que intervine en Alicante nunca se cuestionó la necesidad ni la proporcionalidad de la medida adoptada por ninguno de los profesionales que intervino (y garantizo que eran de las más diversas tendencias) y, lo cierto, es que en los casos en que se materializó se obtuvo un buen resultado. Lo importante son los casos y condiciones para los cuales estas medidas son aplicables y la definición de las garantías.

No se trataba de encontrar una “panacea” ni, desde luego, un sistema que pueda generalizarse como se ha pretendido y en ello radica el principal equívoco que hay que desmentir. La pretendida expansión de este tipo de intervenciones es imposible por varias razones: primero porque los presupuestos legales están delimitados y son mucho más rígidos que los del contexto internacional; segundo, porque el esfuerzo que realizan los profesionales cuando se consiguen los mínimos medios es mucho mayor que en un caso ordinario; tercero, porque el intento de imponerlos desde una estructura vertical y no consensuada es imposible y esto lo sé por propia experiencia.

La situación actual en salud mental no está exenta de lagunas. Como ya pusimos de relieve en el informe del Síndic de Greuges sobre la Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias y en el presente trabajo, la aplicación de las instrucciones anticipadas presenta muchos problemas en su aplicación y puede quedar simplemente en “papel mojado”. Muchas veces se piensa también en el internamiento como una cues-



9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



ción exclusivamente sanitaria cuando la realidad es que existen bastantes personas ingresadas en residencias de enfermos mentales crónicos en situación involuntaria, careciendo de mecanismos que el derecho comparado ha demostrado que, en algunos casos, permite adelantar la salida y favorecer el contacto inicial con la comunidad. Importante es destacar la carencia de personal y medios para llevar a cabo los programas de tratamiento asertivo y de estructuras intermedias que permitirían la efectiva aplicación del criterio de la alternativa menos restrictiva.

El artículo 28 del Convenio de Oviedo establece que

Las Partes [...] se encargarán de que las cuestiones fundamentales planteadas por los avances de la biología y la medicina sean objeto de un debate público apropiado, a la luz, en particular, de las implicaciones médicas, sociales, económicas, éticas y jurídicas pertinentes, y de que sus posibles aplicaciones sean objeto de consultas apropiadas.

La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa No. R(2000) 5 *sobre el desarrollo de estructuras para la participación de los ciudadanos y los pacientes en el proceso de adopción de decisiones afectantes al ámbito sanitario* de 24 de febrero de 2000 insiste en asegurar la participación ciudadana en todos los aspectos de los sistemas sanitarios en los ámbitos nacionales, regionales y locales, manifestando que este derecho debe ser observado como parte fundamental e integral de una sociedad democrática.

Creo que el debate y el hecho de que la situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias esté de nuevo en el Parlamento de nuestra nación es importante para no olvidar que hablamos de un problema que afecta a un conjunto de ciudadanos en un estado lamentable de desasistencia.

Estimé que era necesaria la regulación de este problema pues, si bien sólo afecta a un reducido grupo de personas dentro de lo que es la atención de salud mental, cualitativamente los problemas son muy graves.



Agradezco el trabajo de la Asociación Española de Neuropsiquiatría puesto que toda intervención enriquece el debate y lo que sería lamentable es que, una vez más, el problema se guardara en el cajón del olvido. No obstante lo anterior y siempre con el respeto que tanto la asociación como sus integrantes me merecen, no puedo compartir los argumentos que emiten en el Documento aprobado por la Junta Directiva de la Asociación en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005 por las siguientes razones:

- a) Las fuentes documentales que ha manejado el Grupo de trabajo para la elaboración del estudio son escasas. Muchos de los problemas que se plantean en el informe ya se conocen en el contexto internacional y se han adoptado propuestas para su resolución.
- b) Creo que se parte de un error importante que condiciona el trabajo. Se ha entendido la propuesta como un ataque a los principios de la reforma psiquiátrica emprendida en los años 80. La propuesta no está concebida como un cambio de sistema sino como las garantías para la intervención involuntaria ante muy concretos casos de personas con enfermedad severa y persistente, nula conciencia de enfermedad y alto riesgo de deterioro y perjuicio para su salud. Los casos en que se ha aplicado que yo conozca en España nunca han tenido controversia y estimo que debería haberse escuchado a las personas de la propia AEN que han intervenido, directa o indirectamente, en experiencias de este tipo dado que me consta que las hay.
- c) El problema no es nuevo. Ya existen experiencias de intervención sanitaria que se autorizan judicialmente en el país y el problema no es tanto su número (escaso) sino la posibilidad real de su práctica y el establecimiento de garantías en aras del principio de proporcionalidad. Lo que se busca es la utilización apropiada con claras normas de buena práctica o protocolos¹⁶⁵ y la monitorización estadística para análisis de su evolución.

¹⁶⁵ SWARTZ, Marvin et al. *Involuntary Outpatient Commitment, Community Treatment Orders, and Assisted Treatment: What's in the Data?* Can J Psychiatry 2004;49:585-591.

9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



- d) No comparto la idea de que el bagaje científico sea tan nimio como se pretende. Las carencias metodológicas, las dificultades prácticas de hacer monitorizaciones, las diferentes circunstancias en que se desarrollan las medidas tanto de regulación como de medios y actitudes de los profesionales implicados y las propias perspectivas filosóficas de los autores de los trabajos examinados dificultan enormemente la credibilidad. Sí que existen criterios, no obstante, para estimar la validez de estas intervenciones, particularmente la expansión notable que el resto de las sociedades democráticas (con bastantes más años de desarrollo de procesos de desinstitucionalización y medios) han hecho de estas medidas. Por otro lado, la AEN se aparta del criterio mantenido por asociaciones también importantes como la Asociación Psiquiátrica Americana (APA)¹⁶⁶, la Asociación Americana de Enfermería Psiquiátrica (APNA)¹⁶⁷ la Asociación Psiquiátrica Canadiense (CPA)¹⁶⁸ o el Real Colegio de Psiquiatras Británico¹⁶⁹, entre otras, que consideran que la herramienta es útil siempre que se utilice adecuadamente y con los correspondientes medios de soporte. Los trabajos de estas entidades constituyen buenos referentes sobre la utilización y grado de satisfacción de los profesionales que han desarrollado estos programas con éxito. Como botón de muestra, recoger un párrafo de un documento de la APA¹⁷⁰.

Un sistema de tratamiento en salud mental humano y de calidad debe hacer previsiones tanto para pacientes internos como para pacientes externos involuntarios para aquellos enfermos severos y/o persistentes que puedan beneficiarse de tales propuestas.

¹⁶⁶ APA. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document.* Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference n.º 990007.

¹⁶⁷ APNA. *Position Papers. Mandatory Outpatient Treatment*, approved by the APNA Board of Directors, January 2003.

¹⁶⁸ CPA. *Mandatory Outpatient Treatment.* Approved by the Canadian Psychiatric Association Board of Directors as a Canadian Psychiatric Association position paper on January 25, 2003.

¹⁶⁹ BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Oxford University Press, New York, 2003, página 561 y ROLFE, Tim. *Community treatment orders. A review.* Department of Health. Western Australia. December, 2001, página 24.

¹⁷⁰ APA. *A vision for the Mental Health System.* April 3, 2003.

¿Significa ello que deba otorgarse cheques en blanco a los gobiernos para el establecimiento de estas medidas? Naturalmente que no, buena prueba de ello es la actitud adoptada por el propio Real Colegio de Psiquiatras Británico ante la indefinición de las nuevas propuestas de reforma de la *Mental Health Act* de 1983, por la inadecuada expansión en los casos y falta de equiparación de derechos con los pacientes que no padecen trastornos mentales¹⁷¹.



- e) Hemos partido, y no me cansaré de decirlo, de que esto no es un sistema sino un grupo de casos. La propuesta no deroga lo que constituye el sistema general (el fijado en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad), sino que es un complemento y, por descontado, se integra en un sistema legal complejo. Como todos los casos de aplicación de medidas restrictivas de derechos, la aplicación debe ser excepción y no regla. En ninguno de los sistemas de bioética que conozco existen principios absolutos. Una interpretación inadecuada del principio de autonomía daría lugar a que personas en situación de incapacidad llegaran a situaciones infrahumanas, lo que produciría la quiebra del fundamento de nuestro orden político y paz social: la dignidad de la persona (artículo 10 de la Constitución). De la misma manera que cuando existe un conflicto de principios en bioética se procede a estudiar las características peculiares del caso (mediante el empleo de figuras como la denominada *frónesis* aristotélica u otras soluciones según el sistema de bioética que se elija), el Derecho también debe tener en cuenta la presencia de derechos en conflicto en los casos concretos mediante la fórmula que utilizan todos los tribunales constitucionales del mundo: la ponderación (*balancing*)¹⁷². Si existe un caso de colisión de derechos, la procedencia de adoptar una medida de protección deriva de dos principios básicos que se siguen en los ordenamientos de todas las naciones democráticas: los

¹⁷¹ ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRIST. Nota de prensa. *Draft mental health bill: Royal College of Psychiatrist anxious about civil liberties, ethics, practicality an effectiveness*. 8 de septiembre de 2004.

¹⁷² Sobre este problema, ampliamente, ATIENZA, Manuel. "Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica". En CAMBRÓN, A. (coord.) *Entre el nacer y el morir*. Editorial Comares. Granada, 1998, páginas 33 a 64.

9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



principios de necesidad y proporcionalidad¹⁷³. Es evidente que las personas que padecen enfermedad mental grave no son incapaces, pero algunas sí lo son y es en estos casos, cuando se cumpla la condición de que se constate riesgo de que la ausencia de tratamiento repercuta gravemente en su salud, es cuando el artículo 7 señala que hay que proteger. Pero la medida de tratamiento involuntario tampoco puede imponerse sin más en estos casos, es necesario atender a su proporcionalidad y a las garantías generales de que ello se lleva con regularidad, como señala el propio artículo 7. Nuestro Derecho, al partir del principio de equiparación, tiene un modelo de protección más elevado al exigir en todos los casos que el afectado carezca de “capacidad de decisión” en el sentido del artículo 6 del Convenio y, por ello, no sólo se satisfacen todas y cada una de las pautas previstas en la Rec(2004)10¹⁷⁴, sino que se otorga un sistema de protección más amplio, de conformidad con su artículo 1. La normativa prevista en la Ley de autonomía del paciente en su artículo 9.3. letra “a” y la normativa dispersa en diferentes textos que constituye nuestro sistema de prestación del consentimiento por representación o sustitución no ha atendido a las especiales necesidades de protección exigidas por el Convenio de Oviedo, dejando la cuestión en la indeterminación más absoluta. Ante la existencia de experiencias en diversos lugares de España, con fundamento legal centrado en la alternativa menos restrictiva y el principio “quien puede lo más puede lo menos”, es necesario dotar a nuestro ordenamiento de los mínimos principios para evitar tanto la expansión como el mal uso de estos procedimientos, definiendo casos, estableciendo limitaciones tanto de carácter general como de imposición de medidas más gravosas (incapacidad o internamiento), supervisión estadística general de estas intervenciones (que la propia recomendación establece) y aprovechar las observaciones de la práctica e investi-

¹⁷³ Véase, en este sentido, la Recomendación R(99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros de 23 de febrero de 1999 sobre los principios concernientes a la protección legal de los adultos incapaces.

¹⁷⁴ Véase el artículo 16 de la Rec(2004)10.

gación desarrollada en el amplio número de naciones democráticas que han regulado estas medidas.

Reseñar, que la propuesta no es precisamente minoritaria. Cuenta con el apoyo del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)¹⁷⁵ que representa a 2.800 asociaciones y entidades y al conjunto de los 3'5 millones de ciudadanos con discapacidad que hay en España y con el apoyo de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Biológica¹⁷⁶.

En fin, la cuestión sigue abierta. Pese a la aparente sencillez de la redacción de la propuesta, la misma nunca ha sido ni irreflexiva ni poco estudiada. De otro modo, nunca habría emitido mi parecer favorable a la misma. Mi único propósito es intentar, en este momento en el que es necesario recoger todas las ventajas e inconvenientes de una posible regulación, enriquecer el debate y proporcionar nuevas perspectivas y, desde luego, afirmar que, con independencia de que se apruebe o no el texto, si se consiguen mejores medios y recursos para el sistema serán siempre bienvenidos.

¹⁷⁵ CERMI. Comunicado público: El sector de la discapacidad pide a los grupos parlamentarios del Congreso que apoyen la regulación de los tratamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Madrid, 2 de marzo de 2005.

¹⁷⁶ Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Biológica. Madrid, 7 de febrero de 2005: "En relación a la Proposición de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil presentada en el Congreso de los Diputados el día 5 de octubre, respecto a la regulación de los tratamientos ambulatorios no voluntarios en personas afectas con trastornos psíquicos, ambas Sociedades de profesionales de la medicina cuyos miembros son especialistas en Psiquiatría, estiman los siguientes extremos: 1º) Los trastornos mentales graves en las últimas dos décadas han pasado a ser tratados y contenidos en sistemas institucionales, fundamentalmente manicomiales a sistemas de asistencia comunitaria, de carácter ambulatorio. 2º) Esta evolución en la orientación y en la política sanitaria, con la correspondiente disminución de camas hospitalarias, ha podido desarrollarse en gran medida gracias a la existencia de tratamientos antipsicóticos eficaces seguros y cada vez mejor tolerados. 3º) Por otra parte, algunos pacientes mentales graves con frecuencia, debido a la ausencia o insuficiente conciencia de enfermedad, no pueden beneficiarse del efecto terapéutico que la tecnología farmacológica dispone en la actualidad ni tener acceso a otras terapias. Es por ello por lo que a este núcleo de pacientes sigue siendo necesario facilitarles el tratamiento contra su voluntad en una unidad de tratamiento de carácter hospitalario. 5º) La mencionada Propuesta de Modificación de Ley encajaría dentro del espíritu de la Declaración que sobre salud mental acaba de ser aprobada por la Conferencia Interministerial Europea y por la Organización Mundial de la Salud y contribuiría a evitar estigma social, pérdida de oportunidad terapéutica y/o deterioro de los pacientes mentales graves. 6º) Esta manifestación declaratoria de las Sociedades de Psiquiatría, recoge la opinión de los especialistas en psiquiatría, miembros de ambas sociedades, que ejercen y desarrollan su labor clínica diaria en España".



9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



9.2. CONCLUSIONES

PRIMERA.—Desde mediados del siglo XX, factores como los progresos de la psicofarmacología, la aparición de nuevas formas de intervención psicosocial, el movimiento de derechos humanos, los trabajos de la Organización Mundial de la Salud, la integración en las estructuras sanitarias generales, el proceso general de promoción de los derechos de los pacientes desarrollado en los años 60 y 70 y el particular de equiparación del colectivo de personas con enfermedades mentales ha permitido el abandono de las formas de intervención custodiales y el progreso en materia de libertad individual y social de este sector de ciudadanos.

SEGUNDA.—No obstante lo anterior, el proceso de desinstitucionalización no ha ido paralelo a una dotación adecuada de servicios en la comunidad que permita a los afectados recibir un tratamiento apropiado e integral. A lo anterior, se une el hecho de que, a pesar de las grandes diferencias entre la atención de salud mental en los países en desarrollo y los países desarrollados, un problema común es que muchas personas que podrían beneficiarse de los servicios psiquiátricos disponibles no los aprovechan.

TERCERA.—Las personas con enfermedad mental se enfrentan a innumerosos problemas en el seno de la comunidad tales como el estigma, las dificultades de acceso a un empleo o a un sistema adecuado de recursos sanitarios y sociales.

CUARTA.—Dentro de este amplio elenco de problemas, se encuentra también el derecho de los pacientes al consentimiento informado y el problema de los tratamientos involuntarios en psiquiatría.

QUINTA.—En el contexto internacional, junto a las formas de internamiento, se han desarrollado formas de tratamiento involuntario en la comunidad. Dichas formas hoy están en expansión incluso en países con mayor tradición en materia de reformas psiquiátricas y mejores medios económicos.



SEXTA.–El *Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina* ha establecido unas normas básicas para el tratamiento involuntario por enfermedad mental grave en su artículo 7 que se plasman en la exigencia de que la ausencia del tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para la salud de la persona y que se observen condiciones de protección previstas por la legislación nacional que comprendan procedimientos de supervisión, control y recurso.

SÉPTIMA.–Los trabajos del Consejo de Europa en la materia de la protección de las personas con trastorno mental han continuado plasmándose en la reciente Recomendación Rec(2004)10 sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental que establece un marco de regulación para estos problemas.

OCTAVA.–Nuestro país tiene un estándar de protección más elevado dado que partimos del principio de total equiparación previsto en el artículo 20 de la Ley 14/1986 General de Sanidad. Por ello, las condiciones para el tratamiento involuntario de una persona con enfermedad mental, en internamiento o en la comunidad, son que se trate de enfermedad mental propiamente dicha (conforme a los criterios médicos internacionalmente aceptados), que ésta sea grave, que carezca de capacidad para emitir consentimiento informado válido y que exista riesgo constatado de que la ausencia del tratamiento sea gravemente perjudicial para la salud de la persona.

NOVENA.–Existe una estructura general de tratamientos involuntarios para todo tipo de intervenciones sanitarias (psiquiátricas o no) aunque no está integrada en un único texto legal.

DÉCIMA.–Nuestro ordenamiento se aparta de aquellos sistemas que estiman que los trastornos mentales graves son problemas propios de las medidas de salud pública para adoptar el patrón general de la determinación de la capacidad de decisión para la prestación del consentimiento informado y la adopción de modelos de consentimiento por representación o sustitución en los casos de tal ausencia.

9. TOMA DE POSICIÓN Y CONCLUSIONES



UNDÉCIMA.—El artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica establece, para el caso de adultos, que el otorgamiento del consentimiento por representación se otorgará en dos casos: a) cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y b) cuando el paciente esté incapacitado legalmente”. El artículo no distingue ni tipos de tratamiento ni lugares de realización (hospital o servicios en la comunidad).

DUODÉCIMA.—El segundo de los casos presenta las garantías propias de la intervención judicial, pero el primero no. El artículo 7 del Convenio y la Recomendación exigen condiciones de protección previstas en la ley que comprendan procedimientos de supervisión, control y recurso. La regulación es, en principio, insuficiente y no atiende a las garantías exigidas para estos casos.

DECIMOTERCERA.—El problema de los tratamientos ambulatorios en la comunidad es objeto de polémica en todo el ámbito mundial. Sin embargo, su uso ha sido cuantitativamente limitado, es una alternativa menos restrictiva que el internamiento y la declaración de incapacidad, ha permitido la aplicación de tratamiento (no sólo farmacológico sino entendido en un sentido integral) a los pacientes que se han beneficiado de la medida y cada vez hay un mayor consenso en admitir que produce una mejora objetiva en un reducido grupo de pacientes tanto por los gobiernos (que están impulsando su aplicación) como por las asociaciones profesionales. Tratamiento involuntario no es equiparable en modo alguno a tratamiento forzado.

DECIMOCUARTA.—En España, cada vez más, se estima que, fuera del procedimiento de incapacidad, cabe la posibilidad de aplicar tratamiento involuntario de estas características con fórmulas paralelas a las del internamiento mediante la aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”. Aunque yo no comparto esta opinión, mi posición es minoritaria.

DECIMOQUINTA.—Las experiencias, tanto con el procedimiento de incapacidad como con el anteriormente citado son muy escasas. Sólo conozco, como intervención estructurada, la desarrollada en Guipúzcoa.

DECIMOSEXTA.—Los resultados obtenidos en Guipúzcoa y las escasas intervenciones en las que he tenido participación han dado resultados objetivos de mejora en los pacientes que se han beneficiado de la medida. Los casos propuestos han partido de la decisión de los profesionales sanitarios y ha habido consenso en la aplicación de estas medidas y garantías de revisión y seguimiento.

DECIMOSÉPTIMA.—En el momento actual, se está tramitando una proposición de ley que incluye un nuevo apartado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al objeto de lograr una regulación adecuada a este problema. A mi juicio, la regulación respeta completamente el Convenio, la Recomendación y los patrones de protección más elevados de nuestro Derecho, configurando un estándar de protección más elevado incluso que el caso de los internamientos.

DECIMO OCTAVA.—La regulación de los tratamientos involuntarios no da respuesta a los innumerables problemas que hemos citado como el estigma, la dificultad de acceso a un empleo o a un sistema adecuado de recursos sanitarios y sociales. Constituye sólo una herramienta más dentro de un conjunto para la atención de un grupo de casos cuantitativamente pequeño pero cualitativamente importante.

DECIMONOVENA.—Su carácter es excepcional y no constituye en modo alguno un sistema (que viene regulado en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad). Sólo puede aplicarse conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad que guían estas medidas en todos los ordenamientos de las naciones democráticas.

VIGÉSIMA.—Partidarios y detractores de la regulación coinciden en un extremo: sólo el desarrollo de un sistema que ofrezca una amplia gama de servicios adecuados a las diferentes situaciones que pueden presentarse, accesible y de calidad permitirá el avance en los derechos humanos de las personas con enfermedad mental.





RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH caso *Winterwerp contra Holanda*, Sentencia de 24 de octubre de 1979 (EDJ 1979/483).

STEDH caso *X. contra el Reino Unido*, Sentencia de 5 de noviembre de 1981 (EDJ 81/1161).

STEDH (Sección 2.ª) caso *Matter contra Eslovaquia*, de 5 de julio de 1999 (EDJ 1999/26266).

STEDH (Sección 2.ª) caso *H.M. contra Suiza*, Sentencia de 26 de febrero de 2002 (WESTLAW TEDH 2002/9).

STEDH (Sección 4.ª) caso *H.L. contra el Reino Unido*, de 5 de octubre de 2004 (EDJ 2004/116142).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala 2.ª, S 16-07-2001, núm. 169/2001, Fecha BOE 14-08-2001. Pte: González Campos, Julio Diego (EDJ 2001/26471).

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

Sentencia de 12 de febrero de 1986, Pte: Fernández Rodríguez, Antonio (EDJ 86/1121).

Sentencia de 26 de Julio de 1999, núm. 683/1999, rec. 206/1995. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio (EDJ 1999/33311).

Sentencia de 12 de enero de 2001, núm. 3/2001, rec. 3688/1995. Pte: Martínez-Pareda Rodríguez, José Manuel (EDJ 2001/6).

Sentencia de 11 de mayo de 2001, núm. 447/2001, rec. 1044/1996. Pte: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis (EDJ 2001/6571).



ESTADOS UNIDOS

U. S. Supreme Court

Tommy Olmstead, Commissioner, Georgia Department of Human resources, et al., petitioners v. L.C., by Jonathan Zimring, guardian ad litem and next friend, et al. (527 U.S. 581 [1999] de 22 de junio de 1999) (FINDLAW).

Cruzan, by her parents and co-guardians Cruzan et ux. v. Director, Missouri Department of Health et al. (497 U.S. 261 [1990] de 25 de junio de 1990) (FINDLAW).

Supreme Court of Wisconsin

In re the Commitment of Dennis H., State of Wisconsin, Petitioner-Respondent, v. Dennis H., Respondent-Appellant. Case No.: 01-0374 de 12 de julio de 2002 (FINDLAW).

Vermont Court of Appeals

Hargrave v Vermont, 340 F. 3d 27 (2nd Cir 2003), 1 de agosto de 2003 (FINDLAW Docket N°. 02-7160).

Hargrave v. State of Vermont, No. 2:99-CV-128 (District of Vermont, Jerome J. Niedermeier, Magistrate Judge, 11 de octubre) (es la sentencia apelada, puede consultarse en la página web del Bazelon Center).

New York County Courts

In re Urcuyo 714 N.Y.S. 2d 862, Supreme Court Kings County, Justice Anthony Cutrona, 20 de septiembre de 2000.

REINO UNIDO

High Court

Regina v The Managers, Warley Hospital [BHB Community Healthcare NHS Trust] Taylor [Dr. Jason] ex parte Barker. R v. [1998] EWHC Admin 519. Case n.º CO/769/98 CO/772/98, 11 de mayo de 1998, Mr. Justice Richards (BAILII).

R v Hallstrom ex parte W (N.º 2)[1986] 2 All ER 306, Mr. Justice McCullough.

RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA



ITALIA

Corte Costituzionale della Repubblica Italiana.

Sentenza 74/1968 de 20 de junio de 1968. Pubblicazione in "Gazzetta Ufficiale" n. 170 del 6 luglio 1968. Pres. Sandulli - Rel. Fragali (www.cortecostituzionale.it).

FRANCIA

Cour de Cassation

Arrêt CIV. 1re, 21 de enero de 1992.-MM. Massip, f.f. prés.-Gélineau-Larrivet, rap. (Recueil Dalloz Sirey, 1992, 41e Cahier-Jurisprudence, pág. 498 y 499).

BIBLIOGRAFÍA

ALLEN, Michael y SMITH Vicki F. "Opening Pandora's Box: The practical and legal dangers of involuntary outpatient commitment" *Psychiatric Services* 52:342-346, 2001.

AMADOR, Xavier F. et al. *Insight and Psychosis*, Oxford University Press, New York, 1998.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *A vision for the Mental Health System*. April 3, 2003.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Mandatory Outpatient Treatment. Resource document*. Approved by the Board of Trustees, December 1999. APA Document Reference n.º 990007.

AMERICAN PSYCHIATRIC NURSES ASSOCIATION. Position Papers. *Mandatory Outpatient Treatment*, approved by the APNA Board of Directors, January 2003.

APPELBAUM, Paul S. "Thinking carefully about outpatient commitment". *Psychiatric Services*, March 2001, Vol. 52, n.º 3.

APPELBAUM, Paul S. "Ambivalence codified: California's new outpatient commitment statute". *Psychiatric Services*, January 2003, Vol. 54, n.º 1, páginas 26 a 28.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

APPELBAUM, Paul S. "Law & Psychiatry: Psychiatric Advance Directives and the Treatment of Committed Patients" *Psychiatric Services* (2004) 55:751-763.

ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL. *Declaración de Lisboa* (1981, enmendada en 1995 en la Asamblea de Bali).

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. *Documento AEN sobre la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario*. Aprobado por la Junta Directiva de la AEN en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005 en Madrid.

ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE. *Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 septembre 2001*.

ASSEMBLÉE NATIONALE FRANÇAISE. *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur la proposition de résolution, n° 1459, de m. Georges Hage, tendant à la création d'une commission d'enquête sur la progression du nombre d'internements psychiatriques en France, par Mme Maryvonne Briot députée, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 mai 2004*.

ASSOCIAZIONE REGIONALE ONLUS DI VOLONTARI E FAMILIARI PER LA SALUTE MENTALE. Documento ufficiale della Associazione. "Trattamenti volontari ed obbligatori: le linee guida dell'associazione" Carlino, 27 gennaio 2000 (disponibile en Internet <http://www.sospsiche.it/utsam/policy/policy.pdf>).

ATIENZA, Manuel. "Juridificar la Bioética. Una propuesta metodológica". En CAMBRÓN, A. (coord.) *Entre el nacer y el morir*. Editorial Comares. Granada, 1998, páginas 33 a 64.

BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 2003.

BAZELON CENTER *Position Statement on involuntary commitment* (www.bazelon.org).

BEAUCHAMP, Tom L. "Los fundamentos filosóficos de la ética en psiquiatría". En VV.AA. *La ética en psiquiatría*. Ed. Triacastela, Madrid, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L. y CHILDRESS, James F. *Principios de Ética Biomédica*. Editorial Masson, Barcelona, 2002.

BOHNERT, Cornelia. *Unterbringungsrecht*. Verlag C.H. Beck, München, 2000.



RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA



BORUM, Randy et al. "Consumer perceptions of involuntary outpatient commitment" *Psychiatric Services*, November 1999, Vol. 50 n.º 11, páginas 1489 a 1491.

BOUMAZA, Assia. *Hospitalisation psychiatrique et droits de l'homme. Le régime medico-administratif de l'hospitalisation psychiatrique*, París, 2002, 4.ª edición.

BRILL, Karl-Ernst, *Psychisch Kranke im Recht. Ein Wegweiser*, Psychiatrie Verlag, Bonn, 1999.

CANADIAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Mandatory Outpatient Treatment*. Approved by the Board of Directors as a CPA position paper on January 25, 2003.

CENTRE FOR ADDICTION AND MENTAL HEALTH. CAMH Best Advice Paper. *Community Treatment Orders: Overview and Recommendations. Experience of other jurisdictions*, Toronto, febrero de 2000 (revisado en marzo de 2001).

CERMI. Comunicado público: El sector de la discapacidad pide a los grupos parlamentarios del Congreso que apoyen la regulación de los tratamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico. Madrid, 2 de marzo de 2005.

CGPJ y MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO "Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios" celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo", en *Estudios de Derecho Judicial*, número 26, Madrid 2000.

CHICHARRO LEZCANO, Francisco. "Tratamiento ambulatorio involuntario". En *Revista Norte de Salud Mental*, n.º 19, 2004.

CANADIAN MENTAL HEALTH ASSOCIATION/Ontario Division. *Community Treatment Orders: A survey of recent literature*. January, 2000.

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

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y ENFERMOS MENTALES. "El tratamiento psiquiátrico obligatorio". *Encuentro*, Boletín de la FEAFES, n.º 1, 1998.

CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGRUPACIONES DE FAMILIARES Y ENFERMOS MENTALES. Documento: *Memoria breve: tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid, febrero de 2004.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS



CONSEJO DE EUROPA. "White Paper" on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment. (CM [2000] 23 Addendum).

CONSEJO DE EUROPA Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (*Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th meeting of the Ministers' Deputies*).

CONSEJO DE EUROPA Explanatory Memorandum of the Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder (CM[2004]97 Addendum 3, CM/Del/Dec[2004]893/10.2 y 895/1.1).

CONSEJO DE EUROPA Recommendation N.º R(99) 4 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning the legal protection of incapable adults (*Adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Ministers' Deputies*).

CONSEJO DE EUROPA Recommendation No. R(2000)5 of the Committee of Ministers to member states on the development of structures for citizen and patient participation in the decision-making process affecting health care (*Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies*).

DAWSON, John et al. *The proper uses of Community Treatment Orders*. Auckland, 2002.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. "Los derechos del enfermo mental como usuario del sistema nacional de salud". XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en Toledo y Albacete los días 19 al 23 de octubre de 2003. Edita FISLEM y DPCLM, Albacete, 2004.

DURST, Rimona et al. "Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel". *Psychiatric Services*, May 1999. Vol. 50 n.º 5, paginas 698 a 700.

ELÓSEGUI SOTOS, Aurora. "Informe-Ponencia para el Taller de Bilbao-Junio/2003 y para el Curso sobre Derecho de familia y Tutela Octubre/2003 del Consejo General del Poder Judicial". Publicado en *Punto de encuentro*, Revista de la FEAFES, n.º 6 de 2003.

ESCALAS REAL, Jaime. "La legislación manicomial española en la letra y en la práctica" *Archivos de Neurobiología* n.º 3 del Tomo VII, Madrid, 1927. Páginas 97 a 120.

RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA



FERNÁNDEZ, G. y NYGARD, S. "Impact of involuntary outpatient commitment on the revolving door syndrome in North Carolina". *Hospital and Community Psychiatry*, 1990, 41, 1001-1004.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy (Coord). *Enfermedad y deficiencia mental: Aspectos legales no vinculados al patrimonio*. Alicante, 2001.

FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado". *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal V-2002*.

FLEISCHNER, Robert D.: *An analysis of advance directive statues and their application to mental health care and treatment. Report to the National Association of Protection and Advocacy Systems*. Washington, DC, National Association of Protection and Advocacy Systems, 1998.

FOUCAULT, Michel. "Encierro, psiquiatría y prisión". En *Un diálogo sobre el poder*. Selección e introducción de Miguel Morey. Ed. Alianza, Madrid, 2004.

FULFORD, K.W.M., "Filosofía analítica, neurociencias y concepto de trastorno", En VV.AA. *La ética en psiquiatría*. Ed. Triacastela, Madrid, 2001.

FULLER TORREY, E. y ZDANOWICZ, M. "Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom". *Psychiatric Services* 52:337-341, 2001.

GRACIA GUILLÉN, Diego y Lázaro, José. "Historia de la Psiquiatría" en AYUSO GUTIERREZ y SALVADOR CARULLA, *Manual de Psiquiatría*. Vol I, Mc Graw Hill, 1994.

JIMENEZ SORIA, Jesús "El procedimiento de declaración de incapacidad. Las medidas cautelares. Referencia particular al internamiento involuntario y a la administración provisional del patrimonio del presunto incapaz". En *El Ministerio Fiscal y la protección legal de incapaces: fundamento de su actuación y problemas prácticos. Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal. VII*. Madrid, 1998.

LIBERMAN, Robert Paul. *Rehabilitación integral del enfermo mental crónico*. Ediciones Martínez Roca S.A. Barcelona, 1993.

MARQUEZ MORENO, M.^a Dolores. *La asistencia psiquiátrica en Castilla-La Mancha durante el siglo XIX*, Servicio de Publicaciones de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, 1989.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

MASSIP, Jacques, "Notas a la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation*" *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, *Cahier-Jurisprudence* 41, páginas 498 y 499, "Notas a la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation*".

MINISTERO DELLA SANITÀ. TSO EXTRA OSPEDALIERO - Risposta del Ministero della Sanità. Prot. Nr. 100/SCPS/3.15. Risposta al foglio del 12.1.1996. n.º 200/49/773. Lettera in risposta inviata a: ASSESSORATO SANITA' Corso Regina Margherita 153 bis 10144 Torino. Oggetto: Quesito in ordine al TSO per malattia mentale.

MONAHAN, John et al. "Mandated Community Treatment: Beyond Outpatient Commitment" *Psychiatric Services* 52: 1198-2005, 2001.

MONAHAN et al. "Mandated Treatment in the Community for People with Mental Disorders" *Health Affairs* Volume 22, Number 5, September/October 2003, páginas 28 a 38.

NATIONAL ALLIANCE FOR THE MENTALLY ILL. *Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment*, aprobado por el NAMI Board of Directors el 7 de octubre de 1995.

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE MENTAL HEALTH PROGRAM DIRECTORS. *Technical Report on Involuntary Outpatient Commitment*. Approved by the NASMHPD Medical Directors council October 9, 2001.

NATIONAL HEALTH POLICY FORUM. *Outpatient Commitment in Mental Health: Is coercion the price of Community Services?* N.º 757, Washington, DC, 2000, página 10.

NEW YORK ASSOCIATION OF PSYCHIATRIC REHABILITATION SERVICES (NYAPRS), *Position on Outpatient Commitment. Replacing Outpatient Commitment Initiatives with strategies that work engage people in need*. Buffalo, New York, 1999.

NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH. *Kendra's Law. An interim report on the status of Assisted Outpatient Treatment*. January 1, 2003.

O'REILLY et al. "A Survey of the use of Community Treatment Orders by Psychiatrists in Saskatchewan". *Can J Psychiatry* 2000;45:79-81.

O'REILLY, Richard L. "Does involuntary out-patient treatment work?" *Psychiatric Bulletin* (2001) 25:371-374.

O'REILLY, Richard "Why are Community Treatment Orders Controversial?" *Can J Psychiatry*, Vol 49, N.º 9, September 2004.



RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA



OFICINA LEGAL DE LA OFICINA DE SALUD MENTAL DEL ESTADO DE NUEVA YORK. *Una explicación de la Ley Kendra*. Noviembre de 1999 (disponible en Internet en castellano www.omh.state.ny.us).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Relatora Especial, Sra DAES, Erica-Irene, *Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales*, 1983.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración de los Derechos de los Discapacitados. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS *Declaración de Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y para la mejora de la asistencia en salud mental* (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1991, Resolución 46/119).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *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. Publicación de las Naciones Unidas, Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1993.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Informe sobre la salud en el mundo; Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas, 2001.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Mental Health Care: Ten Basic Principles*. Ginebra, 1996, Principio n.º 8.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Mental Health Policy and Service Guidance Package: Mental Health, Human Rights and Legislation*. Ginebra, 2003.

PETRILA, John. *Involuntary Outpatient Commitment Forum. A summary of issues and research*. State of Florida Department of Children & Families Mental Health Program. Fiscal Year 1998-1999.

POLICY RESEARCH ASSOCIATES. *Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program*, New York, 1988.

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI. SEGRETERIA DELLA CONFERENZA PERMANENTE PER I RAPPORTI TRA LO STATO LE REGIONI E LE PROVINCE AUTONOME. Ser-

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

vizio "sanità e politiche sociali". Prot. N 2890/04/4.1.21.9. Codice Sito: 2655. Puede consultarse en las siguientes páginas web <http://www.sospsiche.it/utsam/policy/policy.pdf> y <http://www.pol-it.org/ital/TSOmalattia%20mentale.pdf>.

PRESTON, Neil J. et al. "Assesing the outcome of compulsory psychiatric treatment in the community: epidemiological study in Western Australia" *BMJ* 2002;324:1244.

PSICHIATRIA DEMOCRATICA. Nota de 23 de junio de 2004 (disponible en Internet <http://www.pol-it.org/ital/NT20040703.htm>).

RIDGELY, M. Susan et al. *The effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States*, RAND Institute for Civil Justice, 2001.

RODRÍGUEZ, Abelardo (Coord.) *Rehabilitación psicosocial de personas con trastornos mentales crónicos*. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid, 1997.

ROLFE, Tim. *Community treatment orders. A review*. Department of Health. Western Australia. December, 2001.

ROYAL COLLEGE OF PSYCHIATRIST. Nota de prensa. *Draft mental health bill: Royal College of Psychiatrist anxious about civil liberties, ethics, practicality an effectiveness*. 8 de septiembre de 2004.

SIMÓN, Pablo. *El consentimiento informado*. Editorial Triacastela. Madrid, 2000.

SÍNDIC DE GREUGES DE CATALUÑA *Consideracions del Síndic de Greuges pel que fa a la proposta de tractament ambulatori forçós als malalts mentals* (Nota de prensa de 17/11/2004).

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *Medidas de tratamiento obligatorio externo en Salud Mental: marco de una propuesta legislativa respetuosa con los derechos humanos*. Comité Técnico Jurídico sobre Tratamiento Ambulatorio patrocinado por FEAFES, Madrid, 28 de marzo de 2003.

SÍNDIC DE GREUGES DE LA COMUNITAT VALENCIANA. *Situación de las personas que padecen enfermedades mentales y sus familias*. Informe especial a las Cortes Valencianas. Año 2003.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA. *Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Biológica*. Madrid, 7 de febrero de 2005.



RESEÑA DE SENTENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA



SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA BIOLÓGICA. Declaración de las Sociedades Española de Psiquiatría y de Psiquiatría Madrid, 7 de febrero de 2005.

SREBNIK, Debra S. y LA FOND, John Q. "Advance Directives for Mental Health Treatment" *Psychiatric Services* 50:919-925, July 1999.

STEADMAN, Henry J. et al. "Assessing the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program". *Psychiatric Services* 52:330-336, 2001.

SWANSON et al. "Psychiatric Advance Directives: A Survey of Persons with Schizophrenia, Family Members, and Treatment Providers" en *International Journal of Forensic Mental Health* 2003, Vol. 2. N.º 1, páginas 73-86.

SWARTZ et al. "New directions in research on involuntary outpatient commitment". *Psychiatric Services*. 1995, 46: 381-385.

SWARTZ, Marvin S. et al. "A randomized controlled trial of outpatient Commitment in North Carolina" *Psychiatric Services* 52:325-329, 2001.

SWARTZ, Marvin S. et al. "Can involuntary outpatient commitment reduce hospital recidivism?" *American Journal of Psychiatry*. 156:12. 1968-1975.

SWARTZ, Marvin et al. *Involuntary Outpatient Commitment, Community Treatment Orders, and Assisted Treatment: What's in the Data?* *Can J Psychiatry* 2004;49:585-591.

SZMUKLER, George. "Ética en la Psiquiatría comunitaria". En VV.AA. *La ética en psiquiatría*. Ed. Triacastela, Madrid, 2001.

TALLER SOBRE TRATAMIENTO AMBULATORIO EN SUPUESTOS DE ENFERMEDAD MENTAL GRAVE. *Protocolo de Actuación*. Bilbao, junio de 2003.

TELSON, Howard et al. *Report of the Bellevue Hospital Center outpatient commitment pilot program*. Nueva York, 19 de febrero de 1999.

TORREY, E. Fuller y MILLER, Judy "Can psychiatry learn from tuberculosis treatment?" *Psychiatric Services* 50:1389, 1999.

TORREY, E.F. y KAPLAN, R.J. "A National Survey of the Use of Outpatient Commitment". *Psychiatric Services*, 1995, 46(8), 778-784.

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

TREATMENT ADVOCACY CENTER. "Origins of the Treatment Advocacy Center" En *Catalyst Special Edition* (www.psychlaws.org).

UNITED KINGDOM DEPARTMENT OF HEALTH *Advice on the decision of the European Court of Human Rights in the case of HL v UK (the "Bournewood" case) [Gateway Reference 4269]* de 10 de diciembre de 2004.

UNITED KINGDOM DEPARTMENT OF HEALTH. *Draft Mental Health Bill presented to Parliament by the Secretary of State for Health by command of Her Majesty, September 2004.*



POST SCRIPTUM

El presente trabajo fue presentado como ponencia para unas jornadas destinadas a miembros de la Carrera Fiscal celebradas en el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia los días 16, 17 y 18 de marzo de 2005. En los meses siguientes ha continuado la sucesión de eventos relacionados con el tratamiento ambulatorio involuntario.

En el plano internacional, por ejemplo, el mismo mes de celebración de las jornadas se publicó el informe final de situación de la Ley Kendra¹⁷⁷, en octubre entró en vigor la *Mental Health (care and treatment) (Scotland) act 2003* que introduce una forma de CTO de nueva generación y, por último, en este año también se ha publicado un importante documento de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que, entre otros aspectos, hace referencia al tratamiento involuntario en la comunidad¹⁷⁸.

Voy a detenerme exclusivamente a reseñar lo que el citado documento de la OMS considera cuestiones clave¹⁷⁹ sobre lo que denomina *Community-ba-*

¹⁷⁷ NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH. *Kendra's law. Final Report on the Status of Assisted Outpatient Treatment*. New York, March, 2005.

¹⁷⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *WHO resource book on mental health, human rights and legislation*. Geneva, 2005.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, páginas 57 y 58.



sed involuntary care (community treatment orders) and community supervision orders:

- Puede representar una alternativa menos restrictiva a la hospitalización involuntaria. Las exigencias procesales deben ser similares.
- La supervisión en la comunidad y la legislación de tratamiento deben ser introducidas sólo en el contexto de servicios de salud mental accesibles y de calidad que subrayen el cuidado y tratamiento voluntarios como opción preferida.
- Debe ser revisado regularmente y revocado cuando los criterios de imposición ya no se cumplan.
- Las personas sometidas a tratamiento involuntario deben tener el derecho de apelar tal decisión.
- Debe ser considerado como una opción alternativa a la hospitalización involuntaria antes que como una alternativa al tratamiento voluntario en la comunidad.

En el plano nacional, se ha profundizado en el debate de estas cuestiones en diferentes foros, lo que demuestra que la cuestión no ha pasado desapercibida y que era necesario tratarla en profundidad. Creo que el debate y el hecho de que la situación de las personas que padecen enfermedades mentales y de sus familias esté de nuevo en el Parlamento de nuestra nación es importante para no olvidar que hablamos de un asunto que afecta a un conjunto de ciudadanos en un estado lamentable de desasistencia y lo que sería indigno es que, una vez más, el problema se guardara en el rincón del olvido.

Desde mi perspectiva, quisiera agradecer todas las iniciativas que se han generado en todo el país para analizar seriamente estas cuestiones, lo que constituye una buena señal de salud democrática. Particularmente, el celebrado en Madrid por la Sociedad Española de Psiquiatría Legal que ha realizado un excelente trabajo plasmado en un documento de posición que ha salido a la luz en octubre de este año 2005.



No quisiera finalizar sin agradecer también el trabajo de la Asociación Española de Neuropsiquiatría puesto que toda intervención enriquece el debate. Aunque no comparto los argumentos que se desarrollan en la posición aprobada por la Junta Directiva de la Asociación en su reunión de fecha 28-29 de enero de 2005, como ya expresé en el texto inicial del presente trabajo, siempre he participado del respeto que tanto la asociación como sus integrantes me merecen, tanto en el plano nacional como en el de mi zona de procedencia, la Comunidad Valenciana, y de la colaboración con esta Asociación en todo este tipo de asuntos cuya importancia y dificultad son evidentes.

Voy a detenerme en reseñar las conclusiones del documento de posición de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal¹⁸⁰ y a analizar una importante resolución del Defensor del Pueblo de fecha 11 de noviembre de 2005 (Expediente Q0411621).

El documento de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, de 10 páginas de extensión, parte de unas Jornadas celebradas el 20 de mayo de 2005 en Madrid en la que se presentaron experiencias y pareceres por parte de especialistas nacionales y extranjeros y en el que pudieron expresar sus puntos de vista personas muy ligadas a la propuesta de referencia (entre los que me incluyo). Puedo afirmar que el debate fue intenso tanto en argumentos como en duración. Quisiera también hacer mención a dos excelentes trabajos presentados con ocasión de dichas jornadas de D. Juan Medrano Albéniz¹⁸¹ y de mi estimado amigo y profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante, D. Luis-Fernando Barrios Flores¹⁸² que centran sus críticas no tanto hacia la medida en sí (ambos coinciden en que puede ser una medida justificada en algunos casos) sino hacia su posible aplicación dada la realidad asistencial de nuestro país.

¹⁸⁰ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE PSIQUIATRÍA LEGAL. *Posición de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal sobre el tratamiento ambulatorio y la observación para diagnóstico no voluntarios*. Madrid, octubre de 2005. (disponible en su página web: www.psiquiatrialegal.org).

¹⁸¹ MEDRANO ALBÉNIZ, Juan. *Tratamiento ambulatorio involuntario*. News. (Soc. Esp. Psiquiatr. Legal) 2005; 12. Disponible en internet: <http://www.psiquiatrialegal.org/TAI2.htm>.

¹⁸² BARRIOS FLORES, Luis-Fernando. *El tratamiento involuntario: perspectiva jurídica*. News. (Soc. Esp. Psiquiatr. Legal) 2005; 12. Disponible en internet: <http://www.psiquiatrialegal.org/TratamientoAmbulatorioInvoluntario.pdf>.



Seguidamente paso a reseñar las 14 recomendaciones consignadas en el documento de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal sobre el Tratamiento u Observación para Diagnóstico no voluntarios (TODNV):

- 1) Puede ser beneficiosa para la práctica clínica la existencia de una regulación legal del TODNV, ya que dotaría al Sistema Sanitario de un instrumento con posibilidades de mejorar el control de algunos Trastornos Mentales graves.
- 2) El incremento de los escasos recursos actualmente dedicados a Salud Mental probablemente haría innecesaria la aplicación del TODNV en muchos casos. Por otra parte, la aprobación de la propuesta ahora en estudio no sólo no eximiría a la Administración de ese incremento, sino que haría insoslayable la dedicación de medios específicos para su realización.
- 3) La normativa que se aprobara debería recoger con claridad que el TODNV sólo sería aplicable a personas que, por su grave psicopatología, no tuvieran competencia para decidir sobre el cuidado de su salud mental.
- 4) El TODNV habría de ser considerado como un último recurso, tras el esfuerzo de abordar con el enfermo los motivos de su negativa al tratamiento e intentar su consentimiento. Tanto previamente como durante el desarrollo de la medida, el Psiquiatra tendría que informar e intentar educar incesantemente al paciente sobre su enfermedad y procurar una alianza terapéutica con él.
- 5) El TODNV debería ser aplicable cuantas veces fuera necesario y durante el tiempo que se precisara, mediante las adecuadas cautelas, incluyendo la autorización judicial, renovable cada tres meses, previo informe del Facultativo.
- 6) Para una correcta aplicación del TODNV, las Instituciones Sanitarias y las Sociedades Científicas tendrían que fijar los criterios clínicos mínimos para una buena práctica clínica, los cuales habrían de ser aplicables al caso concreto de que se tratara y ser argumentados en la propuesta a la autoridad judicial.
- 7) El TODNV exigiría un abordaje terapéutico integral del enfermo, incluyendo no sólo tratamiento psicofarmacológico, sino también medidas de

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

rehabilitación psicosocial, todo lo cual debería contenerse explícitamente en la propuesta del Médico responsable a la autoridad judicial.

- 8) La iniciativa de la propuesta de un TODNV al Juez debería corresponder siempre al Psiquiatra que fuera a responsabilizarse del tratamiento del interesado, pues es quien mejor conoce las características del enfermo y de su patología, sus necesidades terapéuticas y la eficacia esperable del tratamiento.
- 9) Dada la saturación existente en muchos dispositivos de Salud Mental, antes de proponer un TODNV al Juez, el Psiquiatra responsable debería valorar concienzudamente la adecuación de los medios disponibles en su equipo y el grado de posible detrimento que la medida pudiera implicar para el resto de la actividad asistencial.
- 10) En la aplicación de un TODNV, el interesado mantendría íntegramente su derecho a estar permanentemente informado sobre todos los aspectos sanitarios que le conciernan, incluyendo las alternativas en caso de incumplimiento.
- 11) El respeto a la dignidad del interesado requeriría que las acciones necesarias para la puesta en práctica del TODNV quedaran limitadas al ámbito de lo sanitario en la medida de lo posible.
- 12) Precisamente por no contar con la seguridad de un diagnóstico cierto de Trastorno mental, la aplicación de un TODNV en su modalidad de observación para el diagnóstico exigiría la más cuidadosa y estricta aplicación de las cautelas previas.
- 13) Con el fin de lograr una optimización de medios y un adecuado control de casos, las diferentes Administraciones competentes en materia sanitaria deberían asumir el funcionamiento de órganos de seguimiento del TODNV.
- 14) Por razones de mera técnica legislativa, la aprobación de la propuesta en estudio debería implicar o la ampliación del actual título del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o la agregación de uno nuevo (por ejemplo, artículo 763 bis, a fin de poner de manifiesto que se pretende conservar el mismo espíritu que informa al vigente).



POST SCRIPTUM



En lo concerniente a la resolución del Defensor del Pueblo, manifestar que la resolución es muy amplia y aborda no sólo esta cuestión sino que se integra con otras, formando un conjunto que paso a reseñar:

- 1) El sistema de garantías de los derechos fundamentales respecto al régimen de vida que tienen estas personas cuando ingresan en centros hospitalarios, así como las condiciones en las que se les aplican los tratamientos especialmente agresivos y los medios mecánicos de sujeción.
- 2) La aplicación a las personas de edad avanzada del régimen de garantías que establece el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando padecen enfermedades psíquicas de carácter crónico o degenerativo.
- 3) Los problemas que se derivan de la prórroga automática de la patria potestad de los incapaces, cuando por imperativo legal (artículo 171 del Código Civil) se asigna la misma a los padres, en los supuestos en los que éstos carecen de condiciones para ejercer de manera adecuada dicha patria potestad.
- 4) Determinar si el actual marco jurídico permite solicitar el auxilio judicial cuando médicamente se haya prescrito un tratamiento que voluntariamente la persona con una enfermedad mental no acepta.

Vamos a adelantar el Defensor del Pueblo considera que es precisa una modificación legal en los tres primeros casos (y así lo recomienda), sin embargo en el cuarto no considera necesaria la reforma pero, quede bien entendido, no porque sea absurda o contraria a derechos fundamentales sino porque estima que el marco jurídico actual, mediante el procedimiento de incapacidad, permite dar cumplida satisfacción a estas demandas. Concretamente, tras una amplia reseña de antecedentes y consideraciones señala:

El artículo 6 del Convenio de Oviedo y el artículo 9 de la Ley 41/2002 son suficientes para abordar los problemas que se suscitan cuando una persona con enfermedad mental rechaza un tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica.

Estas previsiones legales que se acaban de citar deben ser puestas en relación con el sistema de protección de derechos que para las personas que in-



curren en alguna causa de incapacitación establece la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según el artículo 760 de dicha Ley, la decisión final que se adopte en el procedimiento de incapacitación tiene que ajustarse a la concreta situación de la persona afectada por la sentencia que se dicte. En esa sentencia se modularán los límites y el alcance de la incapacitación, se establecerá al mismo tiempo el tipo de guarda que precisa y siempre que sea necesario se indicará quién y en qué circunstancias puede suplir su consentimiento para el supuesto que sea necesario un tratamiento médico que el enfermo mental rechaza. La parte dispositiva de esta clase de sentencias tiene que dar un trato individualizado a la situación personal en que se encuentra cada persona que padece una enfermedad de las citadas.

Además hay que tener presente que esta clase de sentencias son esencialmente revisables y que, por ello, aún en el supuesto de que inicialmente no exista un pronunciamiento expreso acerca de la aplicación a la persona afectada de tratamientos médicos no queridos por ella, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 761 permite que un amplio número de personas (cónyuge, pareja de hecho, ascendientes, descendientes, hermanos, tutor, guardador de hecho y el Ministerio Fiscal) puedan instar la modificación de esa sentencia cuando sobrevengan nuevas circunstancias. En estos casos cualquiera de las personas legitimadas podrá expresamente solicitar la aplicación al declarado judicialmente incapaz de un tratamiento médico que le sea beneficioso para su salud y en su caso pedir el auxilio judicial y médico que sea necesario.

Finalmente, el Defensor del Pueblo efectúa una serie de circunstancias que deben tenerse en cuenta en todo caso cuando se solicite el auxilio judicial para la administración de un tratamiento involuntario. Tales son:

- Deberá existir siempre un informe médico que aconseje la aplicación de ese tratamiento.
- Siempre deberá constar que se ha dado al enfermo la posibilidad de cumplir voluntariamente ese tratamiento.
- Será necesario haber agotado previamente los recursos médico asistenciales y sociales como alternativa al tratamiento que se pretende imponer.



- La responsabilidad en la administración de un tratamiento involuntario corresponderá únicamente al personal sanitario encargado del paciente. Sólo en casos excepcionales se podrá pedir la colaboración de otros profesionales.
- En todos los casos deberá potenciarse en el enfermo el mayor grado de autodeterminación posible y de responsabilidad personal frente a sus decisiones, respetando en la medida de lo posible sus deseos y opiniones.
- La intervención del juez deberá ser únicamente de carácter instrumental, como autoridad competente de velar por la protección de los derechos humanos del paciente sometido involuntariamente a un tratamiento ambulatorio, que asegure su procedencia únicamente en los casos en que la ausencia de dicho tratamiento repercuta en perjuicio grave de su salud o de la salud de quienes le rodean.

Una vez efectuada la reseña de novedades, quisiera abordar el aspecto que, a mi juicio, constituye la pregunta que con más frecuencia se está formulando: ¿la reforma legal, para qué? Si ya tenemos instrumentos legales suficientes, sería innecesario. Por otro lado, si el problema fundamental es el de medios, ¿cuál es la razón de no entrar en la regulación de los medios?

Aunque ya hice alguna manifestación sobre este problema en el trabajo precedente, nuevamente he de manifestar que tanto yo personalmente, como naturalmente FEAFES, teníamos claro que el problema fundamental es de medios. Ahora bien, lo anterior no significa que no se tenga que trabajar en los restantes problemas de derechos humanos u otros muchos que surgen en el quehacer cotidiano en salud mental y ese fue el propósito que guió al Comité Jurídico.

Por tanto, desde luego, hay que volver a afirmar que, con independencia de que se apruebe o no el texto, si se consiguen mejores medios y recur-



Los cambios para el sistema serán siempre bienvenidos y que lo anterior no sólo no es incompatible con la actual propuesta sino que es su complemento necesario. Ahora bien, este problema no es un asunto de legislación general. El marco ya está definido en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad. El problema es de desarrollo de las carteras de servicios previstas en la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del sistema de salud (artículos 7, 8, 13.2 –letra g–, 14, sección segunda del capítulo I, artículo 71.1.-letra a- y disposición transitoria única). Pero este problema ya es de nivel reglamentario y de debate en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de aprobación del Real Decreto que la norma prevé y, también, de la actuación de las diferentes Comunidades Autónomas.

Cuestión diferente es la petición que se ha realizado por algunos sectores de regulación de estos problemas en la Ley de Autonomía del Paciente y la supresión del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Desde mi perspectiva esto no es adecuado. La intervención judicial en nuestro ordenamiento viene motivada porque forma parte del mismo el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950 que fue ratificado por España el 26-09-1979 y publicado en el B.O.E. el 10-10-1979¹⁸³. El artículo 5.4 del referido Convenio establece que.

Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un tribunal a fin de que éste se pronuncie en breve plazo acerca de la legalidad de su detención y ordene su libertad si la detención es ilegal.

En relación con este apartado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado:

- Que la persona afectada debe tener acceso al Juzgado y la oportunidad de ser oída bien en persona o, si fuera necesario, a través de al-

¹⁸³ El artículo 96.1 de la C.E. señala que *los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno...*



guna forma de representación. La enfermedad mental puede restringir o modificar la forma de ejercicio pero no puede justificar que se dañe al núcleo esencial del derecho. Es necesario establecer garantías procesales para proteger los intereses de las personas que, debido a su situación de desorden mental, no están plenamente capacitadas para actuar por sí mismas. (caso Winterwerp, caso Megyeri contra Alemania¹⁸⁴).

- La naturaleza de este tipo de detención exige la existencia de recursos sobre su legalidad a intervalos razonables dado que las razones que inicialmente garantizaban el confinamiento de esta clase pueden cesar de existir. (X contra Reino Unido, Luberti¹⁸⁵, caso Megyeri contra Alemania, caso Herczegfalvy contra Austria¹⁸⁶, caso Silva Rocha contra Portugal¹⁸⁷).
- La revisión judicial debe ser lo suficientemente amplia para permitir examinar si el desorden del paciente persiste y si el confinamiento es necesario, es decir, debe abarcar la esencia de lo que el Convenio denomina “conformidad a Derecho” de la detención, que no puede quedar a la simple discrecionalidad administrativa. (caso X contra el Reino Unido). Para determinar si un procedimiento dispone de las suficientes garantías, hay que tener en cuenta la especial naturaleza de las circunstancias en que se desarrolló. Dicho de otra manera, las garantías deben ser adecuadas a la clase de privación de libertad de que se trate (caso Wassink¹⁸⁸, caso Megyeri).
- El procedimiento de *habeas corpus* puede ser adecuado para medidas de urgencia que implican internamientos de corta duración, pero

¹⁸⁴ STEDH de 12-05-1992, EDE 92/13837.

¹⁸⁵ STEDH de 23-02-1984, EDE 84/6849.

¹⁸⁶ STEDH de 24-09-1992, EDE 13846.

¹⁸⁷ STEDH de 15-11-1996, EDE 96/12143.

¹⁸⁸ STEDH de 27-09-1990, EDE 90/12373.



dado que tales medidas pueden ser conformes a Derecho incluso cuando no atienden a las garantías usuales como un examen médico previo y que la Autoridad que las acuerda debe tener un amplio margen de discrecionalidad, ello inevitablemente significa que el papel del Juzgado puede ser reducido. La revisión que es posible ejercitar ante los tribunales mediante procedimientos de *habeas corpus* alcanza únicamente a la conformidad del ejercicio de la potestad discrecional con los elementos reglados establecidos en la norma y una revisión judicial tan limitada no es admisible con relación a un internamiento continuado (caso X contra Reino Unido).

- El recurso debe resolverse rápidamente (en breve plazo), lo que implica que no pueden existir excesivo retraso (caso Luberti) y que si no existen razones que lo justifiquen existirá violación del Convenio (caso van der Leer). El Convenio requiere que los Estados contratantes organicen sus sistemas legales de tal forma que sean capaces de cumplir sus requerimientos, por lo que incumbe a la Autoridad judicial hacer los ajustes necesarios, incluso durante un período vacacional, para asegurar que los asuntos urgentes serán resueltos con rapidez y esto es particularmente necesario cuando la libertad personal está en juego. (caso E contra Noruega¹⁸⁹).

La intervención judicial (o de un órgano independiente como los *Mental Health Review Tribunals* británicos, dado que el Convenio lo admite) en los internamientos constituye una garantía creada para evitar reclusiones indebidas, siguiendo una amplia trayectoria legislativa que se remonta a los orígenes del alienismo. Las garantías procesales deben estar, obviamente, recogidas en las leyes procesales y precisamente la Ley de Enjuiciamiento Civil es la ley que se aplica a la generalidad de las relaciones ordinarias de los ciudadanos, siendo norma supletoria para los restantes tipos de procesos, conforme a su artículo 4. La ley 41/2003 tiene su sentido como norma material pero la derogación de la norma procesal daría lugar a tener que

¹⁸⁹ STEDH de 29-08-1990, EDE 90/12368.



volver a introducir un precepto de esta naturaleza tendente a regular tales procesos.

En el artículo 763 se regula el internamiento como medida independiente de la incapacidad. La propuesta seguía el mismo esquema en lo concerniente al tratamiento involuntario. Se trata de una garantía procesal que viene derivada de las exigencias que impone el Convenio de Oviedo, como ya se explicó ampliamente en su momento. La necesidad de cumplir unas garantías de procedimiento y la interpretación que debe considerarse más actualizada de lo que significa el Convenio en este terreno lo constituye precisamente la Recomendación Rec(2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que ya estudiamos con anterioridad.

Por otro lado, en lo concerniente al internamiento y aunque algunas Audiencias no lo estiman así, ni las unidades de hospitalización de agudos son los únicos centros ni las intervenciones sanitarias las únicas que regula el citado artículo de la ley procesal. ¿Deben quedar sin protección los internamientos en Residencias de Tercera Edad, en Residencias para personas que presentan minusvalía psíquica o en Centros Residenciales para Enfermos Mentales Crónicos? A mi juicio, no.

Bien, analizados estos problemas, ¿por qué es necesaria una regulación?

En primer lugar, por seguridad jurídica. Las normas de incapacidad se han caracterizado tradicionalmente por su carácter patrimonialista con ausencia de disposiciones específicas en las materias personales. Las tradicionales relaciones tutelares procedentes del Derecho romano fueron sustituidas por una relación fundada en el ejercicio de un paternalismo médico que fue progresivamente afirmándose desde finales del siglo XVIII y, fundamentalmente, en el siglo XIX (en España, concretamente, a partir de la segunda mitad del siglo XIX). Fue en este momento cuando surgió la identificación entre el paciente mental y el “loco detenido”. La desaparición actual de este tipo de relación, hace retornar, nuevamente, la mirada en las instituciones tutelares. El problema ahora es generar formas legales de tutela, en aquellos casos en

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO: CUESTIONES LEGALES Y PRÁCTICAS

que sea necesario y proporcionado, que sean flexibles e independientes de la detención en una institución, problema no exclusivamente centrado en nuestra geografía, sino común en el plano internacional¹⁹⁰, como ya hemos visto.

En el Derecho francés, la materia concerniente a los tratamientos médicos es independiente del régimen de protección aplicable a los intereses civiles (artículo 490-1 CCF) e, incluso, materias tan tradicionales como el internamiento no es atribuida al *Juge de Tutelles* en el *Code de la Santé Publique* sino a órganos judiciales comunes, al contrario que en Italia o Alemania en los que la competencia reside en sus respectivos órganos judiciales especializados.

En el Derecho de Inglaterra y Gales esta dualidad es mucho más acusada, la Corte de Protección se dedicaba casi exclusivamente a la actividad patrimonial y los aspectos personales (en concreto, la designación del lugar de residencia, el requerimiento para tratamiento médico, ocupación, educación o rehabilitación o el acceso al domicilio del paciente) se realiza mediante la institución de la *guardianship* que se solicita directamente a las autoridades locales de servicios sociales, acreditando el desorden mental. Por otro lado, la materia específica de revisión de los internamientos es atribuida a otro órgano administrativo especializado: los *Mental Health Review Tribunals*. La evolución de estas formas jurídicas es constante. Así, el 7 de abril de 2005 tuvo lugar la promulgación, para Inglaterra y Gales, de la *Mental Capacity Act 2005* que revoca la Parte VII de la *Mental Health Act* de 1983 e incrementa las facultades en lo concerniente a los aspectos personales y a los tratamientos médicos en general aunque su artículo 28 excluye expresamente los propios de la salud mental.

Otros sistemas, como el holandés, han creado formas de guarda específicas (*Mentorschap*) para la atención de los intereses personales o no patrimoniales (en vigor desde el 1 de enero de 1995).

¹⁹⁰ UNSWORTH, Clive. "Mental disorder and the Tutelary Relationship: From pre- to post-carceral legal order". *Journal of Law and Society*, Volumen 18, número 2, verano de 1991.



POST SCRIPTUM



Sin embargo, en países como la República Federal Alemana que tiene un sistema de protección de adultos incapaces que engloba las medidas propiamente personales tampoco está claro que estas puedan abarcar sin más el contenido de las disposiciones legislativas sobre tratamientos involuntarios de última generación. Este problema se planteó en la Sentencia del Tribunal Supremo Alemán de 11 de octubre de 2000¹⁹¹ que se pronunció en contra de una ampliación de las facultades previstas en el Código Civil (BGB) y en la Ley de los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria (FGG) similar a las de los T.A.I. de nueva generación por estimar que la legislación alemana vigente no comprendía este tipo de medidas. Pueden citarse dos intentos recientes de modificación de la legislación tanto en el plano federal como en el regional (Bremen)¹⁹². Ninguno de ellos tuvo éxito y ello en un país que, como vimos, contaba ya con disposiciones, tanto federales como regionales, sobre este tipo de medidas.

En el caso español, sí hay, a mi juicio y como ya expresé con anterioridad, margen suficiente para entender aplicable esta medida conforme al procedimiento de incapacidad. Sin embargo, la mayoría de los Juzgados que la han aplicado se han fundado en las normas de internamiento cuestión que, como ya expresé, genera dudas en algunos operadores entre los que me incluyo.

Lo cierto es que parece razonable atender a lo que ocurre en la práctica. En una ciudad como Madrid en la que existen tres Juzgados especializados, uno lo aplica, el otro no porque considera que no existe suficiente apoyo legal y el tercero no se ha pronunciado todavía. Creo que esta situación, que se repite en bastantes lugares de nuestra geografía, es absolutamente desconcertante para los ciudadanos afectados.

En segundo lugar, la regulación separada ofrece una serie de ventajas evidentes, además de seguir las recomendaciones internacionales que exigen que las garantías del T.A.I. deben ser similares a las del internamiento. Así:

¹⁹¹ BUNDESGERICHTSHOF, Beschluss vom 11. Oktober 2000, XII ZB 69/00.

¹⁹² MARSCHNER, Rolf. "Zwangsbehandlung in der ambulanten und stationären Psychiatrie". *Recht und Psychiatrie*, 23. Jg. Heft 2, 2005. páginas 47 a 51.



- La revisión automática; en la incapacidad, la revisión no es automática (como sí lo es en el internamiento) sino que supone un nuevo proceso (artículo 761 LEC).
- La resolución no tendría acceso a los Registros Públicos, como sí la tiene en los casos de incapacidad (artículo 755 LEC).
- El fundamento de la incapacidad es la persistencia de la enfermedad y, en este caso, se estima que en un plazo razonable va a producirse una importante mejoría que dará lugar a que no sea necesaria la continuidad de medidas de protección constituyendo un estadio intermedio antes de llegar a la constitución de una tutela que podría ser innecesaria.
- La medida generalmente se aplica tras un período de internamiento y exige una tramitación ágil, lo que daría lugar, en la práctica, a que estas medidas se apliquen en todos los casos con carácter cautelar, desvirtuando su función dado que lo que debe ser un procedimiento excepcional y accesorio, se convierte en absolutamente habitual.
- Queremos resaltar de nuevo el carácter de “autorización” y no de “orden” que conlleva la regulación que se pretende. El tenor de los artículos 158 del Código Civil y 762 de la LEC (adopción de medidas de oficio o a instancia de los legitimados) puede entrañar confusión en los operadores. Hay que volver a afirmar el carácter sanitario de este tipo de intervenciones y, por tanto, la iniciativa médica, evitando dar lugar a confusión entre los interesados en supuestos en que la aplicación de este tipo de programas sea imposible por carencias de la red sociosanitaria.

En suma, la medida es menos restrictiva que la incapacidad o el internamiento, es exigible que existan criterios claros de aplicación establecidos normativamente en lo concerniente a las garantías procesales, evitándose tutelas innecesarias y, por último, hay que generar prácticas adecuadas, establecien-

EL AUTOR



do también en las regulaciones autonómicas o en el marco reglamentario de desarrollo de la legislación de Sanidad las características y contenido mínimo de estos programas pues lo que se recoge en la propuesta de modificación legal es sólo la garantía judicial.

EL AUTOR

Carlos-Eloy Ferreirós Marcos nació en 1963 en Alicante. Tras licenciarse en Derecho y superar un período de preparación de oposiciones, ingresó en la Carrera Fiscal incorporándose a la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Alicante en febrero de 1990. Desde 1991, desempeñó su actividad profesional en el entonces denominado Servicio de Protección del Deficiente y del Enfermo Mental. Por tal motivo desarrolló una intensa colaboración con las diferentes Asociaciones y Fundaciones ligadas a este ámbito así como con diversas entidades y proyectos en los que destaca la participación en el *Grupo de trabajo de apoyo a la rehabilitación de personas con deficiencia mental afectas por el régimen penal penitenciario* en el seno del Real Patronato de Prevención y de atención a personas con minusvalía, la colaboración en la confección del *Protocolo de Internamientos de la Ciudad de Alicante* aprobado el 5 de octubre de 2000 y su intervención en las reuniones del Comité Jurídico de la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales (FEAFES) sobre la elaboración de propuestas de regulación del tratamiento médico externo involuntario.

Ha participado en numerosas jornadas y seminarios especializados, publicando diversos trabajos entre los que destacan la obra conjunta *ENFERMEDAD Y DEFICIENCIA MENTAL: ASPECTOS LEGALES NO VINCULADOS AL PATRIMONIO* (Alicante, 2001), publicada por la Caja de Ahorros del Mediterráneo (2 volúmenes) y la ponencia *CAPACIDAD PARA DECIDIR POR SÍ MISMO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO*, publicada en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal* (V-2002).

En febrero de 2003 pasó a formar parte del equipo de asesores del Síndic de Greuges de la Comunidad Valenciana. En el curso de su labor participó en la confección del informe especial a las Cortes Valencianas sobre la *SITUACIÓN DE LAS PERSONAS QUE PADECEN ENFERMEDADES MENTALES Y DE SUS FAMILIAS* (2003) y en la elaboración de una ponencia presentada en las XVIII jornadas de coordinación de Defensores del Pueblo celebradas en Toledo-Albacete los días 19 al 22 de octubre de 2003 con el título *LOS DERECHOS DEL ENFERMO MENTAL COMO USUARIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD*.

Con ocasión de su participación en el Comité Jurídico de FEAFES y la tramitación de una proposición de ley de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el tratamiento ambulatorio involuntario ha tenido activa participación en diversas jornadas y seminarios celebrados en toda la geografía nacional.



TÍTULOS PUBLICADOS DE LA COLECCIÓN



nº 1

Un Plan de empleo para las personas con discapacidad en el siglo XXI



nº 2

Discapacidad severa y vida autónoma



nº 3

La discriminación por motivos de discapacidad



nº 4

Turismo Accesible. Hacia un turismo para todos



nº 5

Plan del CERMI para la protección de las familias con personas discapacitadas



nº 6

Plan Estatal de Accesibilidad del CERMI



nº 7

Discapacidad y exclusión social en la Unión Europea



nº 8

Atención educativa a las personas con discapacidad



nº 9

Nueva legislación sobre discapacidad en España



nº 10

Plan integral de salud para personas con discapacidad



nº 11

La discriminación por razones de discapacidad en la contratación de seguros



nº 12

La protección de las situaciones de dependencia en España

TÍTULOS PUBLICADOS DE LA COLECCIÓN



nº 13

Programas activos de empleo para las personas con discapacidad



nº 14

Mejora de la accesibilidad universal a los entornos



nº 15

Ayudas Técnicas y Discapacidad



nº 16

Re-Inventarse, la doble exclusión: vivir siendo homosexual y discapacitado



nº 17

La discapacidad en el ámbito tributario



nº 18

Ier Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2005-2008



nº 19

Por la igualdad, Unidas en la diversidad



nº 20

Plan de Acción del CERMI Estatal en materia de Atención Temprana a Personas con Discapacidad



nº 21

Aspectos sociales en la contratación pública



nº 22

Turismo Accesible para Todas las Personas. Plan de acción del CERMI



nº 23

Accesibilidad de la televisión digital para las personas con discapacidad