

Necesidad de regulación legal del tratamiento ambulatorio involuntario en pacientes psiquiátricos

José Carlos FUERTES ROCAÑIN

Especialista en Psiquiatría. Médico Forense titular en excedencia. Madrid

José Luis RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado-Juez titular Juzgado Instrucción n.^o 4. Córdoba

Carlos FUERTES IGLESIAS

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

Jessica NARANJO RODRIGUEZ

Licenciada en Derecho. Doctoranda en Derecho Procesal. Universidad de Zaragoza

I. Introducción conceptual y estado de la cuestión

Siguiendo a García Vicente (Justicia de Aragón, Foro Medicina y Derecho) (1), hay que partir de un principio general según el cual para poder someter a una persona a tratamiento médico-psiquiátrico hace falta su consentimiento, posterior a la información suficiente para poder decidir. La razón de ello es que tanto la salud como la vida son derechos de la personalidad y como tales solo al alcance de la persona en el uso de su libertad individual. De hecho, solo bastaría con recordar la STC 37/2011, de 28 de marzo (LA LEY 14199/2011); donde relaciona esta conjunción entre la información previa y el llamado consentimiento informado no solo con el derecho a la integridad física del art. 15 de la CE (LA LEY 2500/1978), sino con aspectos tan dispares como son el derecho de autodeterminación en su dimensión del libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 (LA LEY 2500/1978)—, y la base esencial para hacer valer el derecho a la asistencia sanitaria —art. 43 (LA LEY 2500/1978)—.

Para que el consentimiento sea algo más que un trámite formal, dirigido a evitar reclamaciones o responsabilidades futuras, hace falta que el que consiente se encuentre en el *pleno uso de sus facultades mentales* y que entienda la información que se le da; o al menos que dentro de las limitaciones derivadas de su estado de salud, o capacidad de comprensión y decisión del momento, pueda tomar una decisión libre, que «...sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia», y que su estado físico o psíquico le permitan hacerse cargo de su situación, en palabras del art. 9.3,a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (LA LEY 1580/2002), básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica —en adelante Ley 41/2002—. La Ley 41/2002, en su art. 3 (LA LEY 1580/2002) así lo explicita; al mostrarse exigente de que el conocimiento debe de serlo de la enfermedad, su diagnóstico y consecuencias para el enfermo y para terceros. Pero también hace falta voluntad para seguirlo, si el tratamiento se dilata en el tiempo.

Por esta razón se establecen concretas excepciones que son desarrolladas en el citado art. 9 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002). Así sucede cuando una persona ha sido judicialmente declarada

inimputable o incapaz para gobernarse a sí misma; cuando, sin haber sido declarada judicialmente incapaz para gobernarse por sí misma, naturalmente adolece de capacidad de autogobierno; o cuando por razones de urgencia o de riesgo para la salud pública tiene que decidir el médico la actuación pertinente.

Hay que advertir que el concepto de inimputabilidad penal no coincide necesariamente con el concepto civil de incapacidad, ni tampoco con el concepto médico de enfermo mental. La imputabilidad hace referencia a la falta de conocimiento o voluntad relacionada con la concreta comisión de una infracción penal. Civilmente se atiende a la incapacidad de gobernarse por sí mismo.

Como el enfermo mental, en ocasiones, no puede decidir por sí mismo, hay que preguntarse: ¿Quién debe de decidir por él?
Examinemos las distintas opciones existentes.

1. Intervención penal

A. Cuando el enfermo mental comete un delito y es declarado, total o parcialmente exento de responsabilidad criminal.

Se consideran exentos de la responsabilidad, según el art. 20, apartados 1.^º (LA LEY 3996/1995), 2.^º (LA LEY 3996/1995) y 3.^º del CP (LA LEY 3996/1995):

1. *Los que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no puedan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*
2. *El que al tiempo de cometer la infracción penal se hallare en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.*
3. *El que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente el concepto de la realidad.*

Por su parte, el art. 21.1.^º del CP (LA LEY 3996/1995) considera circunstancias atenuantes, más conocidas como eximentes incompletas, aquellas circunstancias en las que no concurrieren todos los requisitos para eximir de responsabilidad entre sus respectivos casos; lo que en el supuesto de inimputabilidad de los referidos apartados del art. 20 (LA LEY 3996/1995) pasaría a ser eximente incompleta de imputabilidad, o semiimputabilidad.

Cuando una persona inimputable comete un delito, el Juez o Tribunal debe absolverlo, y someterlo o bien a internamiento y tratamiento en un centro adecuado, o imponerle en su caso el tratamiento médico ambulatorio, como pauta de conducta que formaría parte de la medida de libertad vigilada, como medida no privativa de libertad —art. 96.3,3.^a del CP (LA LEY 3996/1995)—; es decir: «la obligación de seguir tratamiento externo, o de someterse a un control médico periódico» —art. 106.1,k (LA LEY 3996/1995)—. Tal posibilidad ha igualmente existe en el régimen penal de menores como supuesto de sometimiento a *tratamiento ambulatorio* (2). Así lo permiten los arts. 101 (LA LEY 3996/1995) y 103 CP. (LA LEY 3996/1995) Estas medidas se adoptan en beneficio del enfermo y de terceros, por eso se califican legalmente como *medidas de seguridad*. En los supuestos de eximente incompleta el art. 104 (LA LEY 3996/1995) permite en determinadas circunstancias la adopción de estas mismas medidas de seguridad; y lógicamente la misma medida de tratamiento ambulatorio.

La resolución por la que se impone el tratamiento médico o el internamiento debe de ser tomada tras someterla a contradicción y de forma motivada. El médico que trata al enfermo delincuente podrá dictaminar, en el juicio oral o en informes previos, sobre la conveniencia o no de que sea sometido a internamiento, si así se le pide o es citado a juicio; con acompañamiento del correspondiente dictamen del médico forense. Es conveniente que así suceda; máxime si tenemos en cuenta que la decisión que se adopte sobre la imposición o establecimiento de medidas de seguridad ha de quedar perfilada en la sentencia.

En todo caso cuando fuere posible adoptar la libertad vigilada, puede ir acompañada de otras medidas para proteger a terceros, como son las previstas en el art. 96 (LA LEY 3996/1995) y entre las que están incluidas la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar determinados establecimientos, la de conducir vehículos o portar armas o las dos que podrían ganar una especial relevancia en la necesaria protección de las víctimas: la prohibición de aproximarse a la víctima o de aquellas personas o familiares que determine el Juez o la prohibición de comunicarse con ellas. Hay que tener en cuenta que la aplicación de alguna de estas medidas puede reducir la peligrosidad del enfermo mental.

B. El Juez sentenciador, que tendrá que valorar, al mismo tiempo, lo que más conviene al inimputable para su recuperación y la evitación del posible riesgo que represente la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Efectivamente, el art. 95.1.2 del CP (LA LEY 3996/1995), dispone que las medidas de seguridad se aplicarán «...siempre que del hecho o de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos». Así lo expresó con claridad la STS de 24 de abril del 2007 (LA LEY 20349/2007), al afirmar que: «La medida de seguridad no se impone sin más como un remedio terapéutico para el enfermo mental, sino en función de la peligrosidad social del sujeto y del pronóstico de reincidir». Debe fundamentarse por tanto la decisión, nos dirá la referida sentencia, «...en base a los informes médicos y la posibilidad de repetición de los hechos enjuiciados». De hecho, insiste el art. 6 de CP (LA LEY 3996/1995), en que «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito».

C. Duración: El internamiento privativo de libertad no puede ser superior al que correspondería a la pena. El tratamiento ambulatorio no puede exceder de 5 años. La doctrina del Tribunal Supremo, sentencia de 24 de abril del 2007, siguiendo lo establecido en el art. 6 CP (LA LEY 3996/1995), no relaciona la duración de la medida de seguridad con el tipo del delito y la culpabilidad, sino con la peligrosidad del sujeto y con la evolución de la enfermedad.

Es adecuado que estas medidas no sean indefinidas, porque la sociedad tiende a acomodarse. Es más discutible que los topes sean diferentes en los casos de internamiento que en los de tratamiento médico ambulatorio. No deja de ser una hipocresía social que no sea un importante elemento de valoración el hecho de que esté o no curado. Debería haber casos excepcionales en los que se adoptaran con todas las garantías, soluciones excepcionales de prórroga.

D. Le corresponde al **Juez de Vigilancia Penitenciaria** su supervisión, debiendo hacer un informe, al menos anualmente, sobre su mantenimiento, sustitución o suspensión —art. 97 (LA LEY 3996/1995)—. El quebrantamiento podrá dar lugar a la sustitución de la medida por otra, incluso el internamiento —art. 100 (LA LEY 3996/1995)—.

El Juez sentenciador puede, según los arts. 97 y 98, a propuesta del Juez de Vigilancia y mediante procedimiento contradictorio, después de valorar los informes de los facultativos y profesionales que asistan al enfermo y otras pruebas que estime pertinentes:

1. *Mantener la medida.*
2. *Decretar el cese cuando desaparezca la peligrosidad del criminal.*
3. *Sustituir la medida por otra que estime más adecuada. Si el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto, volviendo a aplicar la medida impuesta.*
4. *Dejarla en suspenso por un tiempo, condicionándola a que no delinca.*

E. Nada se dice sobre qué médico o qué centro es el encargado del tratamiento. En principio debe de

ser el del centro donde está internado, pero se debe de admitir que esa responsabilidad fuera compartida con el médico que atiende al enfermo. Si no hay internamiento debe de ser el que lo atiende. Tiene su importancia a los efectos de los informes que modifiquen las medidas de seguridad. En cualquier caso, son cuestiones que han de ser solventadas durante la ejecución de la sentencia, en tanto en cuanto no hubieran sido perfiladas en la misma, previo recabo de los oportunos dictámenes o informes; cabiendo sin duda la opción de acudir al criterio médico o unidad de salud mental correspondiente.

¿Es posible el internamiento o el tratamiento en un centro privado o de la Seguridad Social? La ley nada dice. La Profesora Vicenta Cervelló (3) en su trabajo sobre «El tratamiento penal y penitenciario del enfermo mental», lo admite. Parece razonable que sea así siempre que las condiciones personales del enfermo lo permitan y existan unas garantías y condiciones de control razonables (4).

2. Cuando la decisión le corresponde al tutor en el caso del declarado judicialmente incapaz

El declarado judicialmente incapaz, que tenga su capacidad modificada, no tiene capacidad para prestar consentimiento. El art. 9.3 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002) dispone que su falta de capacidad para prestar consentimiento deba ser suplida por el tutor o representante. En el mismo sentido se suelen pronunciar las leyes autonómicas.

¿Se requiere además autorización judicial? En principio basta con la decisión del tutor o representante. Así lo ha entendido la jurisprudencia y la legislación tanto nacional como autonómica. Algunos países exigen que cuando la operación sea de alto riesgo el tutor deba acudir al Juez. Concretamente el *BGB 1904 alemán* establece que será necesaria la autorización del Tribunal de Tutelas cuando existe el peligro fundado de que el asistido muera o sufra un daño grave o de cierta duración a causa de la medida. Añade que la medida puede ser ejecutada sin autorización cuando exista peligro en la demora. En el mismo sentido, el art. 219.1.b) del Código de Familia de Cataluña (LA LEY 3240/1998) exigía a la persona titular de la tutela autorización judicial previa para «aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que fundamentalmente puedan poner en grave peligro su vida o su integridad psíquica», añadiendo en el número segundo que «las medidas indicadas en el apartado 1 pueden ser tomadas sin autorización previa si el hecho de su obtención puede suponer un retraso que implique un grave riesgo para la persona tutelada, para otras personas o para los bienes. En este caso, debe comunicarse al juzgado que corresponda y al consejo de tutela si lo hay, la decisión adoptada en el plazo de veinticuatro horas, como máximo». No obstante, dicha norma fue derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña (LA LEY 16567/2010), relativo a la persona y la familia. Como se dice en el apartado III (Estructura y contenido) del preámbulo de dicha Ley, **se suprime la autorización judicial que debían pedir el tutor o los padres para aplicar ciertos tratamientos médicos a las personas puestas en tutela o en potestad**, que no exige la legislación del ámbito sanitario.

La ley no regulaba inicialmente de forma expresa qué hacer en el caso en el que el representante se negara al tratamiento, con razones que el médico considera injustificadas. Como el art. 9 de la ley (LA LEY 1580/2002) establecía que el consentimiento será el adecuado a las circunstancias y proporcionado a las necesidades y siempre a favor del paciente y con respeto a su libertad personal se entendía que *el médico podría pedir autorización judicial*. En este sentido las leyes de algunas Comunidades Autónomas como las de Galicia, Valencia, Castilla-La Mancha, Baleares, establecían que no solo se puede, sino que se debe.

Hay que advertir, sin embargo, que la sentencia del TC 154/2002 (LA LEY 6237/2002), referida a supuesto de prescripción de transfusión sanguínea a niño testigo de Jehová con oposición de sus padres por convicciones religiosas, trató la cuestión de una forma un tanto confusa. Aun recalando la trascendencia del respeto a las convicciones religiosas del menor y sus progenitores, se constata

en la sentencia cómo el valor vida, en cuanto afecta a un menor en situación de riesgo, es un valor que ha de prevalecer absolutamente sobre cualquier otro. En esta situación, el carácter irreversible e irreparable de la asunción de tal decisión habría de forzar a los poderes públicos a ejercer una acción tutelar para su salvaguarda (5).

Al hilo de tal planteamiento del Tribunal Constitucional, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2012 (LA LEY 2967/2012), sobre el tratamiento sustutivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, anticipó la posibilidad de que el médico responsable, ante una eventual situación de grave riesgo para la vida o salud del menor, acudiera, ante la negativa de los representantes del menor a aceptar un concreto tratamiento propuesto, a la autoridad judicial, bien directamente, bien por conducto del Ministerio Fiscal; salvo que la situación deviniera por razón de especial urgencia en un supuesto de consentimiento por sustitución, es decir por decisión del propio facultativo.

Para los **MENORES** el art. 9.3 c) (LA LEY 1580/2002) establece que: *Cuando paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, 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 diecisésis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.* Hay que resaltar que la ley excluye los casos de menores incapaces o incapacitados.

Sin embargo, y asumiendo en buena parte la solución anticipada por la Fiscalía General del Estado, este esquema fue finalmente sometido a una profunda modificación con la entrada en vigor de la **Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia** y en concreto de su Disposición final segunda (LA LEY 12419/2015); la cual da nueva redacción a los apartados 3, 4 y 5 y añade dos nuevos apartados (6 y 7) al art. 9 de la Ley 41/2002 que hacen referencia al *consentimiento por representación*. La reforma hace propia tal tesis de la Fiscalía, pero introduce como novedad la posibilidad de someter a la decisión de la autoridad judicial la negativa a la aceptación de la propuesta terapéutica, no ya exclusivamente en los supuestos de mayor riesgo, sino cuando tal decisión fuera contraria a dichos intereses de la vida o salud del paciente (6).

3. Cuando la decisión le corresponde a otras personas vinculadas con el enfermo, en el supuesto del enfermo no declarado incapaz

Cuando la persona no es suficientemente capaz para gobernarse por sí misma por sufrir una enfermedad mental que impida entender o informarse sobre el contenido y consecuencias de la enfermedad para él y para terceros, aunque no haya sido declarado judicialmente incapaz se podrá prescribir el tratamiento, debiendo tomar la decisión aquel que actúa como guardador. Así lo establece el art. 9.3, a) de la ley, (LA LEY 1580/2002) definiendo como supuesto de consentimiento por representación: «Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia o de su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho».

En caso de negativa injustificada del llamado a decidir o de riesgo para la vida se actuará como en el caso del tutor.

La decisión tomada en intervalo lúcido debe de ser respetada, si no es perjudicial para terceros y si no cambian las condiciones básicas que había cuando tomó su decisión. Lo mismo puede decirse respecto de la revocación del consentimiento. En definitiva, es el principio de autonomía del paciente el que prima, y su capacidad de decisión ha de ser respetada en tanto en cuanto el paciente pueda, en las medidas de sus capacidades, prestar por su parte el consentimiento; o al menos hacerse

partícipe de la toma de decisiones.

4. Cuando la decisión le corresponde al médico que atiende al paciente

En este sentido y según el art. 9.2 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002), hay en casos en los que será el médico responsable quien tendrá que adoptar la decisión, como supuesto de consentimiento por sustitución. En este sentido, dicho precepto establece dos supuestos claramente diferenciables:

1. *Cuando existiere riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, se deberá comunicar el internamiento obligatorio del paciente a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, de conformidad con lo establecido en el Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, art. 763 (LA LEY 58/2000).*
2. *Cuando existiere riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, el médico deberá consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.*

Una precisión: la jurisprudencia es mucho más exigente a la hora de fijar la responsabilidad del personal sanitario en los casos que no se actúa que en los casos de diagnóstico discutible. En nuestro país a diferencia de otros, como Francia, no se obliga al médico a porfiar con el paciente cuando considera que su decisión es errónea. Debe de acudir al Juez.

5. Cuando la decisión depende de intervención judicial civil

A. Situación actual

En los casos que hemos visto antes el Juez actúa para resolver una situación o un conflicto concreto. Sin embargo, la LEC en su art. 763 (LA LEY 58/2000) prevé la intervención del Juez para que con carácter general establezca el internamiento en un centro de tratamiento. *Insistimos: el internamiento; pero, ¿Puede decretar el tratamiento médico obligatorio de forma ambulatoria durante un cierto período de tiempo?* Resultaría relativamente fácil llegar a la conclusión de que, si la ley está permitiendo el máximo nivel de actuación consistente en lo que, como hemos visto, no deja de ser una privación de libertad, con más razón deberíamos admitir que un tratamiento ambulatorio involuntario, con empleo de medidas coactivas para garantizar su normal seguimiento; en una aplicación de la ya clásica máxima jurídica del «quien puede lo más también puede lo menos». Y en consecuencia si el Juez puede internar para someter a tratamiento, debería poder hacer esto último sólo. Por otra parte ¿qué sentido tiene autorizar actos concretos y no poder autorizar varios? cuando esto es lo mejor para el enfermo o terceros.

Pero, al menos en nuestra opinión, la asunción de tal tesis debería ser puesta seriamente en cuestión. Es cierto que el art. 7 del conocido como Convenio de Oviedo (LA LEY 4009/1999) (8) , del que seguidamente hablaremos, serviría de base jurídica para la imposición de tratamientos ambulatorios involuntarios; pero el legislador español sigue sin desarrollar esta posibilidad jurídica de constitucionalidad incontestable. El sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso no deja de ser una restricción de libertad que precisaría de una concreta regulación jurídica en una norma que, al menos en la descripción del supuesto, de su reconocimiento, tendría que tener forma de ley orgánica. En materia de restricción de derechos fundamentales no necesariamente quien puede lo más puede lo menos. Hay que tener en cuenta que, si el internamiento involuntario supone una situación de absoluto déficit de capacidad de entendimiento y decisión del paciente con alto riesgo para su salud o vida, el tratamiento ambulatorio obedece a situaciones intermedias, en las que es la prevención y no la atención a un riesgo presente o inminente el fundamento último que puede estar detrás de la decisión médica. Cualquier restricción de libertad, insiste recurrentemente el TEDH, debería pasar por una previa regulación legal que habría de superar lo que se ha venido a definir como principio de la calidad de la norma habilitante; lo que comporta entre otras cosas no solo su definición normativa,

en un sentido de ley material (podría, por ejemplo, ser consecuencia de una interpretación jurisprudencial de la ley nacional), sino su cognoscibilidad o posibilidad real de que cualquier ciudadano pueda tener conocimiento de cómo y bajo qué circunstancias podría verse afectado en el desarrollo de su derecho a la vida privada.

De considerar que la sola referencia al art. 7 del Convenio de Oviedo y el art. 763 de la LEC (LA LEY 58/2000), junto a las posibilidades de consentimiento por representación del art. 9.3 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002) sirven de base para poder autorizar un sometimiento a tratamiento ambulatorio involuntario, la medida tendría que estar motivada y justificada. La motivación tiene que ser orientada a justificar que la medida que se autoriza es lo mejor para la salud del enfermo; al poderse reconocer un carácter prevalente al valor vida, y a su correlato de salud e integridad del paciente, por encima de esos espacios de libertad que se pudieran aducir en su contra.

Debiendo esta medida estar sometida a control periódico, al igual que los internamientos involuntarios, es conveniente que en origen se establezca un plazo; plazo que si bien puede ser prorrogable lo será si las condiciones de base subsisten.

No hace falta que se produzca el daño. El riesgo siempre que sea razonable y argumentada la postura es suficiente. *No hay que olvidar que tanto el internamiento como el tratamiento médico obligatorio son considerados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia civil como una medida de protección del enfermo y de otros bienes fundamentales de terceros.*

II. Conveniencia de una regulación específica sobre la materia

Desde un punto de vista filosófico y ético algunos juristas y también profesionales de la salud se oponen a ello, porque dicen que atenta a la libertad o porque es una muestra de un paternalismo inadecuado. Otros consideran que traslada al juez una responsabilidad que debería ser del médico.

Para algunos no hace falta una norma específica que regule el tratamiento involuntario; porque dicha medida ya está legalmente regulada para todo tipo de pacientes, conforme a la actual regulación del consentimiento informado, y supondría una discriminación en contra del enfermo mental hacerlo específicamente para él.

Sin embargo, siendo como somos partidarios de la seguridad jurídica como uno de los valores fundamentales del sistema, *nos parece necesaria la regulación legal del tratamiento médico no consentido por los enfermos mentales*, ya que es preferible tener normas incluso discutibles, que la ausencia de regulación. De hecho, el convenio de Oviedo distingue claramente la situación del tratamiento ambulatorio forzoso del paciente psiquiátrico (9), a la que somete a reglas propias. Así lo ha manifestado entre otros García Vicente en la Sugerencia del Justicia de Aragón de 5 de mayo del 2006, al referirse al uso de la llamada «píldora del día siguiente por las menores (10).

Para tratar de resolver la carencia de legislación sobre el tratamiento médico-psiquiátrico obligatorio en la vía civil se pretendió modificar Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando un proyecto de Ley a las Cortes Generales en el que se pretendía añadir un último apartado al art. 763, que regula el internamiento. El texto presentado era el siguiente:

5. «Podrá también el tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del 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. El plazo máximo de duración de esta medida será de 18 meses.»

Dicho proyecto de Ley no llegó a buen puerto por diversas razones de índole política y de convicción en el posicionamiento de concretos sectores profesionales. Pero la naturaleza y evolución del problema creemos justifica retomar de nuevo una proposición para garantizar que los enfermos psíquicos más graves y que por definición carecen de conciencia de enfermedad sean tratados, máxime si tenemos en cuenta que han pasado más de veinte años de aquella iniciativa parlamentaria y el cambio en la posología médica hace posibles tratamientos seguros, eficaces y cómodos de administración.

En todo caso cuando se solicite el auxilio judicial para la administración de un tratamiento involuntario, consideramos que habrá que tener en cuenta las siguientes apreciaciones:

1. *Deberá existir siempre un informe médico que aconseje la aplicación de ese tratamiento.*
2. *Siempre deberá constar que se ha dado al enfermo la posibilidad de cumplir voluntariamente ese tratamiento.*
3. *Será necesario haber agotado previamente los recursos médico-asistenciales y sociales, como alternativa al tratamiento que se pretende imponer.*
4. *La responsabilidad en la administración de un tratamiento involuntario, corresponderá únicamente al personal sanitario encargado del paciente. Sólo en casos excepcionales se podrá pedir la colaboración de otros profesionales.*
5. *En todos los casos deberá potenciarse en el enfermo el mayor grado de autodeterminación y de responsabilidad personal frente a sus decisiones, respetando en la medida de lo posible sus deseos y opiniones.*
6. *La intervención del juez deberá ser únicamente de carácter instrumental, como autoridad competente de velar por la protección de los derechos fundamentales del paciente sometido involuntariamente a un tratamiento ambulatorio, que asegure su procedencia únicamente en los casos en que la ausencia de dicho tratamiento repercuta en perjuicio grave de su salud o de la salud de quienes le rodean.*

III. Propuesta concreta que hace la sociedad aragonesa de psiquiatría legal y ciencias forenses para regular el tratamiento ambulatorio involuntario del enfermo psiquiátrico

1. Peculiaridades del tratamiento de la enfermedad mental

A modo de síntesis, y dada la naturaleza multidisciplinar de este trabajo, exponemos a continuación los aspectos que consideramos esenciales para normativizar el tratamiento ambulatorio no voluntario del enfermo mental. Para ello hay que tener en cuenta los siguientes aspectos que marcan sensibles diferencias entre las enfermedades mentales y las que no lo son:

- 1.- *Los enfermos mentales en ocasiones presentan una ausencia de conciencia de enfermedad; es decir no reconocen como trastorno lo que sí es.*
- 2.- *Los tratamientos psicofarmacológicos en muchos casos son sintomáticos y no etiológicos, por lo que habitualmente son de larga duración cuando no de carácter indefinido.*
- 3.- *Dada la ausencia de conciencia de enfermedad en algunos casos, esto origina problemas para conseguir adherencia terapéutica (convencimiento por parte del enfermo de la utilidad del tratamiento), así como del necesario cumplimiento terapéutico (ingesta de la dosis en la forma que se le ha prescrito).*
- 4.- *La suspensión (con frecuencia de forma brusca e intempestiva), sobre en todo en los llamados trastornos psicóticos, origina una recaída que a su vez puede producir la llamada «alarma social».*

5.- La recaída de la enfermedad además del sufrimiento en el enfermo y en su entorno, origina ingreso en unidades de agudos con la consiguiente estigmatización del paciente, familia, amén de un incremento en el gasto sanitario.

6.- Dadas las características sintomáticas de algunos procesos psicóticos, donde hay ideas delirantes de perjuicio y persecución, es frecuente que se produzca alteración del orden, violencia gratuita, malos tratos, violencia de género e incluso lesiones tan graves como puede ser el homicidio.

7.- Hay múltiples estudios que constatan y verifican que la continuidad del tratamiento psicofarmacológico es el mejor profiláctico de las conductas violentas auto y heteroagresiva, así como la mejor forma de reducir los ingresos en unidades de agudos y de media estancia.

2. Criterios técnicos en favor de la regulación legal del tratamiento involuntario en los trastornos psiquiátricos

De forma sintética la regulación normativa del tratamiento ambulatorio involuntario en los enfermos psiquiátricos sería una medida altamente positiva y beneficiosa en función de lo siguiente:

- 1. Es una medida menos restrictiva de derechos personales que lo que se produce con el ingreso involuntarios (que, si está regulado en la Ley Enjuiciamiento Civil, 1/2000, art. 763 (LA LEY 58/2000)).**
- 2. Es también una medida mucho menos radical, menos compleja y rápida que un procedimiento de incapacitación; situación está que puede ser evitable en muchos casos, si el enfermo toma regularmente el tratamiento prescrito; además la incapacitación tampoco solucionaría la negativa ante el tratamiento.**
- 3. Está constatado que el tratamiento involuntario ambulatorio es una medida que evita ingresos y recaídas, con la consiguiente disminución del sufrimiento personal, así como con la disminución también de costes económicos.**
- 4. La posibilidad de imponer legalmente el tratamiento evitaría en gran medida el abandono del tratamiento en los pacientes ya incapacitados.**
- 5. La continuidad del tratamiento, consigue una estabilización más efectiva a los enfermos graves.**
- 6. El seguimiento correcto del tratamiento no solo mejora la convivencia familiar, sino que además neutraliza las conductas violentas en el entorno familiar y en la sociedad en general.**
- 7. La posible restricción de libertad que se produce en el enfermo como algunos invocan no tiene en cuenta si que estaríamos ante casos de pérdida de la salud mental y de la libertad, bienes supremos en la Constitución.**
- 8. La posible ruptura de la «alianza terapéutica» que se podría producir es difícilmente comprensible y aceptable, cuando estamos precisamente ante personas cuya capacidad de introspección es mínima o inexistente, y cuando esta alianza no puede existir al no tener conciencia de enfermedad.**
- 9. El tratamiento involuntario ambulatorio normativizado impediría la excesiva discrecionalidad judicial, que en algunos casos podría llegar a la arbitrariedad; ya que hay órganos jurisdiccionales más sensibles que otros ante este tipo de enfermedades y por lo tanto a ordenar la aplicación de un tratamiento amparándose solo en el criterio «ad maiorem ad minorem».**
- 10. La imposición de un tratamiento médico en aquellos casos justificados y acreditados disminuiría la discriminación y el estigma social, ya que este está basado esencialmente, en aquellas conductas disruptivas del enfermo mental cuando no recibe tratamiento.**

- 11.** *Habría una seguridad jurídica completa, como la que se produce en la autorización del internamiento involuntario (art. 763 de la LEC (LA LEY 58/2000)), sin dejar a la plena discrecionalidad de los tribunales una medida médica y no jurídica.*
- 12.** *Es una reforma que podría acompañar a la obligatoria del Art. 763 de la LEC (LA LEY 58/2000) declarado inconstitucional al deber ser regulado por ley Orgánica y no Ordinaria.*

3. Intentos de regulación previa

La medida que se propone en el momento actual ya se ha intentado llevar a las cámaras legislativas; entre otras razones porque además de ser objetivamente necesaria, el derecho comparado demuestra su incontestable eficacia. Pero por diversos motivos, en opinión nuestra poco justificados no ha llegado a buen puerto.

El día 19 de Julio de 2004 el Grupo Parlamentario Catalán (entonces llamado Convergencia i Unió) y a instancia de la Federación de Familiares de Enfermos Mentales (FEAFES), presentó una proposición para modificar el vigente a fecha de hoy art 763 de la LEC (LA LEY 58/2000) /1/2000. Sugiriendo la siguiente redacción del art. 763 LEC:

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

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento. El plazo máximo de duración de esta medida será de dieciocho meses.».

Dicho proyecto como decimos no consiguió salir adelante por existir discrepancias en los diferentes colectivos que fueron oídos.

Posteriormente se elaboró un Proyecto, denominado: *Ley 121-000109/2006 de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre*, en el que se incluían una serie de artículos que regulaban el *tratamiento del enfermo mental cuando no existía el cumplimiento y adherencia adecuada al mismo*.

El encaje en esta norma jurídica, aunque con algunos reparos podría haber resuelto el problema, ya que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (Ley de Enjuiciamiento Civil). Es decir, no pretende dar soluciones a situaciones en las que existe una controversia jurídica, sino que el Juez se pronuncie sobre un determinado hecho jurídico precisado de una concreta resolución judicial.

Dicho proyecto de *Ley 121-000109/2006 de Jurisdicción Voluntaria de 20 de octubre* aprobado por el gobierno, entonces socialista, contenía los siguientes artículos que hacen referencia al objeto de esta propuesta:

Proyecto de Ley

En el Título IV, Capítulo IX

La Autorización Judicial de los Tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos

Artículo 84.Ámbito de aplicación.

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

Artículo 85. Legitimación.

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.

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.

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. Admitida a trámite la solicitud por el Juez, el secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citará a la comparecencia al solicitante, al paciente, así como al Ministerio Fiscal. En todas las actuaciones, el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el art. 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000).

Artículo 86. Solicitud y procedimiento.

En todo caso, y de no haberse aportado antes, el Juez recabará informe sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual.

Igualmente se recabarán informes del Forense, y se podrán acordar de oficio, o a instancia del solicitante o del paciente y del Fiscal las pruebas que se estimen relevantes para el caso, en orden a determinar la falta de capacidad para decidir del paciente, su situación clínica y la necesidad del tratamiento.

Artículo 87. Resolución.

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.

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.

Artículo 87. Resolución.

En todo caso, por prescripción facultativa podrá cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida al Juez. En el caso de autorización de un período de observación para diagnóstico, el informe deberá remitirse al tribunal en el plazo máximo de dos meses, tras los cuales se podrá solicitar, si procede, la autorización del internamiento o de tratamiento no voluntario con arreglo a los artículos anteriores.

Lamentablemente el proyecto también fue rechazado entre otras por las siguientes motivaciones:

1. Un derecho fundamental no puede regularse ni tan siquiera parcialmente en una Ley ordinaria.
2. Enmiendas provenientes del propio grupo parlamentario socialista, promotor de la norma, al decir los ponentes que «"aniquilaba la libertad" del paciente».
3. Por el informe del Defensor del Pueblo que considera que ya estaba legislado dicho tratamiento involuntario en el art. 6 del Convenio de Oviedo y el art. 9 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002) de autonomía del paciente.

4. Por las objeciones de la Asociación de Neuropsiquiatría ya que a su entender no se dirigía a «los tratamientos ambulatorios psiquiátricos no voluntarios», sino a los «tratamientos no voluntarios» en general.
5. Por la propia Federación de Familiares de Enfermos mentales (FEAFES), porque en la anterior iniciativa tenía que partirse ineludiblemente de «la previa propuesta razonada del especialista», mientras que, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LA LEY 11105/2015), la propuesta podría iniciarla la parte implicada, incluso sin conocimiento del facultativo.

Por todo lo anteriormente expuesto la *Asociación Aragonesa de Psiquiatría Legal y Ciencias Forenses*, asociación científica creada en 2013 sin ningún ánimo de lucro, y compuesta por profesionales diversos relacionados todos ellos con la salud mental, ha creído oportuno volver a proponer al poder legislativo una nueva regulación del *tratamiento psiquiátrico ambulatorio involuntario*, por los criterios ya pormenorizados y teniendo como objetivo esencial el bienestar del enfermo mental, de su familia y de la propia sociedad en su conjunto.

IV. Bibliografía

- (1) GARCÍA VICENTE, F.: Ponencia en el foro medicina y derecho sociedad. «Tratamiento involuntario del enfermo mental: un problema sin resolver» ZARAGOZA. 2014..
- (2) Artículo 7.1, e) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LA LEY 147/2000) y 16 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (LA LEY 1232/2004), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El apartado 20 de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica (LA LEY 147/2000) destaca por un enfoque más orientado hacia la deshabituación en el consumo de sustancias perniciosas que en la atención de enfermedades psiquiátricas; así puede leerse en dicho apartado que: «El tratamiento ambulatorio es una medida destinada a los menores que disponen de las condiciones adecuadas en su vida para beneficiarse de un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones significativas de su psiquismo. Previsto para los menores que presenten una dependencia al alcohol o las drogas, y que en su mejor interés puedan ser tratados de la misma en la comunidad, en su realización pueden combinarse diferentes tipos de asistencia médica y psicológica. Resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que puedan ser atendidos sin necesidad de internamiento. La diferencia más clara con la tarea socio-educativa es que ésta pretende lograr una capacitación, un logro de aprendizaje, empleando una metodología, no tanto clínica, sino de orientación psicoeducativa. El tratamiento ambulatorio también puede entenderse como una tarea socio-educativa muy específica para un problema bien definido».
- (3) Cervelló Donderis, V. (2002) Tratamiento Penal y Penitenciario del Enfermo Mental. Asociación Madrileña de Rehabilitación Social. Valencia, págs. 2-3.
- (4) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha insistido en la necesidad de que todo internamiento psiquiátrico involuntario el internamiento involuntario de pacientes psiquiátricos por razones terapéuticas, como legítima privación de libertad del paciente que es, tenga lugar en un establecimiento adecuado para la atención que cuente con las instalaciones y con los medios precisos que demandan la atención de su salud y el respeto de su dignidad humana — SSTEDH todas de 9 de enero de 2014, casos PLAISIER v Bélgica, asunto 2875/11; SAADOUNI v Bélgica, asunto 50658/09; MOREELS v Bélgica; asunto 43717/09; CARYN v Bélgica, asunto 43687/09; GELAUDE v Bélgica, asunto 43733/09, y VAN MEROYE v Bélgica, asunto 330/09), o más recientemente la STEDH de 18 de septiembre de 2014 (caso IVINOVIĆ v. Croacia; asunto 13006/13)—.

- (5) Véase sobre esta cuestión de conflicto entre la decisión médica y del representante el trabajo de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *Urgencias infantopediátricas: Aspectos legales*, (*Diario LA LEY*, n.º 8794, Sección Doctrina, 1 de julio de 2016, Ref. D-263).
- (6) Apartado 6 del art. 9 de la Ley 41/2002 (LA LEY 1580/2002): «En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».
- (7) Un tratamiento más extenso de la cuestión puede encontrarse en el trabajo antes citado de RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: *Urgencias infantopediátricas: Aspectos legales*.
- (8) Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos (LA LEY 4009/1999) y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina —Convenio de Oviedo—, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997).
- (9) Artículo 7: «La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso».
- (10) Informe y sugerencia sobre el consentimiento informado y la prescripción a menores de la llamada píldora del día después. Expediente DI-1318/2005-1.