

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

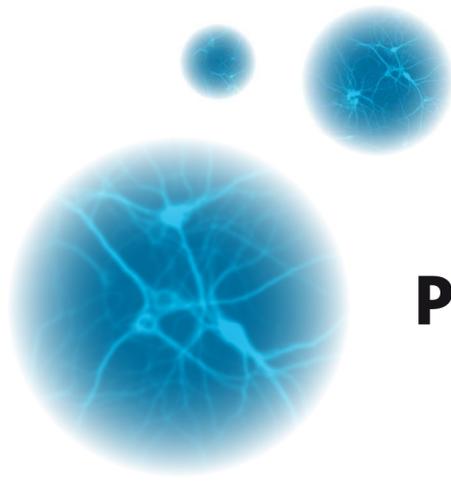
ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Taller II “Tratamientos involuntarios en el ámbito de la Salud Mental”. **Sevilla, 15 de marzo de 2012.**

DOCUMENTO DE CONCLUSIONES.

ÍNDICE

1. Introducción.
2. Marco normativo de la enfermedad mental.
 - 2.1. Normativa Internacional.
 - 2.2. Derecho comparado: Instituciones y normativa comunitarias en materia de enfermedad mental
 - 2.3. Régimen jurídico de la enfermedad mental en el Derecho español
 - A) Legislación sanitaria
 - B) Legislación procesal civil
 - C) Legislación en materia de discapacidad, dependencia y servicios sociales
3. El internamiento psiquiátrico involuntario por razón de trastorno psíquico
 - 3.1. Concepto de internamiento y naturaleza jurídica del procedimiento
 - 3.2. Procedimiento ordinario o común
 - 3.3. Procedimiento extraordinario o por razón de urgencia
 - 3.4. Propuestas de mejora
4. El tratamiento ambulatorio involuntario
 - 4.1. El Tratamiento obligatorio como alternativa al internamiento
 - 4.2. Marco legal de referencia
 - A) Derecho comparado
 - B) Derecho español
 - C) Los intentos de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario desde los ámbitos civil y sanitario
 - D) Perspectivas de futuro en el desarrollo legal del tratamiento ambulatorio involuntario
 - 4.3. Especial referencia al tratamiento involuntario en el ámbito penal-penitenciario
 - A) El tratamiento obligatorio como soporte de las medidas penales sustitutivas de la privación de libertad



XXVII JORNADAS DE COORDINACIÓN
DE DEFENSORES DEL PUEBLO

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

B) Los tratamientos obligatorios a los internos en los centros penitenciarios

5. Reflexiones finales

6. Conclusiones

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

1. Introducción.

Los tratamientos ambulatorios involuntarios (TAI) en la atención a la salud mental han estado sometidos a una constante polémica, que adquirió un especial protagonismo en el caso español con ocasión de sendas iniciativas legislativas de la pasada década y que, aún hoy, resulta una temática recurrente en nuestro entorno social, profesional y mediático, unas veces con ocasión del denominado efecto de “puertas giratorias” y otras, desgraciadamente, con ocasión de hechos luctuosos que se resaltan en los medios de comunicación con ribetes sensacionalistas, en detrimento de la necesaria erradicación del estigma

En lo que respecta a las Defensorías, con independencia de que esta modalidad de atención incide frontalmente en el ámbito de los derechos relativos a la personalidad y dignidad de las personas con enfermedad mental (aspecto que por sí solo justificaría nuestra atención), lo cierto es que en la práctica cotidiana de las quejas que ordinariamente nos dirigen los familiares de estos enfermos, para determinados perfiles, aluden a la procedencia de este tipo de tratamiento como solución más adecuada frente a los reiterados fracasos de las intervenciones precedentes.

Situados en el actual contexto español, en el que se ha desarrollado en las últimas décadas un importante proceso de desinstitucionalización, variable en función de la autonomía gestora de la salud mental, como también de los recursos comunitarios alternativos desarrollados, lo cierto es que persisten dificultades a la hora de prestar desde el sistema público de salud mental una asistencia adecuada e integral a un determinado colectivo de personas con enfermedad mental. Estas dificultades vienen motivadas por factores de diversa índole, con independencia del nivel de desarrollo de los recursos destinados a esta finalidad, aunque resulta pacífico colegir que la necesidad de intervenciones coercitivas disminuye inversamente a la suficiencia de aquellos.

Debemos tener en cuenta que el colectivo de personas con enfermedad mental está integrado no solo por aquellas consideradas habitualmente como personas con enfermedad mental (personas que padecen esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, trastorno paranoide, trastornos de carácter psicopático, etc.), sino también aquellas otras que padecen demencia senil u otro tipo de enfermedades degenerativas tipo Alzheimer, u otro tipo de trastornos como los alimentarios (anorexia nerviosa y bulimia), las adicciones (alcohol, drogas), o trastornos mentales de origen orgánico (encefalitis, meningitis entre otras).

El perfil de las personas con enfermedad mental objeto de este análisis, y por tanto, susceptibles de tratamientos de esta naturaleza, ya sea en el seno de los establecimientos psiquiátricos (mediando ingreso, voluntario o no), en el de establecimientos sanitarios ordinarios, en el domicilio o en cualquier otro lugar adecuado, para el caso de tratamientos ambulatorios involuntarios, admite diferenciaciones según se trate de internamiento involuntario o tratamiento ambulatorio involuntario, mas la doctrina suele sintetizarlo en los siguientes:

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

- Personas con trastorno mental severo
- Escaso o nulo reconocimiento de la enfermedad
- Reiterados fracasos terapéuticos (refractarios al tratamiento)

En este trabajo preliminar nos centraremos en el colectivo de personas con enfermedad mental en sentido estricto, puesto que permite un análisis más exhaustivo de la problemática que plantea la discapacidad psíquica por enfermedad mental grave dentro de las situaciones genéricas de discapacidad y dependencia.

Antes de abordar el marco normativo de la enfermedad mental, estimamos conveniente precisar que son distintos los actores implicados en esta realidad. Además del actor institucional, del que se da cuenta más adelante en el texto, y que será el encargado de regular e implementar los tratamientos obligatorios de la enfermedad mental, entendemos obligada la referencia, en primer lugar, a los diversos planteamientos de los profesionales de la salud mental respecto de estos tratamientos obligatorios, algunos de ellos muy críticos, y en segundo lugar, a la perspectiva de las asociaciones nucleadas en torno a este tema, integradas por personas con enfermedad mental y por sus familiares, que en ocasiones divergen en sus intereses y planteamientos

2. Marco normativo de la enfermedad mental.

2.1. Normativa Internacional.

Diversos Tratados Internacionales dedican una especial atención a la salud mental, especialmente desde una perspectiva garantista de sus derechos.

Dichos instrumentos tienen su base en los pactos internacionales, como también en acuerdos y recomendaciones de instituciones europeas, de los que destacamos los siguientes:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).
- El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).
- Resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, relativa a los principios para la protección de las personas con enfermedad mental y la mejora de la atención de la salud mental.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Esta resolución establece como 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”*.

- Resolución 46/119, de 17 de diciembre, de las Naciones Unidas, por la que se adoptan los Principios para la protección de las personas con enfermedad mental y la mejora de la atención de la salud mental).

- El Principio nº 11.8 expresa que, *“salvo lo dispuesto en los números 12, 13, 14 y 15 del presente principio (que hacen referencia a la esterilización, operaciones quirúrgicas o tratamientos de singular importancia, psicocirugía y ensayos clínicos), también se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento informado si un profesional de salud mental cualificado y autorizado por la ley determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato al paciente o a otras personas. Este tratamiento no se aplicará más allá del periodo estrictamente necesario para alcanzar su propósito”*.

Finalmente, indicar que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ha examinado el informe que España ha presentado con motivo del artículo 35 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en vigor para España desde el día 3 de Mayo de 2008 (Art. 25 Convención sobre Salud), ha recomendado (septiembre de 2011) al Estado parte que se fortalezca la autonomía de la voluntad y la toma de decisiones por las personas con discapacidad y que todos los servicios de atención sanitaria se basen en el consentimiento informado de la persona implicada.

2.2. Normativa comunitaria en materia de enfermedad mental.

a) Consejo de Europa.

El Consejo de Europa tiene como finalidad la defensa de los derechos humanos, la democracia pluralista y la preeminencia del derecho, así como potenciar la identidad europea entre todos los ciudadanos europeos.

Destacaremos, a continuación, por su relevancia, los siguientes instrumentos:

- En cuanto al ámbito europeo, y en concreto del Consejo de Europa, convendría incorporar al texto los siguientes instrumentos:

- La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 818(1977) de 8 de octubre, instando al

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Comité de Ministros a invitar a los Estados miembros a revisar sus legislaciones, especialmente en lo concerniente a la revisión de materias como la redefinición del concepto de peligrosidad para reducir al máximo la práctica del internamiento involuntario por periodos indeterminados, el establecimiento de tribunales o comisiones especializadas, asegurar la audiencia de los afectados, etc.

- La Recomendación R (83), de 22 de febrero, del Comité de Ministros a los Estados miembros concerniente a la protección legal de las personas que padecen trastornos mentales internados como pacientes involuntarios, siguiendo la recomendación 818(1977).

Además de lo anterior, tres convenios, suscritos por España, son de especial interés para la salud mental:

- Convenio Europeo de Derechos Humanos

- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura, por el cual se creó el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) que realiza inspecciones al azar sobre el trato que reciben las personas en situación de privación de libertad, lo que incluye a personas internadas por motivos de salud mental, y recomiendan medidas que deben adoptarse con miras a reforzar su protección.

- Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo.

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

El artículo 8 del citado Convenio de Oviedo se refiere a las situaciones de urgencia y preceptúa lo siguiente *“cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.”* Es importante también reseñar el artículo 26 del Convenio, relativo a las Restricciones al ejercicio de los derechos.

El Comité de Ministros aprobó en 2004 la Recomendación 2004 REC (2004) relativa a la protección de la dignidad y los derechos humanos de las personas con trastornos mentales.

b) Comisión Europea: El Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar.

A raíz de la Declaración y del Plan de Acción de Helsinki 22, la Comisión Europea consideró

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

que los Estados miembro de la Unión Europea debían emprender líneas de trabajo y de acción conjuntas que permitieran desarrollar los contenidos de Helsinki y sincronizar acciones y estrategias. Todo ello se plasmó en el proyecto “Libro Verde de la Salud Mental en Europa. Mejorar la salud mental de la población-Hacia una estrategia en salud mental en la Unión Europea”.

El Pacto Europeo por la Salud Mental y el Bienestar, como la propuesta de continuidad del Libro Verde, aborda cinco áreas prioritarias: la salud mental entre los jóvenes y en la educación, la salud mental de las personas mayores, la salud mental en el entorno laboral, la prevención del suicidio y de la depresión y el estigma y la exclusión social.

El 18 de enero de 2009 el Parlamento Europeo adoptó la resolución 2008/2009 (Informe A6-0034/2009) en la que se asumen los postulados y propuestas del Pacto, así como un conjunto de llamadas a desarrollar acciones relativas a la salud mental, tanto a nivel nacional como a nivel europeo.

2.3. Régimen jurídico de la enfermedad mental en el Derecho español.

Por lo que respecta al marco legal estatal en la materia que nos ocupa, toda la normativa pivota en torno a las exigencias constitucionales relativas a la misma.

La libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona tiene su cobertura en el artículo 1.1 CE, que consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que implica el reconocimiento, como principio inspirador del mismo, de la autonomía del individuo (paciente) para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

Dentro de los principios rectores de la política social y económica, los artículos 43 y 49 de la Norma Suprema establecen el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, derecho que exige que los poderes públicos adopten medidas idóneas para satisfacerlo.

Otras referencias normativas imprescindible son todas las relativas a los derechos y libertades fundamentales del Título Primero, especialmente el artículo 10.1, puesto que, si bien es cierto, que la doctrina no es pacífica respecto de lo que debe entenderse por derechos inviolables, si se parte del principio de respeto a la persona humana contenido en el artículo 10.1CE, es obvio que las personas con enfermedad mental, deben gozar hasta el máximo grado de viabilidad posible de los mismos derechos que el resto de seres humanos.

Igualmente deben mencionarse los artículos 14 (igualdad), 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y 17.1 (derecho a la libertad y seguridad).

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Los mencionados son derechos inalienables que corresponden a todas las personas sin excepción y sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de ninguna condición o circunstancia personal o social, vinculando a todos los poderes públicos, y solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a) CE, estableciéndose además el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la CE para su tutela.

Pero el marco jurídico de protección de las personas con enfermedad mental es de gran complejidad desde el punto de vista legislativo, y ello porque en esta materia el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas afecta a diversos ámbitos: Sanidad, Seguridad Social, Servicios Sociales, Laboral, Vivienda, Urbanismo, etc. Esta complejidad es lo que dificulta una respuesta institucional transversal dirigida a la satisfacción de las necesidades generadas por la situación de dependencia en general, y de la dependencia por trastorno mental grave en particular.

En una exposición que no pretende ser exhaustiva, podemos citar las siguientes leyes estatales como ejes normativos más destacables en relación con el régimen jurídico de la enfermedad mental.

A) Legislación sanitaria.

1. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
2. 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.
3. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del sistema nacional de Salud.
4. Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal estatutario de los Servicios de Salud.
5. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. Los Anexos II (apartado 8) y Anexo III (apartado 7) especifican la asistencia primaria y especializada en esta materia.

El artículo 6 de la Ley General de Sanidad (LGS) establece que *“serán responsabilidad de las administraciones públicas, entre otras, promover la salud, la educación sanitaria, garantizar la asistencia sanitaria de todos los casos de pérdida de salud y promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social.”*

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Pero el precepto básico en materia de salud mental es el artículo 20 de la citada LGS, que recoge los principios de la actuación sanitaria en el ámbito de salud mental, al disponer:

«Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones Sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:

1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales en el ámbito ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.

Se considerarán de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

2. La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales.

3. Se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas de la persona con enfermedad mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

4. Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general cubrirán, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general.»

Los principios rectores de dicha Ley consisten en:

a) Garantizar la atención a la enfermedad mental dentro de la red general de salud, especialmente en los servicios de atención primaria.

b) Desarrollar adecuados servicios comunitarios y soportes sociales que posibiliten la rehabilitación y reinserción social de los pacientes.

c) Promover cambios en la comunidad que eliminen los elementos de segregación y marginación que afectan a estos pacientes.

d) Amparar los derechos civiles de las personas con trastornos mentales.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

e) Coordinar los servicios sociales y sanitarios de cara a la prevención, rehabilitación e inserción de las personas con enfermedad mental, coordinación dirigida a una atención integral.

Junto con la LGS la otra norma de referencia en relación con la enfermedad mental es la Ley 41/2002, Reguladora de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

En concreto, el artículo 9.2 de la citada ley, en referencia a los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación, señala:

«2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

(...)

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

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.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

(...)

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

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. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.»

B) Legislación procesal civil.

a) Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:

“Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.”

En relación con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento, debemos destacar que, por sentencia del Tribunal Constitucional núm. 132/2010, de 2 de diciembre, se han declarado inconstitucionales los incisos siguientes:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que por razones de urgencia hiciere necesaria la inmediata adopción de la medida. En todo caso hay que considerar que estamos en presencia de una declaración de inconstitucionalidad diferida, que no afecta a la validez del contenido material de los incisos, pero que impone al

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

legislador estatal su regulación formal por una ley orgánica."

b) Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil (27 de octubre de 2006) que no llegó a publicarse y planteaba la siguiente regulación:

"Artículo 84. Ámbito de aplicación.

Se aplicarán las disposiciones del presente Capítulo a los supuestos en los que sea necesario autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, ante la falta de capacidad de decisión del paciente y cuando así lo requiera la salud de los enfermos."

"Artículo 85: Legitimación.

1.- Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes, o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.

2.- Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido."

"Artículo 86: Solicitud y procedimiento

1.- la solicitud de autorización de tratamiento no voluntario para el enfermo psíquico se realizará mediante propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del mismo.

2.- Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia del solicitante, al paciente, así como al Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.- En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual. Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad de tratamiento."

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

“Artículo 87. Resolución.

1.- En la resolución que se dicte mediante auto motivado, deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.

2.- Asimismo, se establecerán los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas. El tribunal podrá acordar que los informes periódicos sean remitidos en plazos inferiores, atendida la naturaleza del trastorno psíquico.

3.- En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez.

4.- En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del intercambio o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.”

C) Legislación en materia de discapacidad, dependencia y servicios sociales.

a) Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, posteriormente desarrollada por R.D. 145/1983.

b) Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento de reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

c) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

d) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de Dependencia. Esta norma tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD).

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

3. El internamiento psiquiátrico involuntario por razón de trastorno psíquico.

En España la Constitución de 1978 sentó las bases para un sistema de protección de la enfermedad mental dentro del marco de un Estado Social y democrático de Derecho”, que resultaba incompatible con el Decreto de 3 de julio de 1931, de “Asistencia de los enfermos mentales”, por cuanto el modelo administrativista que incorporaba permitía privaciones de libertad sin control judicial.

En este contexto se promulgó la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que derogó expresamente el hasta entonces vigente Decreto de 1931, y modificó el sistema de ingreso forzoso en centro psiquiátrico, configurándose como una privación de libertad justificada por razones terapéuticas bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, siendo necesaria la autorización previa o en los supuestos de urgencia la posterior convalidación de cualquier tipo de ingreso psiquiátrico contrario a la voluntad del enfermo.

La parquedad de la norma frente a la detallada regulación del Decreto de 1931 fue muy criticada por la doctrina, que puso de manifiesto las numerosas deficiencias de la nueva legislación, entre las que se mencionaron la falta de determinación de las causas que pueden dar lugar al internamiento, personas legitimadas para promoverlo, notificación al Juez en supuestos de internamiento de urgencia, la falta de regulación de los supuestos de finalización del internamiento, indefinición del concepto de tratamiento voluntario e involuntario, y la no determinación de los derechos de las personas durante la situación de internamiento.

A pesar de que se realizó un importante esfuerzo interpretativo con objeto de suplir sus carencias, en el año 1996 aprovechando el trámite de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil (CC) y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), cuyo objetivo era regular el internamiento del menor en Centro Psiquiátrico, se introducen cambios en el artículo 211 CC referidos al internamiento de adultos, entre los que destaca la sustitución de la expresión “internamiento de un presunto incapaz” por la de “internamiento de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí” y además establece que la autorización judicial será siempre previa al internamiento, salvo en situaciones de urgencia.

La Disposición Derogatoria Única de la LEC suprime expresamente los artículos 202 a 214 del CC, de tal manera que el artículo 211 CC que analizábamos desaparece, siendo sustituido por el contenido dispuesto en el artículo 763 LEC, en una regulación que viene a corregir algunas deficiencias advertidas y que se pretende escrupulosamente respetuosa con las circunstancias que pueden permitir su adopción, así como con las garantías relativas a su desarrollo, habida cuenta que se trata de una medida que supone una restricción abrumadora de Derechos Fundamentales de la persona.

Completando dicha regulación deben mencionarse las siguientes disposiciones normativas:

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

a) artículo 271.1 CC que dispone el internamiento del tutelado en un establecimiento de salud mental como uno de los actos para los cuales el tutor necesita expresamente autorización judicial,

b) el artículo 760.1 LEC, que establece que la sentencia que declare la incapacitación se pronunciará en su caso sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio, de lo dispuesto en el artículo 763.

3.1. Concepto de internamiento y naturaleza jurídica del procedimiento.

El internamiento por razón de trastorno psiquiátrico puede definirse como una privación de libertad en centro sanitario especializado, autorizada judicialmente con toda una compleja serie de garantías, con objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre personas afectadas por trastorno psíquico, cuando éstas no tenga capacidad de decidir por sí mismas y exista grave riesgo para su salud.

En esta definición hay que matizar los siguientes aspectos:

a) Privación de libertad en centro sanitario especializado.

En el contexto de la norma, el internamiento consiste en una medida privativa de la libertad del sujeto internado, razón por la cual resulta necesaria la intervención judicial. De forma que cuando el ingreso es en un centro en régimen abierto, aunque afecte a las personas que padezcan trastornos mentales queda fuera del ámbito de aplicación de la norma, simplemente por no tratarse de un supuesto de internamiento a estos efectos, dado que falta la nota privativa de la libertad.

b) Sujeto pasivo del internamiento.

El artículo 763 de la LEC mantiene la terminología incorporada en la reforma del CC de 1996, abandonándose definitivamente el concepto de presunto incapaz y con ello las dudas que suscitaba tal terminología en relación con el concepto de incapacitación. Ha de entenderse, por tanto, que pueden incluirse en el contexto de la norma, además de las personas incapacitadas, las personas no incapacitadas, pero con enfermedad incapacitante, como aquellas otras con trastornos temporales o padecimientos psíquicos que no derivarán nunca en causa de incapacitación.

c) Internamiento no voluntario:

Tal y como se establece en el propio enunciado del artículo 763 LEC, el procedimiento regulado se refiere al internamiento de personas con trastornos mentales en aquellos casos en que el ingreso del sujeto no es voluntario. Ahora bien, cabe cuestionarse qué significa exactamente

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

involuntario, si significa que el enfermo haya de rehusar de modo claro su ingreso y que deba ser recluido “contra su expresa voluntad” y en definitiva si es lo mismo internamiento “no voluntario” que internamiento coactivo o forzoso.

La utilización del concepto “no voluntario” puede desviar la atención del punto fundamental, que es el requisito de que la persona a internar no esté en condiciones de decidir por sí la conveniencia de su internamiento, siendo por tanto indiferente que la falta de capacidad de decisión del enfermo se deba a un déficit temporal o permanente, que dé lugar a una carencia absoluta de conciencia o simplemente vicie dicha conciencia sobre sí.

Si la persona está en condiciones de decidir sobre su internamiento, el mismo quedaría al margen de la regulación contenida en el artículo 763 LEC, al igual que quedan al margen aquellos casos en los que el sujeto a internar no puede decidir por sí mismo.

Si por el contrario, la persona a internar no tiene capacidad de discernimiento necesaria para poder decidir sobre la necesidad de su internamiento, deberá recurrirse al procedimiento del artículo 763 LEC para legitimar dicha medida de internamiento, haya o no oposición de la persona, e incluso aunque acepte expresamente o insista en ello, puesto que su consentimiento es en todo caso inválido.

Respecto a la valoración de dicha capacidad, ésta será efectuada por el Juez, si es que la medida está relacionada con un proceso de incapacitación, o por el médico que estudia la posibilidad de internamiento de un sujeto concreto, en otro caso.

No obstante, se hace preciso una vez más destacar que el Tribunal Constitucional en Sentencia nº 132, de 2 de diciembre de 2010, recurso 4542/2001 ha declarado inconstitucional, con el efecto establecido en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia, el inciso del artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se refiere que “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometido a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”. Igualmente se ha declarado inconstitucional, con idéntico efecto, el inciso del mencionado artículo en que se señala que “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida”.

El efecto previsto en el fundamento 3 de la Sentencia que se cita es “*instar al legislador para que a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica*”, es decir, establece lo que se ha denominado inconstitucional diferida, en tanto que no declara la nulidad del precepto, aún habiendo podido llevarlo a cabo, sino que establece una separación entre inconstitucionalidad y nulidad de la norma. La razón de ser de dicho pronunciamiento lo asienta en la necesidad de evitar un vacío no deseable en el ordenamiento jurídico, máxime cuando no se ha cuestionado el contenido material del precepto impugnado, sino sólo el rango formal de su regulación, teniendo en cuenta que nos encontramos ante

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

una materia reservada a ley orgánica, ya que el internamiento involuntario constituye una privación de libertad que afecta al derecho fundamental a la libertad y seguridad personal, garantizado en el artículo 17.1 de la Constitución.

d) Padecimiento mental necesariamente psiquiátrico.

El padecimiento mental ha de ser necesariamente psiquiátrico, no siendo preciso que la enfermedad sea permanente, dado que la persistencia del padecimiento solo tendrá relevancia a efectos de una futura incapacitación, que se tramitará mediante el procedimiento correspondiente.

Está claro que el padecimiento de una enfermedad mental es condición necesaria pero no suficiente. El hecho de tener diagnosticada una enfermedad mental no justifica en ningún caso por sí mismo el internamiento, siendo necesario que el tratamiento médico requiera ineludiblemente su ingreso psiquiátrico.

Por tanto, debe entenderse que el internamiento solo es legítimo cuando redunde en propio beneficio del internado. Esta cuestión no debería confundirse con otra más controvertida, como es la de si el internamiento resulta legítimo no sólo cuando la conducta del enfermo puede resultar peligrosa para sí mismo sino también para terceros, y que debería responderse de forma afirmativa, puesto que en ambos casos, esto es, ya sea peligroso para sí mismo o para terceros, debe entenderse que el internamiento ha de redundar en el propio beneficio del internado.

No conviene olvidar que dichas manifestaciones de peligrosidad son consecuencia directa de la enfermedad y muestran la necesidad de que el sujeto esté sometido a mayor control en el tratamiento de su enfermedad, siendo así que éste solo pueda asegurarse a través de la medida de internamiento.

Por último, destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado los requisitos psiquiátricos exigibles para el internamiento no voluntario:

“Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado por un dictamen pericial médico objetivo.

La perturbación mental debe revestir un tipo o grado amplios que legitime el internamiento.

Su prolongación debe cesar cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.”

Por último cabe reseñar que las personas con enfermedad mental grave representan en torno a un 3% de la población, pero los hechos con relevancia penal cometidos por este colectivo suponen un

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

porcentaje sensiblemente inferior.

e) Autorización judicial expresa.

Esta debe ser previa al internamiento en el procedimiento ordinario, a modo de autorización, si bien en el procedimiento urgente se procede al internamiento y posteriormente se supedita este a la necesaria autorización judicial, a modo de aprobación o ratificación posterior.

Es preciso destacar que el internamiento puede solicitarse aunque no se haya promovido proceso de incapacitación de la persona afectada, porque no se trata de una medida cautelar ligada a la incapacitación, sino que se trata de una medida de seguridad, de prevención o protección, que procede en aquellos supuestos en los que se haya manifestado un brote agudo de una enfermedad mental. Por otro lado, nada impide que dicha medida se adopte estando pendiente un proceso de incapacitación, o bien que dicha medida sea adoptada cuando la persona ya esté realmente incapacitada.

Todos estos supuestos están previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico: el internamiento de una persona no incapacitada ni afectada por un proceso de incapacitación se solicitará al amparo del artículo 763.1 LEC; el internamiento de quien ya está incapacitado, nos reconduce, sin embargo, al artículo 271 CC, en cuya virtud el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, lo que nos reconduce al artículo 763.1 LEC.

Finalmente, el internamiento de quien está incurso en un proceso de incapacitación, puede ser solicitado en la demanda de incapacitación o en otro momento del proceso, y puede ser adoptado también de oficio por el propio Juez, debiendo pronunciarse en su caso la sentencia sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763 LEC (artículo 760.1 LEC), y debiendo destacarse que la adopción de la medida de internamiento en ningún caso puede entenderse que vaya a prejuzgar el fallo en relación con la incapacitación solicitada. También es conveniente señalar que, aunque es una medida que puede adoptarse judicialmente en diferentes circunstancias, en cualquier caso tiene intrínsecamente la misma naturaleza, tratándose de una medida de seguridad, que puede adoptarse, bien como un incidente en el proceso de incapacitación, o bien como una medida autónoma e independiente de todo proceso. Y siempre con las mismas garantías.

3.2. Procedimiento ordinario o común.

Si bien existe un sector doctrinal que destaca el carácter contencioso del procedimiento regulado en el artículo 763 LEC frente a la naturaleza del procedimiento de jurisdicción voluntaria de la regulación anterior, otro sector de la doctrina es partidario de lo contrario, esto es que no se trata de un

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

verdadero proceso jurisdiccional, sino de un expediente de jurisdicción voluntaria, en el que el Juez se limita a conformar el Derecho, completándolo y sustituyendo la autorización que exige el ordenamiento jurídico del interesado para poder ser ingresado en un establecimiento psiquiátrico, puesto que dicha autorización no es posible obtenerla del afectado dada su deficiente salud psíquica.

Con carácter general, se puede concluir que las novedades en la tramitación del procedimiento suponen una clara mejora en lo que se refiere a las garantías de orden procesal.

a) Jurisdicción y competencia.

El artículo 763.1 LEC se refiere solo al presupuesto de la competencia.

Para la determinación concreta del órgano judicial se establece la competencia territorial del órgano judicial donde resida la persona afectada por el internamiento, en una acertada regulación que hace coincidir la competencia con la del procedimiento de incapacitación, para evitar posibles discordancias, teniendo en cuenta que, si bien incapacitación e internamiento son dos actuaciones claramente diferenciables, también es verdad que la Ley prevé la posibilidad de que en el marco de un proceso de incapacitación pueda ser adoptada dicha medida de internamiento por resultar necesaria en un momento concreto del proceso.

b) Solicitud del internamiento.

La normativa no dice nada al respecto, pero parece claro que hay que diferenciar según la medida se adopte en el marco de un proceso de incapacitación o de forma autónoma e independiente.

En el primer supuesto, la solicitud corresponde a quien tiene legitimación para instar dicho procedimiento, si bien también puede adoptarse la medida de oficio.

En el caso de que se trate de una medida de internamiento autónoma, ha de entenderse que cualquier persona puede poner en conocimiento del Juez, bien por escrito o mediante comparecencia ante el Ministerio Fiscal o ante el Juzgado, la situación fáctica de una persona que requiere internamiento, alegando las razones que motivan su petición.

El juez también podrá actuar de oficio, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos, no sólo porque no podrá resolver sin su previo dictamen, sino también por si los hechos pudieran hacer aconsejable un análisis de la incapacitación del sujeto a internar.

c) Trámites de audiencia y de prueba de realización preceptiva.

Por lo que respecta al trámite de audiencia de la persona afectada por la medida, es de

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

destacar el hecho de que la normativa determina que en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos que establece el artículo 758 de la mencionada LEC, y de conformidad con la doctrina sentada por al STC 129/99, de 1 de julio de 1999. De tal manera que, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 758 LEC, la persona afectada puede comparecer en el procedimiento con su propia defensa y representación, y si no lo hiciere, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, en cuyo caso le será nombrado un defensor judicial, si es que no estuviera ya nombrado. Aunque no resulta preceptiva la asistencia de letrado y procurador para la persona cuyo internamiento se pretende, en base a lo dispuesto en el artículo 750.1 LEC si el afectado comparece en su propia defensa deberá contar con la asistencia de abogado y procurador.

El trámite de audiencia al Ministerio Fiscal es imprescindible, a diferencia de la regulación contenida en el derogado artículo 211 CC que no lo exigía con carácter previo.

En cuanto a la audiencia de otras personas, es conveniente y aconsejable incluso, que el Juez oiga, antes de resolver, a todas aquellas personas que puedan aportar información sobre el estado de la persona que se pretende internar y sus actuaciones. En este grupo de personas deberíamos incluir a su círculo de confianza, es decir, familiares, amigos -incluso el psiquiatra que lo trate habitual o puntualmente, en los supuestos en los que la persona estuviera diagnosticada-, y en general cualquier persona que pueda referir un testimonio útil al Juez.

Además de todos los trámites mencionados, la normativa exige del Juez que examine a la persona de cuyo internamiento se trate, y oiga el dictamen del facultativo por el designado – generalmente el médico-forense-, tal y como preceptúa el artículo 763.3 LEC.

De la deficiente técnica legislativa de este precepto pudiera deducirse que el legislador considera que el trámite de examen a la persona de cuyo internamiento se trate es un trámite distinto del mencionado antes (audiencia del afectado por la medida de internamiento), cuando lo lógico es que se trate de la misma actuación, pues no parece que tenga mucho sentido que el afectado deba ser oído primero y examinado después.

Lo que se pretende es que el Juez no dicte medida alguna antes de haber examinado al afectado, y es en dicho trámite donde este podrá ser oído. Hay que destacar la importancia de este trámite, que se impone al Juez como prueba inexorable, dado que dota al Juez de un conocimiento directo del afectado, por consistir no en un interrogatorio de parte sino en un verdadero reconocimiento judicial, en el que la misión del Juez es comprobar, a través de un juicio ponderado, que el afectado requiere la medida de internamiento por padecimiento de una alteración psíquica enajenante en la que pueda resultar una situación de peligro en el sentido anteriormente expuesto.

Por lo que respecta al preceptivo dictamen de un facultativo, resulta imprescindible que se

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

trate de un médico, ya que tal y como declaró el Tribunal Constitucional en Sentencia 104/1990, de 4 de junio, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Winterwep, Sentencia de 24 de octubre de 1979, y Ahirgdane, Sentencia de 8 de mayo de 1985) debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva. En aquellos supuestos en que la medida de internamiento se adopta en el marco de un proceso de incapacitación, el dictamen preceptivo médico, se referirá también a este punto, de forma que no solamente se analizará la procedencia de la medida de incapacitación, sino también la medida de internamiento solicitada; caso de que se trate de un procedimiento independiente se referirá únicamente a este.

Ordinariamente será el médico forense o, en su defecto, será el perito designado por el Juzgado al margen de que también puedan ser oídos otros facultativos a instancia de la propia persona afectada por la medida, o de sus familiares.

d) Resolución e impugnación.

Una vez practicada la prueba, tanto la preceptiva como cualquier otra que el tribunal pueda estimar relevante para el caso, habrá de procederse a la resolución judicial, pero en este punto hay que diferenciar, entre los supuestos en los que la medida de internamiento sea solicitada en el marco de un procedimiento de incapacitación o no.

En el primer caso, la resolución concediendo o denegando dicha medida se hará en la sentencia de incapacitación, salvo que por razón de urgencia deba pronunciarse sobre ella antes, en tal caso revestirá la forma de auto.

En el segundo caso, esto es, cuando se tramite de forma independiente de cualquier procedimiento de incapacitación, el Juez resolverá siempre por medio de auto, que será apelable en un solo efecto ante la Audiencia Provincial, y que será trasladado al Ministerio Fiscal, por si se pudiera apreciar la concurrencia de una posible causa de incapacitación en el afectado, a fin de procurar su declaración, cumpliendo con lo previsto en los artículos 757 y 763.3 LEC.

Por supuesto, la resolución judicial habrá de ser siempre motivada, y además deberá contener una serie de pronunciamientos ineludibles: el lugar de internamiento y la obligación impuesta a los facultativos que atiendan a la persona internada de informar al Juzgado sobre la necesidad de mantener la medida, así como la periodicidad de esta información.

Este contenido del pronunciamiento constituye lo que se denomina el control judicial sobre el internamiento, que viene regulado en el artículo 763.4 LEC.

De esta forma, el Juez puede revisar, en cualquier caso, la autorización concedida en su

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

momento, solicitando informes médicos, y ello cuando estime conveniente, y en todo caso, cada seis meses.

Para el cese del internamiento no será necesaria autorización judicial, estando obligados los facultativos que atiendan al interesado a darle el alta cuando bajo su criterio no sea necesario que continúe en régimen de internamiento. Esto representa una novedad, y hay que decir, que frente al criterio sostenido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/84 de que la decisión de poner fin al internamiento corresponde al Juez, gran parte de la doctrina entendió que siempre que debía permitirse a los profesionales médicos dar el alta médica a la persona enferma, toda vez que hubiese desaparecido la necesidad terapéutica que dio lugar al internamiento, ello con independencia de que el Juez pudiese poner fin al internamiento con ocasión del seguimiento periódico del mismo.

3.3. Procedimiento extraordinario o por razón de urgencia.

La justificación de la existencia de este procedimiento deriva del hecho de que pueden existir razones imperiosas que determinen que el internamiento por razón de trastorno psíquico no pueda esperar a la previa autorización judicial, sino que es necesario que este deba ser adoptado inmediatamente, esto es, sin demora, de tal forma que primero se adopta la medida de internamiento, para lo cual no se necesita, en principio, más que la conformidad de los responsables del Centro en el que se tiene previsto realizar el ingreso, y en un momento posterior es cuando se recaba la intervención judicial, que será la ratificación del mismo.

Los puntos más interesantes de este procedimiento son los que se exponen a continuación:

a) Comunicación de la situación de internamiento.

A diferencia de la regulación anterior, que omitía cualquier previsión al respecto (y en una normativa casi idéntica a la contenida en el artículo 255.1 del Código de Familia de Cataluña), el legislador establece claramente que, corresponde al responsable del Centro en el que se hubiera producido el internamiento dar cuenta al Juez competente lo antes posible, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

No añade requisito relativo a esta comunicación, aunque lo lógico es entender que será suficiente el parte médico que especifique los datos personales del internado, causa del internamiento y razones que lo motivaron, así como el día, hora y fecha, y la persona (indicando su vinculación si se trata de un familiar, amigo, autoridad, etc.) que solicitó su ingreso con carácter de urgencia.

b) Competencia judicial para la ratificación del internamiento.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Corresponde al tribunal del lugar donde radique el Centro en el que se haya producido el internamiento, el cual deberá a su vez, poner estos hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si éste pudiera interesar una causa de incapacitación, tal y como dispone el artículo 757.3 LEC al que se remite expresamente el artículo 763.1 in fine de la misma ley.

Si posteriormente resulta que se inicia un proceso de incapacitación, el Juez competente será el de la residencia del presunto incapaz, coincidiendo ésta con el lugar donde está internado, de forma que quedan saldados los inconvenientes de la regulación anterior.

c) Tramitación del expediente para la ratificación del internamiento.

Tras la comunicación al Juzgado de la situación de internamiento de urgencia, es el tribunal el que deberá proceder a la ratificación o no del internamiento realizado, a través de auto motivado, el cual deberá ser dictado en el plazo máximo de setenta y dos horas, solución esta que viene a ser coincidente con la que ya había alcanzado previamente la doctrina ante el silencio de la regulación anterior.

En cuanto a la incoación del expediente, en el artículo 763.3 LEC no hace ninguna distinción por razón de la urgencia, pero debemos entender que deberá reunir las mismas garantías del procedimiento ordinario en lo relativo a los preceptivos trámites de audiencia y de prueba.

Por lo que respecta a la resolución judicial, ésta deberá contener las menciones previstas arriba descritas relativas al control de la medida ratificada, y será susceptible de recurso de apelación.

El artículo 763 LEC no resuelve expresamente la cuestión que puede surgir cuando una persona ha sido internada voluntariamente, y con posterioridad a este internamiento voluntario deviene una situación en la que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento.

Parece oportuno propugnar la solución adoptada en el Código de Familia Catalán, que regula tal posibilidad, y entender que el Director del Centro donde se encuentra internada la persona con enfermedad mental procederá de igual modo que si se tratase de un internamiento no voluntario por razón de urgencia.

Por último, conviene señalar, en relación con esta tipología de internamiento, que en la práctica diaria existen situaciones complicadas y deficitarias de protección real, tratándose de un punto que requiere con urgencia alguna intervención o protocolo orientado a la coordinación de los agentes que intervienen (médico de cabecera, Juez, policía, hospital).

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

3.4. Propuestas de mejora.

Una vez analizados los diferentes tipos de internamiento por trastorno psíquico, y tal y como se ha indicado, el procedimiento extraordinario o de urgencia tiene lugar en aquellos supuestos en que el internamiento no puede esperar a que se emita la necesaria autorización judicial, sino que es una medida que requiere su adopción inmediata. Estas circunstancias urgentes o imperiosas, parece ser, que son tenidas en cuenta por el legislador al regular este tipo de procedimiento, de tal forma que primero se acuerda el internamiento y con posterioridad al mismo es cuando se requiere de la intervención judicial, que tiene por objeto ratificar la medida adoptada.

Llegados a este punto, es preciso señalar que, en la práctica, y debido a la lentitud del procedimiento ordinario en la resolución de internamiento, el internamiento de urgencia, que es un procedimiento excepcional, se convierte en el procedimiento más utilizado tanto por las familias como por los servicios sociales. Con lo cual observamos que de esta forma se provoca una distorsión de la motivación que llevó a la solicitud, el empeoramiento del paciente y de la situación socio familiar, que debería corregirse.

No conviene olvidar que, en la práctica, en el internamiento por razón de trastorno psíquico se detectan situaciones muy complicadas y deficitarias de protección real en los momentos de crisis agudas de las personas con enfermedad mental, tanto para los familiares (que por lo general asumen la responsabilidad del ingreso) como para aquellas.

Los aspectos emocionales son muy importantes en esta situación tan delicada para las familias. Deberían establecerse criterios de actuación que, desde la profesionalidad de la actuación de los agentes intervinientes facilitaran a las familias el proceso de internamiento desde el establecimiento de la referencia necesaria, de forma que no se traslade a ellas la necesidad de establecer quién y en qué momento debe actuar respecto de ese ingreso urgente del paciente. La elaboración de un Protocolo de Actuación en estos casos, que permitiera la formación adecuada, y la coordinación de los agentes que intervienen sería el mejor medio para disminuir la carga emocional de las familias, y al mismo tiempo poder defender los derechos de la persona enferma mental con mayores garantías.

Para concluir, hay que señalar que si bien es cierto, que el sistema judicial se esfuerza en cumplir las exigencias legales derivadas de la aplicación del artículo 763 LEC, que obliga a los Jueces a ver a las personas con enfermedad mental in situ, no es menos cierto que se registran prácticas incorrectas como, por ejemplo, la de considerar suficiente el informe del centro para prolongar el internamiento sin constatar las condiciones reales del paciente, prácticas que requieren su reconsideración por este estamento.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

4. El tratamiento ambulatorio involuntario.

4.1. El Tratamiento obligatorio involuntario como alternativa al internamiento.

No es pacífica la correlación ineludible entre internamiento y tratamiento, de ahí que se establezcan criterios y garantías para ambos de forma separada. No faltan en nuestra doctrina autores que abogan por la distinción entre internamiento y tratamiento. Por ejemplo, para AZNAR, el control judicial alcanzará a la continuación o no del internamiento y a las condiciones del mismo, mas no al tratamiento propiamente dicho. Y De LORENZO considera que es difícil aplicar analógicamente las normas relativas a los internamientos involuntarios a los tratamientos obligatorios. Aunque otros postulen que la autorización judicial para el ingreso en un determinado establecimiento incluye el tratamiento.

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

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

Aclarado lo anterior, podemos seguir nuestra exposición señalando que, según los expertos, existe un perfil de la persona con enfermedad mental tributaria del tratamiento ambulatorio involuntario: estaría diagnosticado de esquizofrenia, trastorno bipolar u otras psicosis, sería incumplidora con la medicación y tendría antecedentes de numerosos ingresos hospitalarios.

Sin duda, el *punctum dolens* es la falta de adherencia al tratamiento, ya que de contar con la aquiescencia del paciente, el problema queda en buena medida resuelto. La falta de adherencia al tratamiento en la esquizofrenia está condicionada por diversos factores: la ausencia de conciencia de enfermedad, la concurrencia de abuso de alcohol o drogas, escasa o deficiente relación entre psiquiatra y paciente, efectos secundarios de la medicación – menos relevante que los tres factores anteriores-, y otros factores (coste de la medicación, falta de acceso a la medicación por ser “sin techo” o estar ingresado en prisión, confusión, depresión, la falta de mejora de los síntomas, etc.).

En diversos foros y medios de comunicación se está denunciando la ineficacia del sistema

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

asistencial para atender a estos pacientes con enfermedades mentales graves que abandonan o rechazan los tratamientos. En la actualidad, existen tratamientos farmacológicos antipsicóticos eficaces, que disminuyen de forma significativa la probabilidad de sufrir una recaída, pero algunas de estas patologías exigen un tratamiento antipsicótico a largo plazo, ya que es relativamente frecuente la falta de conciencia de la enfermedad y el rechazo del tratamiento farmacológico.

Esto suele provocar la aparición de nuevos episodios psicóticos que, frecuentemente, requieren un internamiento hospitalario. Recuperado el paciente durante la fase de internamiento es dado de alta para continuar su tratamiento ambulatoriamente. Pero al no tener conciencia de la enfermedad, cuando regresa a su domicilio y vida habitual, al poco tiempo se niega a seguir tomando la medicación, por lo que en poco tiempo se produce una nueva descompensación y recaída psicótica, con todos los riesgos que conlleva para la persona y para terceros, siendo inevitable un nuevo ingreso hospitalario forzoso.

Este fenómeno, conocido como *puerta giratoria*, es muy a menudo fruto, no sólo de las características de la persona enferma, sino también de la desafortunada sinergia entre las características propias de la enfermedad mental grave (evolución, conciencia escasa de enfermedad) y un sistema asistencial que se ha volcado en la comunidad sin suficientes recursos de apoyo para el paciente y su familia, disperso en la atención a la creciente nómina de problemas y trastornos psiquiátricos, no siempre formado y motivado para atender a los pacientes graves y con una lamentable falta de liderazgo y coordinación entre los compartimentos hospitalario y comunitario.

La propia experiencia confirma esta situación, pues no han sido escasas las ocasiones en que se han recibido consultas de familiares de personas con enfermedad mental con gran preocupación ante situaciones en las que la enfermedad mental de estas personas podría comportar peligrosidad para sí o para otros, hasta el punto de que, en ocasiones, se han generado actitudes violentas que, desgraciadamente, terminan con lesiones del propio enfermo o a terceros.

Esta realidad ha provocado la promulgación de legislación sobre tratamientos ambulatorios involuntarios en diversos países occidentales, así como que en nuestro país, en estos últimos años, se hayan tramitado en las Cortes Generales dos proyectos de Ley regulando esta cuestión, que, finalmente, han resultado fallidos.

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.

Entre los argumentos a favor se plantea que favorecen el tratamiento en un entorno menos restrictivo que el que apareja el ingreso, responsabiliza al clínico de la evolución del paciente, al tiempo

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

que evita recaídas y reingresos, y evita que pacientes incompetentes dejen el tratamiento.

Entre los argumentos en contra, se señala que es una solución fácil a un problema complejo, convierte el tratamiento comunitario en custodial (criterio de peligrosidad), o discriminatorio, por cuanto afecta a un grupo muy particular de pacientes, además de drástico, ya que requiere medidas complementarias para imponer el tratamiento. Se ha señalado también que lejos de acercar la terapia a los pacientes más difíciles su efecto podría ser exactamente el contrario, puesto que por resultar intimidatorio retrasa el tratamiento.

Un elemento inherente al TAI y que genera incomodidad en los profesionales es la coerción a que se somete a los pacientes. No obstante, no debe perderse de vista que en las formas habituales de tratamiento suelen existir elementos coercitivos. La amenaza implícita o explícita del ingreso, o la obligatoriedad de probar que se sigue tratamiento para seguir percibiendo ciertas ayudas sociales son algunos ejemplos.

Existen otros aspectos que rodean el debate sobre el TAI. En primer lugar, el sentido y finalidad de la medida, hasta qué punto responde a las necesidades del paciente o a la voluntad de controlar su conducta. Pero más trascendientemente, si se orienta a ayudar al enfermo o más bien a tapan las carencias de sistemas asistenciales creados para atender enfermedades mentales graves pero que destinan cada vez más tiempo y más recursos a patologías menos severas y clásicamente denominadas “ligeras”.

En los países en los que los tratamientos ambulatorios involuntarios están institucionalizados, esta modalidad de tratamiento se conforma como una alternativa al internamiento, esto es, como una medida preventiva del internamiento forzoso en cuanto resulta un tratamiento, también forzoso, pero en un medio menos restrictivo que el que impone el ingreso forzoso. En efecto, la merma de libertad individual es mínima frente al internamiento forzoso, que es total.

Aunque tal vez primando otros motivos (por ejemplo, la peligrosidad de algún enfermo), hay países que han legislado para permitir el tratamiento no voluntario sin necesidad de efectuar internamiento hospitalario. Con independencia de la polémica que suscitan medidas de esta índole (basada fundamentalmente en la discriminatoria merma de derechos que implican para estos pacientes, así como en la estigmatización que les pueden acarrear), los resultados objetivos comprobados son la franca mejoría en la convivencia sociofamiliar y la reducción de los ingresos hospitalarios, cuyo ahorro económico ha compensado con creces los costes de nuevos equipos de tratamiento asertivo en dispositivos comunitarios.

Desde la óptica clínica, se predicen como bondades del tratamiento ambulatorio involuntario las siguientes:

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

- Favorece una asistencia en un entorno menos restrictivo que el que conlleva el ingreso;
- Responsabiliza al clínico en la evolución del paciente;
- Evita recaídas y reingresos; y
- Evita que pacientes incompetentes abandonen el tratamiento.

La finalidad de esta medida es clara: mejorar la continuidad de la asistencia psiquiátrica – tratamientos, rehabilitación, cuidados y apoyo social- evitando así abandonos de tratamiento, reducción del número de hospitalizaciones, y mejorando el funcionamiento social y la calidad de vida del paciente.

En definitiva, el principal objetivo debe ser la aprobación de una norma legal que sienta las bases jurídicas necesarias para posibilitar tratamientos asistenciales eficientes de este tipo de enfermos. Y ello con la finalidad última, como no puede ser de otro modo, de mejorar el nivel de protección de los derechos de los propios pacientes y de terceras personas, conforme a la Constitución.

4.2. Marco legal de referencia del Tratamiento ambulatorio involuntario.

A) Derecho comparado.

En las legislaciones reguladoras de esta modalidad se afirma que la sociedad tiene la obligación de atender y ayudar, por medio de este tratamiento involuntario cuando es necesario y aunque no lo deseen, a las personas con enfermedad mental en las que la falta de conciencia de la enfermedad que padecen es un síntoma en sí mismo.

Al criterio anterior, algunas legislaciones –particularmente las anglosajonas- añaden e, incluso, anteponen el de la peligrosidad del paciente. Así, la intervención coercitiva en psiquiatría conjuga dos fundamentos: el beneficio del propio paciente y la defensa de la sociedad frente a ataques que pueden provenir del aquel. En unas se da preferencia a este y en otras a aquél.

La peligrosidad late en los códigos penales, incluido el nuestro, que imponen medidas de tratamiento forzoso, generalmente con internamiento, a quienes se les ha apreciado una eximente por enfermedad mental.

La modalidad de tratamiento involuntario ya es utilizada en diversos países de la Unión Europea, para lo que cuentan con la adecuada regulación de la misma. Así, Alemania, en su Ley de Jurisdicción Voluntaria (artículo 70.K); Inglaterra, en su *Mental Health Act* de 1995 (secciones 25A a

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

25H); Luxemburgo, en su Ley de 26 de mayo de 1988 sobre internamiento de personas aquejadas de trastornos mentales (art. 16); Portugal, en su Ley 36/1998, de 24 de julio, de Salud Mental (artículo 33). En Italia, la Ley del Servicio Sanitario Nacional (art. 34). En Francia, el vigente *Code de la santé publique* (art. L.3211-11). Algunas de estas leyes, particularmente las existentes en diversos Estados de Estados Unidos, fueron impulsadas a raíz de concretos episodios violentos que tuvieron fuerte repercusión social.

Su implantación en Estados Unidos tiene relación directa con el problema de la peligrosidad de algunas personas con enfermedad mental. La famosa Ley Kendra de Nueva York, la Ley Laura de California, la Ley Brian de Ontario, llevan ese nombre por las víctimas de homicidios cometidos por personas que padecían trastornos mentales.

La Ley Kendra exige para la aplicación del tratamiento ambulatorio involuntario la concurrencia de los siguientes criterios:

- Que el paciente sea mayor de 18 años.
- Que padezca una enfermedad mental.
- Que sea improbable que sobreviva con seguridad en una sociedad sin supervisión clínica.
- Que haya protagonizado una historia de falta de compromiso con el seguimiento del tratamiento de su enfermedad mental.
- Que sea poco probable que el paciente, como resultado de su enfermedad mental, se comprometa voluntariamente a seguir el plan de tratamiento propuesto.
- Que, a la vista, de la historia del paciente y de su conducta, esté necesitado de tratamiento ambulatorio a fin de prevenir recaídas, deterioros derivados y los daños a sí mismo o a terceros definidos en la propia Ley.
- Que sea probable que el paciente se beneficie del tratamiento ambulatorio.

B) Derecho español.

El marco legislativo aplicable a los casos de negativa al tratamiento para cualquier enfermedad preconiza la obligatoriedad general de que ninguna actuación médica puede producirse sin el consentimiento informado del paciente, lo que se reafirmó con claridad por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, cuyo artículo 9.2.b) exceptúa lógicamente los casos de *“riesgo inmediato grave para la*

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

integridad física o psíquica del enfermo y no es posible contar con su autorización”, excepción que, por sus connotaciones de suma gravedad, se correlaciona más bien con el internamiento involuntario por Trastorno Mental en casos de incompetencia, lo que ya está regulado por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que anuda el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico exclusivamente a la incompetencia o incapacidad del enfermo.

Así pues, resulta obvio que el legislador huye en las excepciones de todo automatismo, cual sería ligar esta o aquella enfermedad con la incompetencia para tomar decisiones sobre sí mismo. Se trata de objetivar que, con independencia de su patología concreta, el proceso de toma de decisiones por parte del enfermo se encuentra viciado, en grado suficiente como para poder actuar al margen de sus manifestaciones.

Desde la perspectiva de la garantía los derechos de las personas enfermas, no cabe duda de que los tratamientos ambulatorios involuntarios quiebran el derecho a la autodeterminación de las personas con enfermedad mental; derecho que se concreta en la inexcusable necesidad de mediar consentimiento informado, si bien tal quiebra o excepción se justifica en la existencia de un particular estado mental que impide momentánea o temporalmente al enfermo percibir y aceptar el tratamiento cuando éste es necesario.

Es criterio generalizado de nuestros órganos judiciales que la facultad legal (artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que permite el internamiento forzoso de las personas con enfermedad mental, da cobertura legal a los tratamientos ambulatorios involuntarios. Así, diversos Juzgados de Primera Instancia vienen dictando múltiples resoluciones de tratamientos ambulatorios involuntarios, fundamentalmente respecto de personas con esquizofrenia y/o comportamientos psicóticos, con el objetivo de evitar las consecuencias que para ellas y sus familias tiene el abandono de la medicación, que en muchas ocasiones provoca episodios de agresividad y lesiones a familiares o a terceros, a lo que se añade la posibilidad de que estas personas enfermas puedan llevar una vida lo más normal posible.

Se ha hablado, por otra parte, del aprovechamiento de las posibilidades que brinda el llamado “consentimiento por representación”, previsto en el artículo 9.3.a) de la citada Ley 41/2002. Son innegables las virtualidades que encierra para patologías orgánicas y pueden ser útiles en algunos casos con patología mental de menor resistencia al tratamiento, traducida por la presencia más o menos voluntaria del enfermo en el dispositivo asistencial adecuado; pero tampoco puede obviarse la realidad que subyace a la propuesta en estudio por el Congreso de los Diputados: en muchos casos de absoluta negativa al tratamiento psiquiátrico no sólo existe el citado consentimiento, sino más que eso, una apremiante y hasta desesperada solicitud de acción terapéutica por parte de las familias, pretensión que choca, en muchos casos, con un entorno legal y doctrinal que se resiste, en garantía de los derechos del enfermo, a que la coerción se aplique más allá del internamiento.

Obviamente, en los tratamientos extrahospitalarios tiene sentido y lugar el consentimiento

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

por representación. Ahora bien, no debe perderse de vista que el consentimiento de los representantes (familiares, en la mayor parte de los casos) no supone el asentimiento o la aceptación del paciente, lo que coloca en una situación incómoda a la familia y les carga de responsabilidades ante el paciente y el sistema sanitario.

Por último, debe tenerse también en cuenta que la utilización de esta modalidad de tratamiento exige, además de la supervisión de los órganos judiciales, protocolos generales e individuales de actuación que determinen de forma concreta todos los aspectos que conforman el tratamiento: acciones, procedimientos, etc., inspirados en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción necesaria, así como en el respeto y dignidad de la persona. También exige desarrollar un modelo de consentimiento informado para los familiares o tutores.

C) Los intentos de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en los ámbitos civil y sanitario.

En el ámbito de la legislación estatal, hasta el momento, han existido dos intentos de regulación de los tratamientos ambulatorios involuntarios.

En el año 2004, el Grupo Parlamentario Catalán presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley, que fue admitida a trámite el 2 de julio de 2004 (BOCG de 19 de julio de 2004), introduciendo un apartado 5º en el artículo 763 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se regulaban los tratamientos ambulatorios involuntarios con la siguiente redacción:

5. “Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un periodo de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal”

“En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo, que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y su seguimiento, así como la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento”.

La redacción del propuesto punto 5 del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cierta medida, venía a dar cuerpo a prácticas que han venido dándose en algunas provincias y que consisten en la autorización judicial de tratamientos involuntarios en la comunidad, a partir de una interpretación flexible, del 763 en su actual redacción.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

La respuesta resultó variada, polarizada, defendida por distintos estamentos sanitarios, profesionales y judiciales, y cuestionada por algunas asociaciones de pacientes, al igual que determinados profesionales juristas. En su defensa se esgrimió la necesidad de contar con una “tercera vía” entre el internamiento forzoso y la incapacitación, que facultara a los tribunales a autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y constituyera una herramienta a disposición del médico con todas las garantías procesales.

Sin embargo, la propuesta resultaba imprecisa desde el punto de vista asistencial y clínico por distintos motivos:

- No se especificaban las causas que motivarían la medida, ni desde el punto de vista diagnóstico (sintomático) ni desde las consecuencias de la enfermedad (discapacidad).
- No se establecían criterios de fracaso del tratamiento previo, fijando el número de ingresos y los días de hospitalización requeridos para implantar la medida. Por lo tanto, no se daba una consideración a priori sobre las personas destinatarias del TAI, lo que podría dar lugar a una aplicación desmedida.
- Tampoco se especificaba la naturaleza o tipología del TAI, lo que sugería que pudiera ser tanto alternativo a la hospitalización como consecutivo o preventivo de la misma. Faltaba igualmente una referencia a la indicación de implantación de la medida en el caso de conductas lesivas para el paciente o para otras personas.
- No se fijaba una duración máxima. Se alude a una *propuesta razonada* sin especificar cuál es la razón concreta de la medida.
- No se entra en consideraciones sobre el tipo de tratamiento, su contenido (psicoterápico, psicofarmacológico) o la manera de verificar el cumplimiento del tratamiento.
- Tampoco determinaba los criterios de eficacia o ineficacia, las actuaciones a emprender para garantizar el cumplimiento o qué debería hacerse en caso de que el paciente no acatere la resolución.
- Por último, también quedaban sin determinar los criterios que indicarían la necesidad de sustituir o complementar el TAI con otras medidas, como la hospitalización o la incapacitación.

Esta Proposición de Ley, finalmente, fue retirada, ya que el Gobierno de la Nación decidió introducir tal regulación en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que en aquél entonces estaba elaborando.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria fue remitido a las Cortes Generales en el año 2006, procediéndose a su tramitación, hasta que en la última fase de tramitación en el Senado, en octubre de 2007, fue retirado por el Gobierno de la Nación al amparo del artículo 127 del Reglamento del Senado (BOCG de 26 de octubre de 2007).

La doctrina científica en general y todas las Defensorías del Pueblo en particular, consideran que en nuestro Ordenamiento jurídico existen normas sustantivas suficientes para dar cobertura a una regulación más detallada de esta modalidad. Concretamente, se alude a tres normas:

a) El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, el que en varios de sus artículos aborda la intervención urgente –no sólo internamiento- en casos de enfermedad mental, justificando cualquier tipo de intervención que sea necesaria, y no únicamente el internamiento urgente.

b) La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, cuyo artículo 9 contempla el consentimiento por representación para aquellos enfermos que no sean capaces de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado psíquico no le permita hacerse cargo de la situación.

c) La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que también contiene previsiones similares, aunque en términos más genéricos y básicos, particularmente en su artículo 20 en lo referido a atención comunitaria.

A la normativa básica estatal, habría que añadir las correspondientes Leyes autonómicas que abordan los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

Para la doctrina científica, la solución pasa, simplemente, por desarrollar las citadas normas legales, pues las previsiones legales que contienen permiten actuar al médico-psiquiatra sin consentimiento ante una situación de riesgo grave para la integridad psíquica del enfermo, así como solicitar el consentimiento por representación de los familiares para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento, ya que la existencia de un particular estado mental le impide momentáneamente percibir y aceptar el tratamiento cuando éste es necesario.

En efecto, tanto el Convenio de Oviedo como la Ley 41/2002, establecen como principio general, primero, el respeto siempre que sea posible a la autonomía de la persona y, su capacidad de autodeterminación; y en segundo lugar que cuando el paciente se muestra incapaz de tomar decisiones y el criterio médico aconseje aplicarle un tratamiento que él rechaza, sea posible actuar sin consentimiento u obtener el consentimiento por representación familiar. La autorización judicial quedaría limitada, en todo caso, a supuestos muy excepcionales e inusuales en los que haya de utilizarse la fuerza física, para lo que ofrece suficiente cobertura el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

En el caso de las personas con enfermedad mental, sin perjuicio del obligado y continuo esfuerzo del psiquiatra para conseguir una alianza terapéutica con el paciente, consideramos que puede soslayarse la exigencia de un consentimiento informado cuando se den una serie de condiciones:

- Un diagnóstico de Trastorno mental grave y concreto, ya que se trata precisamente de aplicar una terapéutica de eficacia subjetiva y objetiva contrastada, a la que se niega un enfermo, a pesar de la inexistencia de otras alternativas, aunque fueren menos efectivas.
- Una desfavorable evolución de la enfermedad, debida precisamente al abandono del tratamiento que fue eficaz.
- Un contexto adecuado, sobre todo familiar, para desechar que la negativa al tratamiento no sea una parte más de un posible enfrentamiento global entre los convivientes, lo que debe ser indagado a través de todas las partes implicadas.
- Demostrada incompetencia del enfermo para valorar adecuadamente su patología, las opciones terapéuticas existentes y las consecuencias tanto del tratamiento como de su ausencia. El Médico deberá poner especial cuidado en buscar posibles elementos psicopatológicos en el discurso del enfermo, a fin de que la irracionalidad de su negativa sea indubitada. Sin este requisito, sería éticamente inviable abordar el tratamiento involuntario.

Cabe añadir que en el caso de que se requiera un “período de observación para diagnóstico”, el problema sería aún mayor, puesto que nadie podría garantizar la real existencia de un Trastorno mental, cuyo diagnóstico es precisamente lo que se pretendería. No puede olvidarse tampoco que la negativa absoluta del interesado a colaborar podría convertir en inútil la medida.

Por tanto, antes de aceptar hacerse cargo de una observación involuntaria, el Médico deberá valorar concienzudamente la existencia de claros indicios patológicos, que puedan incardinarse lógicamente en el perfil sintomático de algún Trastorno mental grave. En cualquier caso, el período de observación involuntaria debe ser lo suficientemente corto como para que estén equilibradas la rapidez y la eficiencia. Sin olvidar que la persona afectada debe ser cumplidamente informado de que la finalidad de la observación diagnóstica es ofrecerle opciones terapéuticas eficaces en caso de diagnóstico positivo de trastorno mental.

E) Perspectivas de futuro en el desarrollo legal del tratamiento ambulatorio involuntario.

Desde el prisma de los derechos de los pacientes, conviene hacer notar que la libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera de la libertad personal (artículo 17.1 CE), sino que tiene su

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

cobertura en el artículo 1.1 CE, que consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que implica el reconocimiento, como principio inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ 6).

En efecto, una cosa es la libertad física protegida por el artículo 17 CE, y otra el derecho general de libertad del artículo 1.1 CE. Esta diferencia tiene repercusiones en el plano de las garantías, pues el principio general de libertad del artículo 1.1 CE sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la CE les concede la categoría de derechos fundamentales, como son las libertades a que se refieren los artículos 16.1, 17.1, 18.1, 19 y 20 CE (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11), lo que cabe extender al principio de reserva formal de ley, que ya no orgánica. Pues bien, los tratamientos ambulatorios involuntarios no afectan a la libertad personal, como, por el contrario, sí afectan a dicha libertad los tratamientos hospitalarios forzosos. Los tratamientos ambulatorios involuntarios afectan a la libertad de autodeterminación, que no es una concreta manifestación de los referidos artículos constitucionales.

Siguiendo la propuesta de FEAFES- CIFEM en su informe propuesta de reforma legislativa sobre los TAI (2003-2004), en cualquier propuesta que afecte a derechos fundamentales es imprescindible arbitrar los correspondientes instrumentos de garantía. A dichos efectos, entendemos que una futura regulación del tratamiento ambulatorio involuntario debería conjugar el respeto a los derechos del paciente y la eficacia terapéutica, debiendo concurrir una serie de principios jurídicos rectores mínimos en este sentido:

Principio de respeto a la dignidad personal y a los derechos humanos. Todo tratamiento o medida de intervención involuntaria ha de ser respetuoso con el principio de dignidad personal y con los derechos humanos. Toda limitación de tales derechos habrá de legitimarse en aplicación del resto de los principios aquí enunciados y justificarse en cada caso concreto.

Principio de legalidad. Los tratamientos forzosos, en la medida en que suponen la restricción de derechos y libertades fundamentales debieran contemplarse en normas con rango formal de ley. La utilización de medidas/medios coercitivos en Psiquiatría supone, cualquiera que sea la justificación/legitimación de los mismos, una restricción de la libertad personal, como restricción de la libertad ambulatoria (art. 17 CE) y/o como limitación del derecho general de libertad (art. 1.1 CE). Al margen de un diferente sistema de protección, ambas libertades sólo pueden restringirse en virtud de una norma legal.

Principio de necesidad. La llamada “indicación terapéutica” alude a la necesaria concurrencia del hecho clínico y la idoneidad subjetiva para la aplicación del tratamiento forzoso. Ello enlaza con el beneficio directo del paciente, como destinatario del programa, debiendo quedar relegados a un segundo término las consecuencias colaterales que proporciona el mismo (orden y seguridad).

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Principio de congruencia. El tratamiento sanitario ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad (siempre sanitaria) que se pretende. Es preciso examinar, por una parte, la gravedad del peligro/desorden y, por otra, el valor jurídico del bien (libertad) que se limita. En este sentido, un programa TAI deberá estar suficientemente justificado y especialmente referido a la motivación de la adopción de esta alternativa.

Principio de prohibición de exceso. Entre diferentes medios o medidas posibles a fin de conseguir un determinado resultado (en este caso la minoración o supresión del peligro de daño propio o ajeno) deberá optarse por el que cause menor daño, origine menos molestias y afecte de la manera menos intensa la libertad. Las restricciones de la libertad personal del paciente deben limitarse únicamente a las que son necesarias debido a su estado de salud o para el éxito de su tratamiento, sin que quepa acudir a una fórmula involuntaria por falta de recursos asistenciales.

Principio de temporalidad y programación. La aplicación de un programa de TAI ha de tener una limitación temporal, sin perjuicio de las prórrogas que sean necesarias. Detectada la idoneidad del paciente para someterse a un programa de tratamiento ambulatorio, y cumplimentados los estudios pertinentes, es preciso programar tiempos y actuaciones asistenciales.

Principio de idoneidad de medios. Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación del TAI han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales.

Principio de asistencia y cuidado. El cuidado y la evaluación facultativa periódica devienen inevitables cuando de implantación de un medio o medida coercitivos se trata, teniendo el paciente derecho a ser tratado con humanidad y a que se respeten las normas éticas pertinentes de los profesionales de salud mental.

Principio de documentación de actuaciones. El empleo de medios y tratamientos coercitivos requiere, en cualquier caso, la documentación de las intervenciones clínicas desde el inicio (propuesta de programa de aplicación), su puesta en vigor (evaluaciones periódicas, revisiones clínicas), hasta la puesta a término del programa por la causa que fuere (incumplimiento del paciente, estabilización de su estado...). Estamos ante actuaciones sanitarias que, como cualquier otra, deben documentarse (artículo 2.6 Ley 41/2002).

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

Principio de revisión y fiscalización. La aprobación de un TAI requiere un órgano imparcial y competente –judicial o administrativo– que supervise la intervención terapéutica sin

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

consentimiento del paciente, tanto en el momento inicial, como posteriormente a través de la remisión de informes periódicos de seguimiento y, por supuesto, la adopción de prórrogas del programa. En cualquier caso, debe garantizarse el derecho al recurso; este sí plenamente incardinado en sede judicial.

Independientemente de lo expuesto, si en algo ha habido coincidencia entre los defensores y detractores de la regulación del tratamiento ambulatorio involuntario es en la necesidad de seguir dotando de recursos sociosanitarios al sistema para garantizar a la persona afectada por una enfermedad mental grave una cadena de apoyos en el entorno comunitario (recursos adecuados de rehabilitación, atención diurna, pisos tutelados, programas de tratamiento asertivo comunitario, etc.). Si se implanta una regulación de esta medida sin soporte material asistencial adecuado, nos encontraríamos con una desvirtuación de aquella. Si no hay red de seguimiento, si no existen dispositivos asistenciales comunitarios difícilmente podrán lograrse los objetivos de rehabilitación e integración social perseguidos.

4.3. Especial referencia al tratamiento involuntario en el ámbito penal-penitenciario

A) Los tratamientos ambulatorios como soporte de las medidas penales sustitutivas de las privativas de libertad.

El art. 88 del CP establece las condiciones para dejar en suspenso la ejecución de la pena (primer acto delictivo, pena/s no superior a dos años y satisfacción de responsabilidades civiles originarias – o declaración judicial de insolvencia-) y el art. 83 establece una serie de reglas de conducta que habilitaría la posibilidad de que el juez estableciera un TAI (la regla 6ª del ap. 1 permite al juez o tribunal establecer “*los deberes que estime convenientes para la rehabilitación social del penado*”), medidas que al ir referidas a la “*peligrosidad criminal*”, se convierten en el parámetro para aplicar la suspensión (art. 80.1) y para las medidas de seguridad (art. 6.1 y 95.1).

Mayor concreción cabe apreciar en el art. 87 CP, referido específicamente a la suspensión de la ejecución en el caso de penados drogodependientes, al exigir el requisito de que el sujeto se encuentre deshabitado o “*sometido a tratamiento para tal fin*”, medida que bien podría tener carácter involuntario.

El art. 88 del CP también faculta a los jueces a sustituir las penas de prisión que no excedan de un año o, excepcionalmente de dos, por la pena de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad, sometiendo la concesión de este beneficio a una serie de condiciones (circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, el esfuerzo en reparar el daño causado, que no se trate de reos habituales y la audiencia de las partes), posibilitando el art. 88.1 la posibilidad de “*imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida*”.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Debe tenerse también en cuenta el art. 90 CP, que establece los requisitos para poder acogerse a este beneficio (sentenciado en tercer grado de tratamiento penitenciario, que se hayan extinguido tres cuartas partes de la condena y que se haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la Ley General Penitenciaria). Por su parte el art. 90.2 del CP establece que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al decretar la libertad condicional, puede imponer motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 (reglas de conducta previstas para la suspensión de la ejecución) y 96.3 del CP (medidas de seguridad no privativas de libertad, que en su regla 11ª contempla “la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario”).

B) Los tratamientos obligatorios a los internos en los centros penitenciarios.

1) El caso de los enfermos mentales inimputables.

La existencia de problemas mentales en las personas que delinquen ha sido una constante realidad, hecho que con independencia de su imputabilidad trasciende el ámbito de lo jurídico-penal, para entrar en otras disciplinas científicas, como la psiquiatría, la medicina o la psicología, al considerarse la enfermedad mental una patología compleja que requiere a veces de informes periciales complejos.

En el caso de la persona declarada inimputable, el Código penal dispone que al sujeto declarado exento de responsabilidad criminal, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra medida de seguridad no privativas de libertad.

Este internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

La aplicación de esta norma dicta mucho de hacerse efectiva (cuando ingresan en prisión), ya que la mayoría de los internos en esta situación agotan los plazos sin haber disfrutado de los beneficios penitenciarios, ello debido en gran parte a la falta de referentes externos para el cumplimiento de la pena. Es ésta una de las cuestiones que impide a aquellos el disfrute de los beneficios penitenciarios.

En estos casos, la aplicación de tratamientos involuntarios queda sometida al régimen general establecido para el resto de las personas internas, como se verá a continuación.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Respecto a la enfermedad mental sobrevenida (Art. 60), la norma recoge que, después de pronunciada sentencia firme, si se aprecia en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en el Código Penal que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código (incapacitación e internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico). Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

2) La situación de los enfermos mentales en centros penitenciarios ordinarios y las medidas coercitivas.

Respecto a la aplicación de medidas coercitivas a los enfermos mentales en centros penitenciarios ordinarios, en el ordenamiento penitenciario español no existe una expresa invocación de razones médicas para el empleo de medios coercitivos. El art. 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria admite el uso de los mismos “*para impedir daños de los internos a sí mismos, o a otras personas o cosas*”, lo que implica la posibilidad de aplicar a los enfermos mentales tratamientos forzosos con menores garantías que las que resultaren de aplicación al ciudadano no privado de libertad.

Este planteamiento legal ha sido objeto de una consolidada doctrina jurisprudencial y constitucional (STS de 18 de diciembre de 2005 – sobre un conocido caso de situación de peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa - y STC 120/1990, de 27 de junio) en el sentido de admitir esta severa limitación de los derechos fundamentales en base a la relación especial de sujeción interno/Administración penitenciaria, sin perjuicio de que esta misma doctrina señale que la intensidad de esta coerción deberá ser variable en función de cada supuesto en particular.

Parece obvio que toda privación de libertad pueda favorecer la generación de trastornos o agudizar los ya existentes, desembocando en situaciones que ponen en peligro las personas que los padecen o las de su entorno.

Por otro lado, la citada ley penitenciaria atribuye a la dirección del centro penitenciario la competencia para autorizar el empleo de medios coercitivos, restricciones que deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de la persona internada o de éxito del tratamiento.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Por su parte, el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) dispone que el empleo de medios coercitivos tiene un carácter excepcional, exclusivamente admisible por indicaciones del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Incluso en los supuestos que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándole traslado documental de su prescripción médica (art. 188).

Aunque, en principio, la legislación sanitaria garantiza, sin excepción, una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población, declaración cuya efectividad dista mucho de la realidad, lo cierto es que en este ámbito resulta de aplicación el principio general de necesidad del consentimiento informado del paciente, admitiendo la intervención clínica sin dicho consentimiento *“cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan a los familiares o las personas vinculadas de hecho a él”* (art. 9.2.b), excepción también trasladable para el caso de una persona internada, a la que se puede imponer un tratamiento médico forzoso *“solo cuando existe peligro inminente para la vida de éste”*, así como *“cuando el no hacerlo suponga peligro evidente para la salud a la vida de terceras personas”* (art. 210).

Por último, cabe indicar que debe prevalecer el principio de idoneidad de los medios, tanto humanos como materiales, en el momento de abarcar el tema de los problemas ocasionados por las personas con enfermedades mentales en prisión, ya que la falta de personal cualificado en muchos centros conduce a que sea el personal de enfermería el que actúa en muchas situaciones de crisis mediante la aplicación de medidas coercitivas en enfermos psiquiátricos en prisiones ordinarias. En este sentido, la necesidad de medios humanos ha de tenerse en consideración ya que la ausencia de psiquiatras en las prisiones es patente en la gran mayoría de los centros; y en los casos de aplicación de medidas coercitivas, la responsabilidad recae en un médico generalista o en el personal de enfermería, cuando debiera ser en un especialista.

5. Reflexiones finales.

1. Una primera reflexión nos lleva a poner de manifiesto el mayoritario consenso en los colectivos de familiares y profesionales a favor de los tratamientos asertivos comunitarios frente a los tratamientos obligatorios de la enfermedad mental, con el objetivo de reeducar y evitar así el recurso inmediato a los tratamientos ambulatorios involuntarios, más restrictivos de derechos.

Así pues, en línea con lo planteado por tales colectivos, antes de plantear la posibilidad de instauración de un tratamiento involuntario en este ámbito, deberían desplegarse todos los recursos

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

comunitarios que la Ley General de Sanidad prevé.

Es preciso agotar las medidas alternativas menos restrictivas, utilizando adecuadamente todos los recursos disponibles para alcanzar la rehabilitación de la persona enferma mental en el ámbito ambulatorio y de la comunidad, mediante la aplicación de tratamientos multidisciplinarios, programas individualizados de rehabilitación psicosocial, intervención consensuada del profesional con el paciente, con el intento de convencerle para que consienta éste el tratamiento, la utilización de las voluntades anticipadas (instrucciones previas), estableciendo, en todos los casos, los mecanismos que hagan efectivos los derechos de la ciudadanía, incorporando las nuevas técnicas favorables al despliegue de los procesos y protocolos de la buena actuación, para que el trato sea respetuoso y puedan conjugarse los deberes de los profesionales de la salud, con los derechos de los pacientes en todos los actos asistenciales.

2. Frente a la mayoritaria tesis anterior, nos encontramos con postulaciones que se decantan en favor de una regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario, tesis que sostiene que esta opción dotaría al Sistema Sanitario de un instrumento con posibilidades de mejorar el control de algunos trastornos mentales graves.

Desde esta perspectiva, la normativa que se estableciera al respecto debería recoger con claridad que sólo sería aplicable a personas que, por su grave psicopatología, no tuvieran capacidad para decidir en un determinado momento sobre el cuidado de su salud mental.

El respeto a la dignidad del interesado requeriría que las acciones necesarias para la puesta en práctica de dicha medida quedaran limitadas al ámbito de lo sanitario en la medida de lo posible, debiendo considerarse el TAI como un último recurso, tras el esfuerzo de abordar con la persona enferma los motivos de su negativa al tratamiento e intentar recabar su consentimiento.

El paciente debería mantener íntegramente su derecho a estar permanentemente informado sobre todos los aspectos sanitarios que le conciernan, incluyendo las alternativas en caso de incumplimiento. Tanto previamente como durante el desarrollo de la medida, el psiquiatra tendría que informarle sobre su enfermedad y desplegar denodadamente la alianza terapéutica con este.

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.

Para una correcta aplicación de la medida, deberían fijarse por las Administraciones Sanitarias y las Sociedades Científicas 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.

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Por último, en este supuesto resultaría determinante que la legislación fijara las consecuencias para el incumplimiento, debiendo preverse medidas alternativas para el caso de que el paciente no acudiera a tratamiento. Aunque representa un riesgo de judicialización excesiva del tratamiento psiquiátrico, sería lógico que se establecieran a priori planes de actuación para el caso de que el paciente rechazare acudir a tratamiento, con criterios de intervención e ingreso explícitos; y que se dictara una Instrucción de la Fiscalía General del Estado instando a que los miembros del Ministerio Público solicitaran las medidas que fueran pertinentes en casos de enfermos severos refractarios al tratamiento.

En todo caso, esta modalidad de intervención exigiría un abordaje integral de la persona enferma, incluyendo no sólo tratamiento terapéutico-psicofarmacológico, sino también medidas de rehabilitación psicosocial, todo lo cual debería contenerse explícitamente en la propuesta a la autoridad judicial, al objeto de conocer mejor las características de la persona afectada y de su patología, sus necesidades terapéuticas y la eficacia esperable del tratamiento, toda vez que las necesidades de las personas tributarias de estos tratamientos no se limitan a la mera administración de un tratamiento farmacológico o psicoterápico, sino que abarcan todos los aspectos relativos a su efectiva integración social.

3. Con independencia del posicionamiento a favor o en contra de la regulación expresa de los tratamientos ambulatorios involuntarios o de la interpretación que quepa hacer sobre la extensión a este ámbito de la regulación establecida respecto a los tratamientos hospitalarios (y de si en este último supuesto resulta implícita la autorización para el tratamiento ambulatorio forzoso), sería necesario unificar los criterios de intervención aplicables a los internamientos involuntarios psiquiátricos.

La práctica cotidiana refleja la dramática situación que padecen las familias durante su intervención en las situaciones de crisis de la persona enferma, desde el momento del conocimiento del proceso agudo de la enfermedad mental hasta la ejecución de un ingreso psiquiátrico, pasando por la decisión del internamiento, el auxilio policial, el transporte sanitario, etc.

No es inusual, por ello, que se produzcan casos conflictivos por la pluralidad de agentes o profesionales que pueden intervenir e interpretar de forma diferente una misma situación de urgencia derivada de una enfermedad mental.

Se trata, por tanto, de intentar que el tratamiento de las crisis psiquiátricas se realice de la forma más normalizada, rápida y eficaz posible, como ocurre en el resto de las urgencias médicas. (La respuesta no debe ser diferente a la que se oferta a un posible infarto de miocardio o a una posible crisis hipertensiva, como ejemplos más habituales de asistencia domiciliar urgente).

Parece preciso, para ello, luchar contra los habituales problemas de descoordinación existentes entre los diferentes agentes que intervienen en el internamiento forzoso de las personas con

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

enfermedad mental. Objetivo que podría alcanzarse a través de una actuación protocolizada que abordase las urgencias e ingresos involuntarios psiquiátricos, con la participación de todos los sectores implicados, para mejorar la atención de los pacientes en situación de crisis.

4. Las posibilidades que el ordenamiento ofrece en relación a las Instrucciones Previa o Anticipadas deben ser aprovechadas en estos especiales y difíciles supuestos, dado que permiten a las personas con trastornos mentales señalar qué actuaciones consideran aceptables en relación a su asistencia y cuáles no para aquellos períodos en que se encuentran en condiciones que nos les permiten adoptar decisiones informadas. También pueden establecer quién debe adoptar decisiones en su nombre cuando se encuentren en dichas situaciones. Potenciar dicha medida, facilitando su conocimiento entre la ciudadanía, puede solucionar algunos problemas que se plantean en situaciones de descompensación mental.

5. Con idéntico objetivo, debe promoverse una adecuada utilización de instituto jurídico de la incapacitación. En los casos que la enfermedad mental revista caracteres de gravedad y cronicidad, estas no deben ser necesariamente determinantes para acordar una incapacitación judicial. Incluso siendo procedente la misma, es recomendable, dada la posibilidad de su graduación, circunscribir sus efectos a aquellos estrictos términos que demande la medida de apoyo asistencial.

6. El tratamiento ambulatorio involuntario evidencia la necesidad de mayores recursos y de un cambio del paradigma asistencial priorizando los casos más graves. Una norma, por excelsa que sea, sin adecuado soporte material para su aplicación resulta inefectiva. Por tanto, la regulación de los tratamientos ambulatorios involuntarios, debe ir acompañada de una red asistencial suficiente que haga posible su efectiva aplicación.

Si los actuales Servicios de Salud Mental Comunitarios contaran con más medios materiales y humanos, podrían estar mejor coordinados con los Centros Hospitalarios de referencia y dedicar más tiempo, por un lado, a optimizar el estado de los pacientes recién salidos del Hospital y, por otro, a procurar la alianza terapéutica de las personas con enfermedad mental que, llevadas por sus familias, se muestran reacias a tratarse, pudiéndoles ofrecer medios más amplios que los meramente psicofarmacológicos. Un aumento de camas hospitalarias de media estancia permitiría también disminuir la actual presión para dar el alta a pacientes en situación de impregnación psicofarmacológica (con dosis todavía no ajustadas y, como consecuencia, con efectos secundarios al menos desagradables) y de respuesta todavía parcial del cuadro psicopatológico (sin que haya sido posible evaluar a fondo el efecto del tratamiento), asociación de factores que sin duda propicia el abandono posterior del tratamiento.

En conclusión, el incremento de los escasos recursos actualmente dedicados a Salud Mental probablemente haría innecesario el TAI en muchos casos. Por otra parte, el desarrollo reglamentario que definiera la configuración y funcionamiento de tal dispositivo asistencial no sólo eximiría a la

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

Administración de promover el incremento de recursos y de los medios específicos para su realización, su coordinación y la atribución de responsabilidades.

Finalmente, una optimización de medios y un adecuado control de casos, requeriría que las diferentes Administraciones competentes en materia sanitaria asumieran el funcionamiento de órganos de seguimiento de esta medida.

7. Merece un reconocimiento especial la labor desempeñada por los familiares y las asociaciones de personas usuarias y familiares.

Las familias y las asociaciones de personas usuarias y familiares constituyen un soporte básico para las personas con problemas de salud mental, especialmente tras la reforma psiquiátrica, ya que la estancia en el hogar es una realidad y un objetivo a conseguir. Por tanto, la necesidad de información y formación, en orden a desarrollar habilidades para la aceptación del problema de salud, el afrontamiento de situaciones difíciles, la mejora de la convivencia y la búsqueda de la normalización/integración, constituyen premisas que deben ser tenidas en cuenta para un cotidiano funcionamiento. Aún cuando sus intereses (familiares-usuarios), no son siempre coincidentes, se hace necesario un abordaje integral de esta situación.

Las Asociaciones de Familiares impulsan y desarrollan actividades que promueven la salud y el bienestar de sus asociados. A tal efecto: crean grupos de ayuda mutua para el intercambio de información y experiencias. realizan programas de concienciación para reducir el estigma y para la generación de recursos públicos y organizan, en clara suplencia de los poderes públicos, actividades socioculturales y ocupacionales.

Su labor, pues, constituye una pieza clave en el proceso de rehabilitación psicosocial de las personas con enfermedad mental. En la actualidad han acabado convirtiéndose en gestoras de centros de día que cuentan con profesionales de todo tipo, y que en los últimos años se han visto afectadas por los continuos recortes presupuestarios al depender, en gran medida, de la financiación pública.

Por todo ello, desde los poderes públicos se les debe prestar el apoyo, económico y de cualquier otra índole, que precisen.

6. Conclusiones.

La propuesta de ampliar la regulación de la hospitalización involuntaria al tratamiento ambulatorio en la asistencia de la salud mental se viene proponiendo desde distintos sectores profesionales y de la ciudadanía, como una medida que pudiera mejorar la atención a un grupo indeterminado, pero minoritario, de personas afectadas por trastornos mentales graves. Se trata de personas que presentan severas dificultades en distintos aspectos de su desenvolvimiento personal y

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

social, en ocasiones con conductas socialmente disruptivas y que plantean graves problemas de atención y seguimiento en los contextos habituales de los servicios de salud mental, con hospitalizaciones reiteradas, sobrecarga familiar y frecuentes complicaciones e incidencias en el ámbito judicial.

Esta cuestión viene siendo objeto de encontrados debates, similares a los habidos en distintos países de nuestro entorno en los que se ha pretendido regular o bien se ha regulado algún procedimiento de esta naturaleza, si bien la situación internacional sobre este extremo es diversa. De hecho solo algunos países han establecido procedimientos de atención ambulatoria involuntaria y sus modalidades de actuación difieren sustancialmente (en cuanto a objetivos, requisitos e intervenciones).

En nuestro país, como es bien conocido, se han planteado dos iniciativas de regulación legal en este sentido, que a la postre no obtuvieron el consenso necesario en sus respectivos trámites parlamentarios, ambas con un amplio trámite de audiencia a los distintos sectores relacionados y con interés en la materia.

Así, nos encontramos con posiciones contradictorias en el ámbito profesional (en concreto una de las asociaciones - La Asociación Española de Neuropsiquiatría - está claramente en contra) y en los últimos años se ha producido un cambio de postulación en la principal asociación de familiares y personas con enfermedad mental (FEAFES), con una postura crítica al respecto, coincidente con la de los movimientos de usuarios y usuarias de los servicios de salud mental, que en todo momento se han mostrado en contra de una regulación en este sentido.

En el ámbito de los profesionales de la salud su planteamiento conlleva controversias, si bien puede afirmarse que las sociedades científicas se posicionan firmemente en contra de una regulación normativa por varias razones, entre las que destacan la relativa al incremento de la estigmatización de las personas con trastornos mentales y la judicialización de un proceso de clara connotación sanitaria y social.

Las controversias tienen que ver con distintas valoraciones sobre la importancia relativa de los distintos valores de referencia (justicia, equidad, autonomía, integración, responsabilidad, etc.) y derechos básicos (salud, libertad y seguridad) y de las funciones, modelos y características de la atención sanitaria y social a personas con trastornos mentales, así como sobre la eficacia real y las repercusiones de esta modalidad de intervención. Y ello no solo en un terreno general, más o menos teórico en el que a veces se plantea, sino en la concreta realidad de nuestro país y sus distintos servicios de salud autonómicos.

Los defensores de esta modalidad de intervención (recientemente traída a colación tras la sentencia del Tribunal Constitucional declarando la necesidad de la regulación de la hospitalización involuntaria mediante una regulación específica mediante ley orgánica), ponen énfasis en la necesidad de mejorar la atención a un grupo limitado de pacientes (aunque no perfectamente definido), mediante un

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

procedimiento que facilitaría un apoyo legal y del poder coercitivo público a los profesionales para garantizar la toma de medicación y el seguimiento periódico, sin necesidad de hospitalización. Desde este posicionamiento se sostiene que se trataría de un procedimiento menos coactivo que el internamiento, y que podría suponer una mejora en la adherencia al tratamiento y la evolución de una minoría de personas con enfermedad mental con especiales dificultades de atención.

Quienes se oponen a dicha medida subrayan que esta distraería la atención de los verdaderos elementos relevantes para implicar en su tratamiento a las personas con trastornos mentales graves, que son, además de la procura de la alianza terapéutica, la disponibilidad de servicios y equipos de tratamiento que colaboren asertivamente en la comunidad.

Las consideraciones expuestas a lo largo del presente análisis llevan al conjunto de las Defensorías, del Estado y Autonómicas, a concluir lo siguiente:

PRIMERO.- Con relación a la atención a las personas con trastornos mentales graves, las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud, los consensos profesionales y las declaraciones de los movimientos asociativos de familiares y personas con enfermedad mental, ponen especial énfasis en los objetivos de recuperación y ciudadanía, procedimientos de atención sanitaria y social, integrados y sostenidos en el tiempo, basados en la alianza terapéutica, la coordinación intersectorial centrada en la persona y modelos de atención intensiva o asertiva de carácter comunitario. En suma, procedimientos que pretendan mantener a las personas en la comunidad a la vez que disminuir el efecto estigma y la discriminación, reduciendo la intervención legal y coercitiva al mínimo estrictamente indispensable.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere a los tratamientos ambulatorios involuntarios, la información científica disponible hasta el momento (en relación a los efectos de los distintos procedimientos coercitivos -desde la influencia, presiones y negociaciones hasta la obligatoriedad de la hospitalización, la restricción de movimientos o la administración forzada de medicamentos-, sobre la adherencia y el uso de servicios posteriores), así como los resultados de la evaluación específica de estos tratamientos, avalan el modelo referido.

A este respecto, debemos traer a colación las conclusiones del exhaustivo informe Cochrane, el cual muestra, a partir de los dos únicos estudios internacionales basados en rigurosos estándares de evaluación (grupo de control y distribución aleatoria), que los tratamientos ambulatorios involuntarios pueden mejorar débilmente algunos parámetros de personas con trastornos psicóticos si se hacen con procedimientos asertivos o intensivos de atención, sin que en estas modalidades de intervención juegue un papel determinante el establecimiento o no de la obligación legal. En suma, el factor de éxito o fracaso de esta modalidad de intervención parece pivotar más en la intensidad de la atención que en la coerción legal del tratamiento.

TERCERO.- El actual nivel de desarrollo de los recursos sanitarios y socio sanitarios en el

PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

ZARAGOZA, 19 Y 20 DE JUNIO DE 2012

ámbito de la salud mental, la atención a las personas con graves trastornos mentales exige mejorar la dotación y funcionamiento de tales recursos, asegurando en todas y cada una de las Comunidades Autónomas sistemas comunitarios de atención, sobre la base de equipos multidisciplinares suficientemente dotados, cercanos y accesibles a la población, con procedimientos asertivos y disponibilidad de intervenciones biológicas, psicológicas y sociales.

Sin esta base, la ampliación del ámbito de la involuntariedad – limitada a un tratamiento farmacológico no siempre efectivo- no permitiría obtener una respuesta adecuada en la intervención. Ello además obligaría a implicar a las fuerzas de seguridad frente al necesario refuerzo en la disponibilidad de equipos de intervención intensiva comunitaria, con posibles consecuencias no deseadas, en términos de estigma social, confusión de competencias sanitarias, sociales y judiciales, sin excluir la posibilidad de un efecto desincentivador de la buena práctica profesional al distorsionar la necesaria alianza terapéutica, imprescindible en el abordaje prolongado de la patología de estos enfermos.

CUARTO.- En todo caso, una regulación del tratamiento ambulatorio involuntario, habría de contemplar las garantías señaladas en las “Reflexiones finales” precedentes, en un contexto de plena materialización de las previsiones que sobre los recursos comunitarios en el ámbito de la salud mental dispone la vigente Ley General de Sanidad.