

EL TRATAMIENTO AMBULATORIO FORZOSO: EXPERIENCIAS DE DERECHO COMPARADO Y PROPUESTAS DE REGULACIÓN EN ESPAÑA

Luis Fernando Barrios Flores

Área de Derecho Administrativo.- Universidad de Alicante.

1. La experiencia norteamericana: 1.1. El tratamiento ambulatorio forzado. 1.1.1. Panorama de las legislaciones estatales. 1.1.2. La Ley Kendra. 1.2. Otras alternativas a la hospitalización. 2. Regulaciones de otros países. 3. La situación en España: 3.1. Propuestas de regulación. 3.2. Principios reguladores *de lege ferenda*. 3.3. Instrumento regulador que se propone. 4. Luces y sombras del tratamiento ambulatorio forzado.

En los últimos tiempos han aparecido en nuestro país propuestas innovadoras de regulación del llamado “tratamiento ambulatorio forzado”. La falta de precedentes de esta figura en nuestro ordenamiento remite necesariamente a un análisis de derecho comparado, con especial atención a las experiencias y regulaciones de Estados Unidos, país en el que, como se verá, este tipo de intervención involuntaria goza de generalizado respaldo normativo y amplio predicamento doctrinal, no exento de críticas a su eficacia e insuficiencia para resolver los problemas generales de la asistencia psiquiátrica. Precisamente las críticas que ha venido generando la aplicación de la Ley Kendra del Estado de Nueva York – y sobre la que centraré mi atención- serían probablemente extrapolables a una eventual implantación del sistema en nuestro país, por las razones que luego diré. No es Norteamérica, sin embargo, la única nación que conoce la figura objeto aquí de estudio. Haré por ello una breve referencia a otros Estados. Este breve *excursus* nos permitirá concluir la existencia de un relativamente amplio grado de implantación de esta modalidad asistencial en derecho comparado.

Después haré mención a la propuesta de regulación que ha surgido en nuestro al amparo de organizaciones cívicas, básicamente de familiares de enfermos mentales. Se hace preciso en este punto, con la vista puesta ante una futura regulación- incluir aquellos principios jurídicos que, en aras a la eficacia del tratamiento pero –al mismo tiempo- del más escrupuloso respeto a los dere-

chos de los pacientes, debieran informar dicha normativa. Puede debatirse asimismo cuál es el instrumento normativo idóneo para contener dicha regulación, es decir a la fuente en que la misma se materializará. Y finalmente, el presente estudio contiene igualmente un epígrafe de conclusiones en el que pretendo dejar constancia de las luces y sombras de esta propuesta de innovación legislativa. Junto a las bondades de la misma, podremos comprobar que, en modo alguno, constituye la panacea que resuelva los endémicos males que aquejan a la asistencia en salud mental en España.

1. La experiencia norteamericana:

1.1. El tratamiento ambulatorio forzado.

1.1.1. Panorama de las legislaciones estatales.

A lo largo de los últimos años se ha producido en EE.UU. una progresiva implantación del llamado “tratamiento ambulatorio forzado”, hasta constituir hoy amplia mayoría los Estados que recogen en sus ordenamientos esta alternativa a la hospitalización psiquiátrica forzada¹. Previamente asociaciones profesionales, como la *American Psychiatric Association* (APA) ya habían

¹ Cfr. TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*. Vol. 46, núm. 8.

manifestado la admisibilidad, bajo ciertas condiciones, de este tipo de intervención terapéutica².

La mayor parte de los Estados de la Unión regulan esta institución al mismo tiempo que el internamiento forzoso³, si bien de forma heterogénea (unos Estados la admiten sólo tras un período de hospitalización mientras que otros acogen la posibilidad de su aplicación directa desde el ámbito extrahospitalario; unos Estados aplican patrones similares a los del ingreso involuntarios, mientras que otros emplean criterios distintos en el caso del tratamiento externo; varían las consecuencias del incumplimiento⁴). Con la incorporación de Florida el 30.6.2004 (con entrada en vigor de la regulación el 1.1.2005) en la actualidad son 42 los Estados que gozan de una regulación sobre tratamiento ambulatorio forzoso ("assisted outpatient treatment", OAT). Sólo ocho Estados no con-

templán la figura referida: Connecticut, Maine, Maryland, Massachusetts, Nevada, New Jersey, New Mexico y Tennessee⁵.

Los modelos que han alcanzado mayor repercusión han sido el californiano (*Laura's Law*) y el neoyorkino (*Kendra's Law*). El primero, sobre el que se han vertido opiniones favorables en la doctrina⁶, regula un IOC (*Involuntary Outpatient Commitment*), posee unos elementos básicos muy similares a los de la Ley Kendra e incluso parte de similares criterios de aplicación (reciente hospitalización, episodios violentos próximos, probabilidad de incumplimiento del tratamiento y necesidad de tratamiento). Organiza un procedimiento legal similar al neoyorkino en cuanto a solicitud, audiencia y resolución judicial. La diferencia principal radica en que la ley californiana impone a los condados la obligación de garantizar que el tratamiento ordenado reúna unos significativos estándares y que se proporcione a los pacientes involuntarios el mismo tratamiento que el que reciben los voluntarios. Los mentados estándares son considerablemente más elevados que los preconizados por la Ley Kendra: equipos de base comunitarios, móviles, multidisciplinarios y altamente entrenados con una adecuada ratio profesionales/pacientes. Además de ello se proporciona asistencia oficial a las familias que conviven con los enfermos mentales graves y una amplia red asistencial de apoyo⁷.

En los últimos tiempos una percepción, ya clásica, entre enfermedad mental y violencia⁸, se ha visto refor-

² Me refiero en concreto, y a título de ejemplo, al Informe de la APA: "Involuntary Commitment to Outpatient Treatment. Task Force Report 26". Washington, DC, American Psychiatric Association, June 1987.

³ Alabama Code §§ 22-52-10.4 y 22-52-10.2; Alaska Stat. §§ 47.30.755, 47.30.915.7 y 47.30.915.10; Arizona Rev. Stat. § 36-540A y 36-501.4, 5, 15 y 29; Arkansas Code Ann. § 20-47-207.c; California Welf. & Inst. Code §§ 5250, 5008.h.1 y 5346.a y Assembly Bill 1421 (2002), *Laura's Law*; Colorado Rev. Stat. §§ 27-10-111.1 y 27-10-102.5; Delaware Code Ann. Tit. 16, §§ 5001.6 y 5010; Distric of Columbia Code Ann. § 21-545.b; Florida Stat. Ann. § 394.467.1 y § 394.4655; Georgia Code Ann. §§ 37-3.1.9.1. y 37-3-1.12.1; Hawaii Rev. Stat. §§ 334-60.2, 334-121 y 334.1; Idaho Code §§ 66-329.k, 66-317h, k, m y 66-339A; 405 Illinois Comp. Stat. 5/1-119; Indiana Code Ann. §§ 12-7-2-53, 12-7-2-96, 12-26-7.5.a, 12-26-14-1 y 12-26-6-8-a; Iowa Code §§ 229.14 y 229.1.15; Kansas Stat. Ann. §§ 59-2946.ft 59-2967.a; Kentucky. Rev. Stat. Ann. §§ 202A.026 y 202.A.011.2; Louisiana Rev. Stat. Ann., §§ 28:55.E.1 y 28:2.3, 4 y 10; Michigan Comp. Laws. Ann. § 330.1401; Minnesota Stat. Ann. §§ 253B.09.1, 253B.02.13.a. y 17 y 253B.065.5.b; Mississippi Code Ann. §§ 41-21-73.4 y 41-21-61.e; Missouri Ann. Stat. §§ 632.335.4, 632.005.9 y 632.350.5; Montana Code Ann. §§ 53-21-126.1 y 53-21-127.7; Nebraska Rev. Stat. §§ 433A.310.1 y 433A.115; New Hampshire Rev. Stat. Ann. §§ 135-C:34 y 135-C:27; New York Mental Hyg. Law §§ 9.31.c, 9.01 y 9.60.C; North Carolina Gen. Stat. §§ 122C-268.j, 122C-3.11, 122C-267.h, 122C-263.d.1 y 122C-271.a; North Dakota Cent. Code §§ 25-03.1-07 y 25-03.1-02.12; Ohio Rev. Code Ann. §§ 5122.15.C y 5122.01.B; Okla. Stat. Ann. Tit. 43A, §§ 1-103.13.a y 1-103.18; Or. Rev. Stat. § 426.005.1.d; 50 Pennsylvania Cons. Stat. Ann. §§ 7301A y 7304.f; Rhode Island Gen. Laws §§ 40.1-5-8.j, 10.1-5-2.7.i y 40.1-5-2.8; South Carolina Code Ann. §§ 44-17-580 y 44-23-10.1 y 2; South Dakota Codified Laws, §§ 27A-1-2 y 27A-1-1.4 y 5; Texas Health & Safety Code Ann. §§ 574.034 y 574.035; Utah Code Ann. §§ 62A-15-631.10, 62A-15-602.12 y 62A-15-602.13; Vermont Stat. Ann. Tit. 18, §§ 7611, 7101.16 y 7101.17; Virginia Code Ann. § 37.1-67.3; Washington Rev. Code Ann. §§ 71.05.240, 71.05.020.19, 71.05.020.14, 71.05.020.16 y 71.05.020.32; West Virginia Code, §§ 27-5-4.j y 27-1-12; Wisconsin Stat. Ann. §§ 51.20.1.a.1 y 51.201.a.2 y Wyoming Stat. Ann. §§ 25-10-110.j, 25-10-101.a.ix, 25-10-101.a.ii y 25-10-110.j.ii.

⁴ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: "Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud", XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Albacete, 21 de octubre de 2003, p. 39.

⁵ En estos Estados se regulan, eso sí, los internamientos psiquiátricos forzosos (de carácter civil): Connecticut Gen. Stat. Ann. §17-a-498c y 17a-495a; Maine Rev. Stat. Ann. Tit 34-B, § 3864A y § 3801.4; Maryland Code Ann., Health-Gen. § 10-632.e.2; Massachusetts Gen. Laws Ann. Ch. 123, § 8.a y § 1; Nevada Rev. Stat. § 433A.3.310.1 y 433 A.115; N.J. Stat. Ann. § 30:4-2.m, r, h, i; New Mexico Stat. Ann. § 43-1-11.c y 43-1-3.m y n y Tennessee. Code Ann. §33-6.501, respectivamente.

⁶ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, Winter, 2003, pp. 126-127.

⁷ Vid. Guía de la Ley Laura en la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/California/Guide-Lauras-Law-AB1421.htm>.

⁸ The Field Institute: "In Pursuit of Wellness, Vol. 4: A Survey of California Adults Regarding Their Health Practices and Interest in Health Promotion Programs", California Department of Mental Health, Mental Health Promotion Branch, 1984; WAHL, O.F.: "Public vs. Professional conceptions of schizophrenia", Journal of Community Psychology, Vol. 15, 1987, pp. 285-291; CLEMENTS, M.: "What We Say About Mental Illness", Prade Magazine, oct. 31, 1993, pp. 3-6; FRASER, M.E.: "Educating the public about mental illness: what will it take to get the job done", Innovations and Research, Vol. 3, 1994, pp.

zada. Frecuentemente los medios de comunicación han servido para incrementar tal percepción (así por ejemplo con motivo de atentados de enfermos mentales contra políticos⁹ o con ocasión de asesinatos múltiples¹⁰). También los organismos oficiales han detectado esta tendencia, al señalar un incremento de episodios violentos protagonizados por enfermos mentales de hasta un 250% entre 1950 y 1996 en Estados Unidos¹¹. Ello explica en buena medida el auge de la institución que aquí se trata. Ha de tenerse en cuenta, además, la disminución de la población psiquiátrica hospitalizada en Estados Unidos en las últimas décadas. Mientras en 1955 se hallaban ingresados en instituciones psiquiátricas 559.000 personas, en 1992 sólo lo estaban 83.320¹².

Centraré mi campo de análisis en el segundo de los modelos, el neoyorkino, probablemente sobre el que más se ha escrito.

1.1.1. La Ley Kendra.

Con anterioridad a la Ley Kendra en el Bellevue Hospital de Nueva York se inició, en 1994, la aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio (el *Bellevue Pilot Project*)¹³. Precisaba, para su aplicación, la concurrencia de los siguientes criterios: a) pacientes de más de 18 años, b) padecimiento de una enfermedad mental, c) juicio clínico de incapacidad del paciente de sobrevivir

con seguridad en comunidad sin supervisión, d) previa hospitalización en el Bellevue Hospital, e) historial de ausencia de cumplimientos con el tratamiento que hubiera requerido la hospitalización en al menos dos ocasiones en los últimos 18 meses, f) escasa probabilidad de que el paciente, a causa de su enfermedad mental, cumpla voluntariamente con el plan de tratamiento propuesto, g) indicación terapéutica del tratamiento ambulatorio forzoso a fin de prevenir recaídas o deterioros que pudieran provocar daños al propio paciente o a terceros, h) presunción de que el tratamiento ambulatorio forzoso sea beneficioso al paciente, e i) disposición y capacidad del hospital para proporcionar el tratamiento ambulatorio forzoso ordenado.

Tras la implantación de este Programa se llevaron a cabo dos estudios evaluadores que pusieron de relieve: por un lado, la inexistencia de una diferencia significativa en cuanto a tasas de rehospitalizaciones entre grupos de pacientes sometidos o no a órdenes judiciales de tratamiento ambulatorio forzoso – lo que hizo patente la relativa inefectividad de las resoluciones judiciales de imposición de tratamiento ambulatorio¹⁴ – y, por otro, la necesidad de una mejora de los servicios asistenciales¹⁵.

Posteriormente en Nueva York aconteció un drama que actuaría como revulsivo y centraría el interés de los medios de comunicación, pero también del legislador estatal. El 3 de enero de 1999 Andrew Goldstein, un esquizofrénico que no recibía tratamiento, empujó a una mujer al paso del metro, ocasionándole la muerte por decapitación¹⁶. En evitación de tragedias similares¹⁷ un

29-31; PESCOLIDO, B.A., MONAHAN, J., LINK, B.G. y otros: "The public's view of the competence dangerousness, and need for legal coercion of persons with mental health problems", *American Journal of Public Health*, Vol. 89, 1999, pp. 1339-1345.

⁹ ANGERMEYER, M.C., MATSCHINGER, H.: "Violent attacks on public figures by persons suffering from psychiatric disorders: their effects on the social distance towards the mentally ill", *European Archives of Psychiatry and Clinical Neuroscience*, Vol. 245, 1995, pp. 159-164. Analizan los autores dos agresiones padecidas por políticos alemanes.

¹⁰ Cfr. en este sentido el estudio hecho por el New York Times el 9-12.4.2000 que analizó 100 de estos casos de las últimas 5 décadas, apreciando que el 48% de ellos tenían alguna forma de diagnóstico psiquiátrico, a menudo esquizofrenia.

¹¹ U.S. Department of Health and Human Services: *Mental Health: A Report of the Surgeon General*, Rockville, Md.: U.S. Department of Health and Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Center for Mental Health Services, National Institutes of Health, National Institute of Mental Health, 1999.

¹² ATAY, J.E., WITKIN, M.J. y MANDERSCHIED, R.: *Addition and Resident Patients at End of Year, State and County Mental Hospitals by Aged and Diagnosis, by State, United States, 1992*, Rockville, Md. Center for Mental Health Services, 1992.

¹³ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?. How Kendra's Law erodes Fundamental Rights of the Mentally Ill", *Journal of Law and Policy*, 2002, pp. 325-329.

¹⁴ MORAN, Mark: "Coercion or Caring?", *American Medicine News*, 17.4.2000; accesible en la URL: http://www.ama-assn.org/sci-pubs/amnews/pick_00/hlsa0417.htm y RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: "The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States", 2001; disponible en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

¹⁵ POLICY RESEARCH ASSOCIATES, Inc.: "Final Report: Research Study of the New York City Involuntary Outpatient Commitment Pilot Program", 1998 y TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: "Report of the Bellevue Hospital Center Outpatient Commitment Pilot Program", de 19.2.1999. El Informe íntegro elaborado por los mencionados integrantes del Departamento de Psiquiatría del Bellevue Hospital de Nueva York (Telson era el Director del "Outpatient Commitment Pilot Program") en la URL: <http://www.psychlaws.org/MedicalResources/Bellevue%20Report%20%20web.htm>. Con acceso el 1 de junio de 2004.

¹⁶ El caso tuvo amplia resonancia en los medios de comunicación neoyorkinos: HABERMAN, Maggie et al: "Woman, 32, Is Pushed to

año después se aprobó una Ley, conocida precisamente con el nombre de la víctima de aquel suceso, Kendra Webdale. Es incuestionable la notable influencia que en este caso y en esta ley tuvieron los *media*¹⁸.

La Ley¹⁹ tiene por finalidad básica dar cobertura a los tribunales para dictar órdenes de tratamiento compulsivo para individuos que, padeciendo enfermedades mentales graves, no reúnan los criterios para un ingreso involuntario. Se pretende pues establecer un mecanismo preventivo del acto dañoso²⁰.

La Ley Kendra estructura un programa de Tratamiento Ambulatorio Asistido (*Assisted Outpatient Treatment*, AOT) que proporciona unos "servicios de supervisión" (*case management*, CM) y un "tratamiento comunitario asertivo" (*assertive community treatment*, ACT²¹) a los individuos que padezcan una enfermedad mental, a la vez que puede incluir otros servicios asistenciales autorizados por los tribunales que pueden consistir en: medicación; periódicos análisis de sangre u orina a fin de verificar el cumplimiento de las prescripciones médicas; terapia individual o grupal; programación diaria o parcial de actividades; actividades educativas y de formación profesional; verificación de consumo de alcohol o drogas; supervisión de actividades, y otros servi-

cios (§ 9.60.a.1 Mental Hygiene Law, en adelante MHL²²).

El *Assertive community treatment* es una modalidad de tratamiento que emplea un equipo que satisfaga la prestación de servicios, el tratamiento psiquiátrico en el medio comunitario, la rehabilitación y medidas de apoyo²³. El ACT se estructura en torno a un equipo interdisciplinario compuesto por 10-12 profesionales, gestores, psiquiatras, enfermeras y trabajadores sociales que cubre la asistencia 24 horas al día los siete días de la semana, garantizando un plan integral de tratamiento, continuidad del equipo asistencial y reducido número de pacientes a cargo (cada profesional atiende a 10 pacientes como máximo). La opinión doctrinal es claramente favorable al ACT en concurrencia con otras modalidades de tratamiento ambulatorio²⁴.

El *case management* es un método muy similar al ACT, si bien a diferencia de éste deriva a los pacientes a servicios oficiales, mientras que el ACT, por definición proporciona asistencia directamente a los pacientes en un medio comunitario y a través de un equipo multidisciplinario. El CM coordina el tratamiento y los cuidados en un medio comunitario. Abarca el desarrollo de planes asistenciales, demanda asistencial y el mantenimiento de la relación con los pacientes.

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

1. Que el paciente sea mayor de 18 años
2. Que padezca una enfermedad mental.
3. Que sea improbable que sobreviva con seguridad en sociedad sin supervisión clínica.
4. Que haya protagonizado una historia de falta de compromiso con el seguimiento del

Her Death in Subway Horror", New York Post, 4.1.1999, p. 4 y SANDERSON, Bill: "Horror on the Tracks: Woman Killed in Subway Nightmare, Pushed from Platform by Man who had 'Urge'", New York Post, 4.1.1999, p. 2.

¹⁷ El 15 de noviembre de 2001 tuvo lugar otro incidente similar cuando un enfermo mental, Jackson Roman, que había salido de un hospital psiquiátrico el mes anterior tras una estancia de un año, arrojó a la vía a otra mujer, Latchmie Ramsamy en la Gran Estación Central del Metro neoyorkino. Nuevamente los medios se hicieron eco de la noticia: JONES, Richard Lezin: "Suspect in Subway Attack Has a History of Violence", New York Times, 17.11.2001.

¹⁸ WINICK, Bruce J., KRESS, Ken y PERLIN, Michel L.: "Therapeutic Jurisprudence and Outpatient Commitment Law", *Psychology, Public Policy and Law*, March/June, 2003, p. 114.

¹⁹ En la URL: <http://www.psychlaws.org/StateActivity/NewYork/GuideKL.htm> está disponible una Guía de la Ley Kendra. Una visión general sobre sus primeros cuatro años de aplicación en NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH: "An Interim Report on the Status of Assisted Outpatient Treatment", New York, 1.1.2003.

²⁰ WATNICK, Ylissa L.: "A Constitutional Analysis of Kendra's Law: New York's Solution for Treatment of the Chronically Mentally Ill", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, 2001, p. 1192 y FLUG, Margo: "No Commitment...", op. cit.

²¹ Cfr. MORAN, Mark: op. cit.

²² En la URL: <http://www.psychlaws.org/LegalResources/StateLaws/NewYorkstatute.htm> es accesible la *Hygiene Mental Law* de Nueva York.

²³ Cfr. RIDGELY, M. Susan, BORUM, Randy y PETRILA, John: "The Effectiveness of Involuntary Outpatient Treatment: Empirical Evidence and the Experience of Eight States", 2001; disponible en la URL: <http://www.rand.org/publications/MR/MR1340/>. Con acceso el 29 de mayo de 2004.

²⁴ SCOTT, J.E. y DIXON, L.B.: "Assertive Community Treatment and Case Management for Schizophrenia", *Schizophrenia Bulletin*, Vol. 21, núm. 4, 1995, pp. 657-668.

tratamiento de su enfermedad mental. Lo que se traduce en que:

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

Los criterios aquí enumerados serían menos estrictos que los requeridos para la hospitalización involuntaria, la cual necesita además la concurrencia de peligrosidad o incompetencia²⁵.

En cuanto al requisito del cómputo en el historial de elusión del tratamiento (§ 9.60.c.4 MHL) en *In re Weinstock*, 723 N.Y.S.2d 617 (N.Y. Sup. Ct. 2001) se estableció que la falta de autocontrol de un paciente

²⁵ FLUG, Margo: "No Commitment...", op. cit., p. 107. En el mismo sentido se manifiesta WATNICK, Ylissa L.: "A Constitutional Analysis of Kendra's Law...", op. cit., pp. 1213-1214.

durante su ingreso en un establecimiento psiquiátrico es indicativa de una potencial conducta violenta en el medio externo, y por ello es "relevante a la hora de evaluar el potencial violento en comunidad". En consecuencia, la falta de compromiso con el tratamiento dentro de la institución psiquiátrica puede ser indicativa de la necesidad de aplicar un AOT. Se une esta resolución a lo ya establecido en *In re Dailey*, 185 Misc. 2d 506 (N.Y. Sup. Ct. 2000), cuando se señaló que la actual hospitalización sí puede ser computada como una de las dos hospitalizaciones a que hace referencia el citado § 9.60.c.4 MHL²⁶.

Ha de tenerse en cuenta que algunos criterios, como los establecidos en los apartados 3 y 5 evidentemente requieren un pronóstico que excede del ámbito de actuación del psiquiatra o del psicólogo²⁷.

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

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

²⁶ AMERICAN BAR ASSOCIATION: "Civil Commitment. Case Law Development", *Mental and Physical Disability Law Reporter*, may-jun. 2001, p. 340.

²⁷ TELSON, Howard, GLIDSTEIN, Richard y TRUJILLO, Manuel: "Report of the Bellevue...", op. cit.

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

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

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

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

prometiéndose además a prestar testimonio de todo ello en la audiencia referida.

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

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

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

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

Tras la audiencia:

- Si el tribunal considerara que no se reúnen los criterios de aplicación de AOT, se rechazará la solicitud (§ 9.60.j.1 MHL).
- Si el tribunal estimara que se reúnen los criterios de aplicación y no es factible una alternativa menos restrictiva, dictará orden de aplicación

del AOT por un período inicial que no excederá de 6 meses (§ 9.60.j.2 MHL).

- Si el tribunal concluyera que el paciente reúne los requisitos de aplicación del AOT, pero aún no se ha suministrado un Plan de Tratamiento, ordenará al director de los servicios comunitarios la elaboración de dicho Programa, en un plazo que no excederá de tres días.

La autorización judicial concernirá al Plan de Tratamiento propuesto, pudiendo ordenarse la administración de medicación psicotrópica, en régimen de autoadministración o por personal autorizado, a la vez que especificará el tipo de medicación psicotrópica (§ 9.60.j.4 MHL).

Si el Director de la institución hospitalaria en la que está gestionado el AOT considerara pertinente prolongar la asistencia al paciente, solicitará antes de la expiración de la primera autorización judicial una segunda orden autorizatoria de la continuación, por un tiempo que no exceda de un año. Ulteriores prolongaciones del tratamiento requieren que se cumplan los requisitos establecidos en el § 9.60.c.4.i y ii MHL (§ 9.60.k MHL).

Cualquiera de las resoluciones judiciales aquí indicadas pueden ser apeladas en la forma prescrita en el § 9.35 MHL (§ 9.60.m MHL).

En el caso que un paciente incumpla el Plan de Tratamiento, y tras los fallidos intentos del facultativo porque se comprometa a cumplirlo, éste podrá solicitar del director de la institución de seguimiento, la persona por él designada o alguno de los referidos en la § 9.37 MHL a que se proceda al ingreso hospitalario, pudiendo requerirse a estos efectos el concurso de oficiales de paz o de policía o de miembros de la oficina del sheriff para la custodia y traslado al hospital en donde esté implantado el AOT o a algún otro hospital autorizado a estos efectos por el Director de Servicios Comunitarios²⁸. El sujeto refractario al tratamiento podrá ser retenido para observación y tratamiento por un plazo que no exceda de 72 horas, estableciéndose por un facultativo si dicho

²⁸ Cfr. sobre el marco jurídico de la actuación policial en urgencias psiquiátricas en nuestro país: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Policía y urgencia psiquiátrica II: La responsabilidad por suicidio", Servicios de la Policía Municipal, Segunda época, Año V, núm 48, 2002, pp. 9-16 y "Urgencias psiquiátricas: marco jurídico de la actuación policial", Newsletter de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Edición V (Junio-julio 2003). Disponible en la URL: <http://www.psiquiatrialegal.org/archivo.htm>.

sujeto padece una enfermedad mental y precisa de internamiento involuntario más allá del referido plazo. De ser ello preciso se seguirá el procedimiento legalmente previsto para el ingreso involuntario. Por el contrario si se estimara que el sujeto no reúne los requisitos del ingreso involuntario y manifestara su desacuerdo con seguir ingresado, será liberado.

La normativa hasta aquí descrita entró el vigor el 8.11.1999 y dejará de estarlo, en principio, el 30 de junio de 2005.

El empleo de medicación psicotrópica afecta a los procesos mentales por lo que los tribunales y la doctrina norteamericanas han admitido que, en principio, la medicación psicotrópica forzosa infringe el interés protegido por la 1ª Enmienda de la Constitución que salvaguarda la integridad de los procesos mentales de toda interferencia gubernamental salvo que concurra un estado de necesidad²⁹, siendo por ello de aplicación la cláusula del debido proceso en materia de prueba ("evidencia clara y convincente" de la legitimidad de la intervención psiquiátrica forzosa)³⁰. Las limitaciones a una injustificada intervención psiquiátrica forzosa ya fueron consagradas en *O'Connor v. Donaldson* es donde se estableció que: "Un Estado constitucional no podía confinar sin más a un individuo no peligroso que fuera capaz de sobrevivir en libertad por sí mismo o con la ayuda de familiares y allegados"³¹.

El nudo gordiano del tratamiento ambulatorio forzoso se sitúa en la constitucionalidad, desde el principio de libertad, de esta medida restrictiva. Como afirma Winick³², el tratamiento psicofarmacológico impuesto sí afecta al derecho reconocido en sede constitucional que en principio tiene el paciente para rechazar el tratamien-

²⁹ En *Bee v. Greaves*, 744 F.2d 1387 (10th Cir. 1984) se afirma: "[t]he First Amendment protects communication of ideas, which itself implies protection of the capacity to produce ideas". En la doctrina WINICK, Bruce J.: "The right to refuse mental health treatment: A First Amendment perspective", University of Miami Law Review, Vol. 44, 1989, pp. 1-103 y WINICK, Bruce J.: The right to refuse mental health treatment, American Psychological Association, Washington DC, 1997, capítulos 5 y 15. Cfr. Igualmente "Developments in the Law, Civil Commitment of the Mentally Ill", Harvard Law Review, Vol. 87, 1974, pp. 1191 y ss.

³⁰ BRAKEL, S.J., PARRY, J. y WEINER, B.: The Mentally Disabled and the Law, 3ª edic., 1985, pp. 66-71.

³¹ *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563 (1975), cita en p. 576.

³² WINICK, Bruce J.: "Outpatient Commitment...", op. cit., p. 114.

to³³. Para que sea legítima la intervención coercitiva que el tratamiento ambulatorio forzoso comporta, es preciso que la medicación psicotrópica involuntaria sea administrada en caso de necesidad, salvo el supuesto de la administración carcelaria en el que se requiere un menor estándar de exigencia³⁴. Distintos son los fundamentos de una eventual intervención coactiva³⁵:

- Si la intervención se fundamenta en el poder de policía, es decir en la facultad de prevenir los atentados al orden social, será preciso demostrar que efectivamente el sujeto es peligroso, que el riesgo de daño es inminente y que la administración de psicofármacos es el medio menos lesivo de los posibles³⁶.
- Si el fundamento se busca en la facultad *parens patriae*, será en este caso preciso demostrar que el individuo concernido es efectivamente incompetente para adoptar una propia decisión sobre su tratamiento, que la medicación prescrita es la adecuada y que en su mejor interés no existe otra alternativa menos restrictiva para prevenir un eventual daño.

El tratamiento ambulatorio forzoso puede aplicarse incluso a aquellos pacientes que reúnan los criterios para la aplicación de un internamiento forzoso, aunque deberá satisfacer el mismo escrutinio de constitucionalidad que el internamiento involuntario y la administración forzosa de tratamientos psiquiátricos³⁷. De no satisfacerse el estricto estándar que aquí se señala, podría hablarse de un daño injustificado a la privacidad corporal, a la integridad mental y a la autonomía individual, todo lo cual constituiría una vulneración de derechos constituciona-

les³⁸. Recuérdese el derecho que, en principio tienen los pacientes ambulatorios a rechazar un tratamiento³⁹.

Indudablemente uno de los principales problemas que plantea el tratamiento ambulatorio forzoso son las dificultades para establecer con una cierta exactitud un pronóstico sobre el futuro comportamiento del paciente en relación a su seguimiento de la medicación, posibles descompensaciones graves de no ser tratado, la capacidad del paciente para reasumir la necesidad de tratamiento ante el advenimiento de síntomas graves o, en general, la peligrosidad del paciente⁴⁰.

De lo que no parece que quepa albergar dudas es sobre el hecho de que la Ley Kendra hace más fácil el internamiento de enfermos mentales que se resisten al tratamiento y "ha relajado el estándar para el tratamiento involuntario"⁴¹.

La Ley Kendra ha sido cuestionada ante algunos órganos jurisdiccionales⁴². En el caso *Urcuyo*⁴³ se planteó la eventual violación de la cláusula del debido proceso (*Due Process Clause*) garantizada por las Constituciones estatal neoyorkina y federal norteamericana. Sin embargo, el tribunal, basándose en el hecho de que los pacientes tienen garantizado su activa participación en el Plan Terapéutico, declaró que la Ley Kendra no violaba tal derecho constitucional. Es más, se afirmó también que la Ley Kendra ni imponía un tratamiento médico forzoso ni tampoco medidas punitivas en caso de incumplimiento del Plan; todo lo más dejaba en manos del médico la posibilidad de proceder a la hospitalización.

³³ Cfr ampliamente WINICK, Bruce J.: *The right to refuse...*, op. cit.

³⁴ *Washington v. Harper*, 494 U. S. 210 (1990).

³⁵ Ampliamente desarrollado en los capítulos 15 y 16 de WINICK, Bruce J.: *The right to refuse mental health treatment*, op. cit.

³⁶ STEFAN, S.: "Preventive Commitment: The concept and its pitfalls", *Mental & Physical Disability Law Reporter*, Vol. 11, núm. 1987, pp. 288-296.

³⁷ WINICK, Bruce J.: "Outpatient Commitment...", op. cit., p. 114.

³⁸ Así lo defiende WINICK, Bruce J.: *The right to refuse mental health treatment*, op. cit.

³⁹ GEISELMAN, B.: "Informed refusal: the patient's influence on long-term treatment", *Pharmacopsychiatry*, Vol. 27 (Supp.), 1994, pp. 58-62.

⁴⁰ Las dificultades que plantea tal juicio pronóstico y la aparición de nuevos instrumentos de evaluación de riesgos que por el contrario incrementan la capacidad predictiva sobre la peligrosidad del sujeto en WINICK, Bruce J.: "Applying the law therapeutically in domestic violence cases", *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 69, 2000, pp. 33-91.

⁴¹ WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 y FLUG, Margo: "No Commitment...", op. cit., p. 107, respectivamente.

⁴² O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?..", op. cit., pp. 334-336.

⁴³ In re *Urcuyo*, 714 N.Y.S. 2d 862, 865-870 (N.Y. Sup. Ct. 2000).

Posteriormente en el caso *Martin*⁴⁴ volvió a cuestionarse la constitucionalidad de la Ley mencionada. Los demandantes afirmaron que el respeto al derecho al debido proceso y a una igual protección requieren demostrar la incapacidad del sujeto antes de proceder a implantar un tratamiento involuntario. El tribunal nuevamente confirmó la constitucionalidad de la Ley Kendra al hacer notar que en el marco de la misma se invitaba al paciente a participar en la formulación del Plan Terapéutico, no imponiéndosele la medicación forzosa o el tratamiento en caso de incumplimiento de aquel, ya que solo amparaba que en base a la prescripción facultativa se procediera, en su caso, a la rehospitalización, que en modo alguno era automática.

Frente a estas resoluciones se hace necesario indicar que en la práctica la Ley Kendra puede ser menos protectora de los intereses individuales y además ningún tribunal ha definido el significado de lo que ha de entenderse por nivel de participación suficiente a fin de proteger el *due process*. Además, se ha tachado igualmente de inconstitucional la Ley Kendra por otro tipo de motivos, como el alto grado de discrecionalidad judicial en las solicitudes de revisión⁴⁵.

Veamos a continuación algunos de los cuestionamientos de la Ley Kendra en sede de los derechos del paciente⁴⁶:

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

⁴⁴ In re *Martin*, *N.Y.L.J.*, Jan. 9, 2001, p. 31 (*N.Y. Sup. Ct. Jan. 8, 2001*).

⁴⁵ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., pp. 337-338.

⁴⁶ O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., pp. 339 y ss.

- En cuanto al derecho a determinar el curso del propio tratamiento, los tribunales neoyorkinos vienen reconociendo que el adulto tiene derecho a decidir lo que se haga con su cuerpo, y en consecuencia, a determinar el curso del propio tratamiento. La Ley Kendra en tal sentido vulneraría dicho derecho al permitir la hospitalización del paciente refractario al tratamiento, y además admite recabar apoyo policial para ello. Y debido a que el derecho a rechazar el tratamiento es quizás la última expresión de la autonomía del enfermo mental, tal vez hubiera de quedar mejor protegido. Téngase en cuenta en este sentido que en el caso *Rives v. Katz*⁴⁷ se estableció que el Estado puede proceder a la administración medicación forzosa a pesar de las objeciones que lleve a cabo el paciente solo cuando éste presente un peligro propio o ajeno o cuando el sujeto concernido no posea capacidad para decidir por sí mismo. Por ello, "la cláusula del debido proceso de la Constitución del Estado de Nueva York, otorga a los pacientes involuntariamente ingresados el derecho fundamental a rechazar medicación antipsicótica"⁴⁸, lo que implica que el tribunal deba realizar una evaluación de la incompetencia o peligrosidad del paciente antes de permitir la medicación forzosa. Bien entendido, que el hecho de que el paciente rechace la medicación no conlleva, *per se*, que pueda calificarse de incompetente. Los tribunales⁴⁹, y también la doctrina,⁵⁰ han confirmado que los pacientes mentales pueden actuar competentemente.
- En lo que al derecho a la confidencialidad médica concierne se ha tachado a la Ley Kendra de infringir la misma desde el momento en que se

⁴⁷ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337 (N.Y., 1986).

⁴⁸ *Rives v Katz*, 495 N.E. 2d 337, 492 (N.Y., 1986).

⁴⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *In re Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), cert. Denid., 429 U.S. 922 (1976); *Cruzan v. Director, Missouri Dept. of Health*, 497 U.S. 261 (1990) y *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990).

⁵⁰ BROOKS, William M.: "A Comparison of a Mentally Ill Individual's Right to Refuse Medication under the United States and the New York State Constitution", *Touro Law Review*, Vol. 8, núm. 1, 1991 y WINICK, Bruce, J.: "The MacArthur Treatment Competence Study: Legal and Therapeutic Implications", *Psychol. Pub. Pol. y Law*, Vol. 2, núm. 137, 1996.

permite el testimonio de los facultativos asistenciales en las audiencias judiciales. En este sentido se ha afirmado que el privilegio terapéutico debiera impedir a los médicos asistenciales prestar testimonio ante los tribunales. Al respecto ha habido diversos pronunciamientos: en *Amin v. Rose F.*⁵¹ se concluyó que el privilegio no era aplicable en las audiencias del *Assisted Outpatient Treatment*; en *In re Sullivan*⁵², sin embargo, se limitó el testimonio de un médico, concretamente señaló la existencia de una distinción entre hechos e informaciones, extendiéndose el privilegio terapéutico solo a las segundas. El problema estaría en que distinguir "hechos" e "informaciones" no siempre es fácil⁵³.

1.2. Otras alternativas a la hospitalización.

El tratamiento ambulatorio involuntario puede adoptar tres formas:

-La liberación condicional del paciente hospitalizado⁵⁴. En esta modalidad se condiciona la deshospitalización al cumplimiento del plan de tratamiento. Son por tanto el hospital o el médico quienes generalmente sin intervención judicial alguna, señalan los términos del compromiso. Si se diera el incumplimiento por parte del paciente el médico procedería a la rehospitalización si lo considerara oportuno. Junto a Nueva York (§ 29.15 MHL) son muchos los Estados que admiten esta modalidad⁵⁵. El tipo de compromiso que efectúa el paciente en la *conditional release* obedece a un esquema muy similar a la libertad condicional del medio penitenciario. Precisamente en el Estado de

Nueva York dos resoluciones judiciales referentes a dicho medio⁵⁶ han confirmado que aunque se produzca una remisión del cuadro psiquiátrico e incluso el paciente no lleve a cabo actos violentos, un profesional de la salud mental puede decidir que el sujeto es aún enfermo y peligroso, lo que justificaría la aplicación de la *conditional release*⁵⁷.

-El tratamiento ambulatorio como medida menos restrictiva que la hospitalización⁵⁸. Tiene lugar cuando, tras comprobar que se reúnen los criterios para una hospitalización el tribunal discrecionalmente autoriza el tratamiento ambulatorio como alternativa menos restrictiva a aquella. Numerosos Estados –no así el de Nueva York– admiten esta modalidad⁵⁹.

-La intervención preventiva. A esta última modalidad pertenece la Ley Kendra. Esta modalidad de tratamiento no requiere la concurrencia de peligrosidad a fin de ordenar la intervención más significativa: la medicación forzosa. Para parte de la doctrina esta modalidad no es sino una reacción frente al auge de las posiciones sobre autonomía del paciente mental de las dos últimas décadas, constituyendo una mera forma de intimidación judicial⁶⁰.

⁵¹ *Amin v. Rose F.*, *N.Y.L.J.*, Dec. 7, 2000, p. 31.

⁵² *In re Sullivan*, 710 *N.Y.S. 2d* 804, 805 (*N.Y. Sup. Ct.* 2000).

⁵³ Cfr. sobre la necesidad de evitar la dualidad asistencial-pericial mi trabajo: BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Imparcialidad y objetividad del perito psiquiatra", *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 248, 2000, pp. 9-43.

⁵⁴ Cfr. HINDS, Jillane T.: "Involuntary Outpatient Commitment for the Chronically Mentally Ill", *Nebraska Law Review*, Vol. 69, 1990, pp. 356-358.

⁵⁵ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., p. 320, nota 29.

⁵⁶ In the Matter of George, 85 *N.Y. 2d* 295, 624 *N.Y.S.2d* 99 (1995) y In the Matter of Francis S., 206 *A.D.2d* 4, 618 *N.Y.S.2d* 660 (1st Dep't 1994).

⁵⁷ Sobre el grado de vigencia actual de esta institución vid. STAVIS, Paul F.: "Conditional discharge: A Very Old Idea Whose Time Has Returned", *Quality of Care Newsletter*, Issue 63, April-May 1995.

⁵⁸ Cfr. McCAFFERTY, Geraldine A. y DOOLEY, Jeanne: "Involuntary Outpatient Commitment: An Update", *Mental and Physical Disability Law Reporter*, Vol. 14, 1990, pp. 279-280.

⁵⁹ Vid. O'CONNOR, Erin: "Is Kendra's Law a Keeper?...", op. cit., p. 320, nota 31.

⁶⁰ WISOR, Ronald L.: "Community Care, Competition, and Coercion: A Legal Perspective on Privatized Mental Health Care", *American Journal Law & Medicine*, Vol. 19, 1993, pp. 166 y 171.

2. Otras regulaciones foráneas.

Otros países también conocen figuras de tratamiento ambulatorio forzoso. Del Rosal y Ferreirós⁶¹ dan cuenta de algunos de ellos:

- Canadá, en donde se recogen regulaciones sobre *community treatment orders* en cuatro provincias (Saskatchewan, Columbia Británica, Manitoba y Ontario).
- Nueva Zelanda, que incluye una regulación de *Compulsory treatment orders* y *Community treatment orders*, en su *Mental Health Act* de 1992 (reformada en 1999).
- Australia en donde varias regiones presentan regulaciones similares. Así, Sur de Australia (*Mental Health Act* de 1993. Principalmente los artículos 20 y ss.), Oeste de Australia (*Mental Health Act* de 1996, artículos 65 y ss.), Queensland (*Mental Health Act* 2000, principalmente artículos 109.2.b y 117), Nueva Gales del Sur (*Mental Health Act 1990*, artículos 131 y ss.) o para la Capital (*Mental Health [Treatment and Care] Act* de 1994, artículos 26.2 y ss.)⁶².
- Alemania, el artículo 70k de la *Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit*⁶³.
- En Francia, el vigente artículo L. 3211-11 del *Code de la santé publique* recoge una forma de suspensión condicionada del internamiento y la Sentencia de 21 de enero de 1992 de la *Cour de Cassation* no ha manifestado oposición a la posibilidad de aplicar, en el Derecho francés, condicionamientos a la salida, fundados en la aplica-

ción del principio *qui peut le plus peut le moins*.

- En el Reino Unido la *Mental Health Act* de 1959 (artículo 26) recogía fórmulas de suspensión condicionada del internamiento. Posteriormente la *Mental Health (Patients in the Community) Act* de 1995⁶⁴ introdujo una nueva forma de control en la comunidad, la *after care under supervision*. La reforma fue patrocinada por el propio Colegio de Psiquiatras que exigían mayores poderes para el control de los enfermos dado que la necesaria medicación sólo podía administrarse si el paciente era hospitalizado conforme al tenor de la ley. La reforma añade al artículo 25 de la Ley especificaciones que permiten a las autoridades locales utilizar poderes de compulsión en los casos de tratamiento en la comunidad sometidos al artículo 117 similares a los de la *guardianship* pero con el importante añadido de facultar al transporte (*conveyance*). Sin embargo, su uso ha sido poco frecuente debido a que adolece de las mismas deficiencias de la *guardianship*, no existe poder para detener propiamente dicho y no existen estadios intermedios entre detención y retención. El Libro Blanco para la reforma de la ley (1998) parece que tiende a desarrollar mayores poderes en este sentido⁶⁵, existiendo muchas voces que intentan adoptar en Inglaterra el modelo de las *Community Treatment Orders* propio de EE.UU. En la actualidad se ha publicado un borrador de proyecto de ley (*draft Mental Health bill* de junio de 2002) conteniendo especificaciones sobre este tipo de disposiciones.
- En Italia el art. 34 de la Ley del Servicio Sanitario Nacional prevé la posibilidad de tratamiento obligatorio ambulatorio. El tratamiento extrahospitalario es impuesto por el Alcalde (mediante orden), previa propuesta motivada de un médico que funde o motive

⁶¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y FERREIRÓS MARCO, Carlos: "Los derechos del enfermo mental como usuario del Sistema Nacional de Salud", XVIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Albacete, 21 de octubre de 2003, pp. 38-42.

⁶² Una amplia referencia sobre el estado de la cuestión en Australia puede verse en el informe *Office of the Chief Psychiatrist: "Community treatment orders. A review"*, December 2001. Está disponible en la URL: http://www.health.wa.gov.au/mhareview/resources/documents/A_Review_of_CTOs_T_Rolfe.pdf

⁶³ Ley sobre los Asuntos de la Jurisdicción Voluntaria.

⁶⁴ Entró en vigor el 1 de abril de 1996.

⁶⁵ BARLETT, Peter y SANDLAND, Ralph, *Mental Health Law. Policy and Practice*, Blackstone Press Limited, London, 1999, páginas 323 a 338.

la necesidad de tal tratamiento, debiendo respetarse la dignidad de la persona y sus derechos civiles y políticos (es de aplicación, en suma, el procedimiento común para la adopción de tratamientos sanitarios obligatorios del art. 33 LSSN). La reforma psiquiátrica italiana de 1978 supuso una auténtica revolución al poner el acento, precisamente, en la atención extrahospitalaria⁶⁶.

Igual sucede en Israel⁶⁷, país sobre el que me extenderé brevemente por el interés que tuvo una decisión en relación con la discrecionalidad psiquiátrica en esta materia y la necesidad de control judicial. Junto al internamiento involuntario, la Ley de Tratamiento de los Enfermos Mentales, S.H. núm. 1339, 1991, contempla el tratamiento ambulatorio forzoso, como alternativa a la hospitalización involuntaria en la Sec. 11 a y b. El sometimiento a tal tipo de tratamiento puede suponer una condición necesaria para la liberación del paciente.

La orden de tratamiento ambulatorio forzoso es por un período de seis meses, y podría prorrogarse por otros seis meses más por el psiquiatra de distrito (Secc. 11 b y c). Ahora bien, este último tiene potestad para proceder automáticamente a la hospitalización si el paciente incumple las prescripciones. Ninguna audiencia se celebra, ni ningún tribunal revisa la decisión.

En el caso *Valinchik v. Tel Aviv District Psychiatrist*⁶⁸ se trató el caso de una mujer sometida a procedimiento penal. El Tribunal, en base al informe del Psiquiatra de Distrito, llegó a la conclusión de que se trataba de una enferma mental que no reunía criterios para ser juzgada, y como entendió que no comportaba un peligro para sí misma o para otros estableció que pudiera ser de aplicación el tratamiento forzoso ambulatorio (Sec. 15 b). La mujer rechazó posteriormente seguir el trata-

miento y el Psiquiatra de Distrito ordenó su ingreso en una institución hospitalaria (Sec. 15 e). La decisión del Psiquiatra fue apelada ante el Tribunal de Distrito, el cual resolvió que la paciente no podía presentar la apelación. No obstante la mujer recurrió ante el Tribunal Supremo el cual hizo las siguientes consideraciones:

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

Puede verse en definitiva, la amplia difusión que ha ido alcanzado el "tratamiento ambulatorio forzoso", en sus diversas modalidades que son una manifestación del traslado del eje de intervención sobre el enfermo mental desde el hospital hasta la comunidad⁶⁹ y que ha podido materializarse en buena medida por la introducción de nuevos instrumentos terapéuticos, cual fue el caso de la medicación psicotrópica a mediados de los cincuenta⁷⁰.

⁶⁶ COBREROS MENDAZONA, Edorta: "Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales", Revista de Administración Pública, núm. 94, Ene.-Abr., 1981, pp. 142 y ss.

⁶⁷ Cfr. BAR-EL C., DURST, R., RABINOWITZ, J. y otros: "Implementation of the order of compulsory ambulatory treatment in Jerusalem", *International Journal of Law and Psychiatry*, Vol. 21, 1998, pp. 65-71 y DURST, Rimona, TEITELBAUM, Alexander, BAL-EL, Yair, SHLAFMAN, Michael y GINATH, Yigal: "Evaluation of Compulsory Ambulatory Treatment in Israel", *Psychiatric Services*, Vol. 50, 1999, pp. 698-700.

⁶⁸ Capp 2060/97 Valinckik v. Tel Aviv District Psychiatrist, *IsrSC* 52 (1) 697 (11.3.98).

⁶⁹ KLERMAN, G.: "National trends in hospitalization", *Hospital & Community Psychiatry*, Vol. 30, 1979, pp. 110-113.

⁷⁰ WINICK, Bruce J.: "Outpatient Commitment...", op. cit., pp. 107-108.

3. La situación en España:

3.1. Propuestas de regulación.

En España, por supuesto también se han producido casos de violencia protagonizados por enfermos mentales, en los que pudiera ponerse en cuestión el funcionamiento de la red asistencial. Baste la cita de dos, especialmente representativos: el primero por el número de víctimas y el segundo por el *modus operandi* (similar al caso Kendra).

El caso de G.E. alcanzó gran notoriedad por el largo historial criminal. Entre agosto de 1987 y septiembre de 1993 cometió 10 asesinatos consumados y uno frustrado. El llamado “asesino de los mendigos” –todas sus víctimas lo eran-, como se declara probado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 1ª de 27.2.1996: “Desde el año 1980 presentaba una actividad delirante y alucinatoria, con alucinaciones auditivas, creyendo oír voces imperativas que le dicen lo que tiene que hacer, como matar”. Tenía antecedentes penales y había sido “diagnosticado desde hace años como psicótico en los hospitales psiquiátricos por los que ha pasado”. Era por ello un buen conocido de la red asistencial social y sanitaria. Y sin embargo tuvieron que pasar seis años hasta que fue identificado.

En el caso de C.H., que padecía un “síndrome orgánico depresivo” y una “incipiente demencia” los hechos recuerdan lo acontecido a Kendra Webdale. El 28 de agosto de 1991 “movido por un irrefrenable impulso de causar un mal a terceras personas, se dirigió a la estación del Metro de Gran Vía y llegado al andén de la línea I, en dirección a Portazgo, se situó detrás de M.A., a quien no conocía, y el que, al igual que otros viajeros, se encontraba en [el] meritado andén próximo a su borde”. Pasados unos minutos “extendió los brazos, apoyó las manos en la espalda [de M.A.] y le dio un fuerte empujón, arrojándole a la vía cuando el tren estaba a punto de llegar a su altura”. Ello costaría a la víctima “la amputación de la pierna izquierda a la altura del tercio medio, así como de la mitad de su pie derecho” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 1ª, 15.10.1992).

Estamos ante casos en los que cabe preguntarse qué asistencia previa han tenido los enfermos mentales causantes de dichas desgracias, ya que está acreditada científicamente la mayor probabilidad de comisión de actos violentos de pacientes con trastornos psiquiátricos seve-

ros inadecuadamente tratados o simplemente no tratados⁷¹.

Sin embargo, en nuestro país, a diferencia de Estados Unidos en que –especialmente en el caso de Nueva York- un acontecimiento de fuerte impacto mediático ha generado un movimiento legislativo o de Alemania donde otro tanto ha sucedido cuando las víctimas han sido conocidos personajes públicos, la iniciativa de una propuesta legislativa sobre tratamientos ambulatorios forzosos ha tenido otros orígenes: fundamentalmente las asociaciones de familiares de enfermos mentales. Las propuestas de estas no tienen precedentes normativos ya que los permisos de ensayo o licencias temporales a que aludía el art. 30 del Decreto de 1931 solo guardan un parentesco lejano con el moderno tratamiento ambulatorio forzoso. En realidad representarían el modelo inverso en el que la hospitalización era la norma y el permiso la excepción, en lugar de ser la vida en comunidad la regla general y la hospitalización la excepción, en caso de incumplimiento del programa de tratamiento.

En el marco de los trabajos emprendidos por la FEAFES (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales)⁷² y el CEIFEM (Centro Español de Información y Formación sobre la Enfermedad Mental” fue elaborada una propuesta de incorporación de un nuevo número, el 5, al vigente art. 763 LEC que rezaría así:

“5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del especialista, audien-

⁷¹ Cfr. en los últimos años los trabajos de: KASPER, J.A., HOGE, S.K., FEUCHT-HAVIAR, t. y otros: “Prospective study of patients’s refusal of antipsychotic medication under a physician discretion review procedure”, American Journal of Psychiatry, Vol. 154, 1997, pp. 483-489; SWANSON, J., ESTROFF, S., SWARTZ, M. y otros: “Violence and severe mental disorder in clinical and community populations: the effects of psychotic symptoms, comorbidity, and lack of treatment”, Psychiatry, Vol. 60, 1997, pp. 1-22; TAYLOR, P.J., LEESE, M., WILLIAMS, D. y otros: “Mental disorder and violence”, British Journal of Psychiatry, Vol. 172, 1998, pp. 218-226; SWARTZ, M.S., SWANSON, J.W., HIDAY, V.A. y otros: “Violence and severe mental illness: the effects of substance abuse and nonadherence to medication”, American Journal of Psychiatry, Vol. 155, 1998, pp. 226-231; ARANGO, C., BARBA, A.C., GONZÁLEZ-SALVADOR, T. y otros: “Violence in inpatients with schizophrenia: a prospective study”, Schizophrenia Bulletin, Vol. 25, 1999, pp. 493-503.

⁷² Asociación que ya venía mostrando su apoyo a medidas de tratamiento forzoso; Vid. “El tratamiento psiquiátrico obligatorio”, Encuentro, Boletín de la FEAFES, núm. 1, 1998.

cia 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 meses⁷³.

Como consecuencia de la propuesta de incorporación anterior, se propuso igualmente que el título del art. 763 LEC rezara: "Tratamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico".

En la práctica, según dio cuenta Nuria López, Fiscal de Incapacidades de Madrid, en dicha Comunidad Autónoma se vienen aplicando tratamientos ambulatorios forzosos, supeditando el alta del paciente al cumplimiento de dicho tratamiento⁷³. Y otro tanto sucede en San Sebastián, según recoge el Informe-Propuesta de FEAFES-CEIFEM. En ambos casos se hace una interpretación amplia del art. 5 del Convenio de Oviedo que habla de "intervención" y no sólo de "ingreso". Además, en algunos foros se ha planteado la necesidad de implantar esta figura en España⁷⁴.

3.2. Principios reguladores de lege ferenda.

Una futura regulación del tratamiento ambulatorio forzoso debe basarse en unos principios inspiradores que combinen el respeto a los derechos del paciente y la eficacia terapéutica. El Informe-Propuesta de Reforma Legislativa sobre Tratamiento Ambulatorio Involuntario de FEAFES-CEIFEM (2003-2004) hizo una propuesta de principios mínimos en este sentido. Por mi parte, y con ocasión de abordar la descripción del Estudio EUNOMIA y del uso de medios coercitivos en la práctica asistencial hospitalaria psiquiátrica, hice otro tanto⁷⁵.

⁷³ Diario Médico, 28.6.1999, que recoge información sobre una Jornada de Debate sobre Derecho Sanitario organizada por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad.

⁷⁴ Así en el VII Congreso Nacional de Psiquiatría, octubre 2003. Lo defendió entre otros el Presidente de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense Leopoldo Ortega-Monasterio.

⁷⁵ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", Derecho y Salud, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.

Una reelaboración de esta última propuesta, teniendo a la vista la enunciada por el Informe-Propuesta citado daría como resultado el siguiente elenco de principios:

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

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

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

La equiparación en materia de derechos humanos ha sido incluida además en el art. 4 de la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental⁷⁶.

2.- Principio de legalidad.

⁷⁶ Adoptada por vez primera el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales, en el transcurso del 40 Aniversario de la Federación, en Luxor (Egipto) fue ratificada por el Consejo de Administración de la Federación Mundial de la Salud Mental el 26 de agosto de 1989, con ocasión de su Congreso Mundial Bienal de la Salud Mental, celebrado en Auckland, Nueva Zelanda.

Como ya he señalado en otro lugar *in extenso*⁷⁷ y luego volveré a insistir, el empleo de cualquier medio o medida coercitiva en psiquiatría requiere una previa habilitación legal que entiendo ha de tener rango orgánico.

3.- Principio de necesidad.

La llamada “indicación terapéutica” alude a la necesaria concurrencia del hecho clínico y la idoneidad subjetiva para la aplicación del tratamiento forzoso. Ello requiere una evaluación previa por parte de sanitarios ya que el fin es precisamente y en todo caso “sanitario”⁷⁸ (10.2 Principios ONU). Tal evaluación deberá hacerse “con arreglo a las normas médicas aceptadas internacionalmente” (4.1 Principios ONU).

Ello tiene necesariamente que ver con el beneficio directo del paciente; este es precisamente el destinatario del programa, debiendo quedar relegados a un segundo término las consecuencias colaterales que proporciona el mismo, por benéficas que puedan ser socialmente (orden y seguridad). Es decir, “la medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros” (10.1 Principios ONU). En definitiva, siempre ha de estar presente el servicio a “los supremos intereses del paciente” (apartado 1, Declaración de Hawai, 1977, revisada en 1983).

4.- Principio de congruencia.

En general, el tratamiento sanitario ha de ser proporcional y razonable en relación a los medios disponibles y a la finalidad (siempre sanitaria recuérdese) que se pretende⁷⁹. Es preciso examinar, por una parte, la gravedad del peligro/desorden y, por otra, el valor jurídico del bien (libertad) que se limita⁸⁰.

5.- Principio de prohibición de exceso.

⁷⁷ BARRIOS FLORES, Luis Fernando: “Uso de medios coercitivos en Psiquiatría...”, op. cit., pp. 156-158.

⁷⁸ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: “Notas...”, op. cit., p. 65.

⁷⁹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, HAAE/IVAP, Oñati, 1988, p. 362.

⁸⁰ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: *La coacción administrativa directa, Instituto Vasco de Administración Pública-Civitas, Madrid, 1990, p. 384.*

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) debe optarse por el que cause menor daño, origine menos molestias y afecte de la manera menos intensa la libertad del paciente. O lo que es lo mismo: han de agotarse los medios “menos incisivos”, menos intensos⁸¹.

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

6.- Principio de temporalidad y programación.

La aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso ha de tener una limitación temporal –cual sucede con los internamientos involuntarios, art. 8.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa-, y ello sin perjuicio de las prórrogas o reaplicaciones futuras que sean menester. Pero, a diferencia del uso de otros medios coercitivos –singularmente contención y aislamiento- el tratamiento ambulatorio forzoso no precisa la concurrencia en el momento actual de un peligro de daño grave para sí, para terceros o incluso para bienes. No es preciso que el peligro de daño sea “inminente”⁸², pues no estamos ante un supuesto de aplicación “inmediata”, que justificaría la intervención psiquiátrica sin consentimiento por motivo de urgencia (8.1 Principios ONU, 8 del Convenio de Oviedo y 9.2.b Ley 41/2002).

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

⁸¹ AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: op. cit., pp. 382-383.

⁸² Cfr. AGIRREAZCUÉNAGA, Iñaki: op. cit., pp. 327-332.

La revisibilidad del programa está en sintonía con prescripciones contenidas tanto en la Declaración de Derechos de los Minusválidos aprobada por la Resolución 3447 de la ONU, de 9 de diciembre de 1975 como – por incorporación de ésta- en el art. 2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. El documento de la Organización Mundial de la Salud sobre salud mental de 2001 hace referencia también a la necesidad de acotar temporalmente cada intervención en salud mental y de evaluar periódicamente la misma ⁸³.

Obviamente, y también por ser consecuencia del principio de necesidad/indicación terapéutica, el tratamiento ha de basar en "un plan prescrito individualmente" (9.2 Principios ONU). La individualización, con todo lo que ello comporta en el plano de respeto de valores propios, de singularización de las preferencias personales y características subjetivas del paciente y circundantes a él, deviene inevitable.

7.- Principio de idoneidad de medios.

Los medios materiales y los recursos personales que intervienen en la aplicación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso han de ser los idóneos, lo que remite al plano de la adecuación de los medios y recursos personales y materiales disponibles y aplicables. Precisamente aquí en particular, y también cuando se trata de la asistencia psiquiátrica en general, se encuentra el punto doliente del sistema de cobertura: la insuficiencia de medios de la red asistencial en salud mental.

El paciente inserto en un programa de tratamiento ambulatorio forzoso tiene derecho a la mejor atención disponible (1.1 Principios ONU) quedando proscrito el uso abusivo de fármacos ⁸⁴.

8.- Principio de asistencia y cuidado.

El cuidado enfermero, la asistencia social y la evaluación facultativa periódica devienen inevitables cuando

⁸³ WORLD HEALTH ORGANIZATION: "Informe sobre la Salud en el Mundo 2001. Salud mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas", Ginebra, 2001. Está disponible en la URL: http://www.who.int/whr2001/2001/main/sp/pdf/overview_sp.pdf

⁸⁴ Cfr. Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre el Uso y Abuso de Medicamentos Psicotrópicos, adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Tokio (Japón) octubre 1975 y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial de Venecia (Italia), octubre 1983.

de implantación de un medio o medida coercitivo se trata.

Esta asistencia y cuidado ha de estar presidida por la equiparación con los demás enfermos (8.1 Principios ONU). Lo que a su vez comporta asumir que el paciente mental también tiene derecho a ser tratado con humanidad (1.2 Principios ONU) y a que se respeten "las normas éticas pertinentes de los profesionales de salud mental" (9.3 Principios ONU) ⁸⁵.

9.- Principio de documentación de actuaciones.

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

Estamos ante actuaciones sanitarias que, como cualquier otra, debe documentarse (art. 2.6 Ley 41/2002), lo que se explicita en el caso de tratamientos psiquiátricos (10.2 y 11.10 Principios ONU).

10.- Principio de participación.

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

⁸⁵ Ha de tenerse en cuenta especial el contenido de la Declaración de Hawai, Versión aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Psiquiatría en Viena (Austria), Junio 1983; de la Proposición y Puntos de Vista de la AMP sobre los Derechos y la Protección Legal de los Enfermos Mentales, adoptada por la Asamblea General de la AMP en Atenas (Grecia), 17 de Octubre, 1989; de la Declaración de la Asociación Médica Mundial Sobre los Problemas Éticos de Pacientes con Enfermedades Mentales, adoptada por la 47ª Asamblea General de Bali (Indonesia), Septiembre 1995) y de la Declaración de Madrid, aprobada por la Asamblea General de la AMP, en Madrid (España), el 25 de Agosto 1996.

En este sentido tal vez han sido poco trabajadas en nuestro país las “instrucciones previas” en el campo psiquiátrico⁸⁶.

11.- Principio de revisión y fiscalización.

La aprobación de un programa de tratamiento ambulatorio forzoso ha de requerir la intervención judicial. Es obvio que así sea por las mismas razones que demanda tal control el internamiento involuntario (art. 4.1 Recomendación No. R (83) 2 del Consejo de Europa y art. 763 LEC). Para ello ha de garantizarse “una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional” (1.6 Principios ONU).

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

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

3.3. Instrumento regulador que se propone.

Como se habrá visto, la propuesta de FEAFES-CEIFEM aborda exclusivamente la reforma del art. 763 LEC, lo que me parece insuficiente.

En nuestro país sólo existe una modalidad de tratamiento ambulatorio forzoso, el previsto en la legislación penal. El art. 105.1.a Código Penal, prevé que en los casos previstos en los arts. 101-104 de dicho cuerpo normativo, que trata de los supuestos de exención de responsabilidad criminal por anomalía o alteración psíquica, por trastorno mental transitorio o por comisión del hecho delictivo bajo los efectos de la intoxicación de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes,

sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, el Juez o Tribunal podrá acordar razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia –que conlleva medida de internamiento en centro adecuado-, la imposición de la medida de “sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario”, por tiempo no superior a cinco años.

Ninguna previsión hay sin embargo fuera del marco penal. El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 sí prevé el sometimiento a intervenciones que tengan por objeto tratar un trastorno mental grave aún sin su consentimiento (art. 7). En términos genéricos –sin mención expresa a los enfermos mentales ni a intervenciones específicas- la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 9.2.b también contempla la posibilidad de llevar a cabo “las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento” “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. La única mención expresa a tratamientos involuntarios de enfermos mentales es la recogida en el art. 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que regula el “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”.

En España el déficit normativo en esta materia siempre ha sido notorio. Una regulación de la intervención forzosa en psiquiatría, propiamente tal y siempre referida al internamiento, sólo tuvo lugar con los Reales Decretos de 12 de mayo de 1985 (Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés) y 19 de mayo del mismo año (reglas para el ingreso de los dementes en los manicomios del Estado, provinciales y particulares)⁸⁷. Esta normativa fue sustituida por el Decreto de 3 de julio de 1931 “sobre asistencia a los enfermos mentales”,⁸⁸. Es decir, estamos hablando de normas de rango meramente reglamentario.

⁸⁶ Cfr. HALPERN, A. y SZMUKLER, G.: “Psychiatric advance directives: reconciling autonomy and non-consensual treatment”, *Psychiatric Bulletin*, Vol. 21, 1997, pp. 323-327.

⁸⁷ Este último sería aclarado por Real Orden de 20 de junio de 1885.

⁸⁸ Modificado por Decreto de 27 de mayo de 1932 y aclarados ambos por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932.

Una materia tan importante, por afectar a la libertad personal, solo sería regulada con rango de ley con motivo de la reforma del Código Civil aprobada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que introdujo un art. 211 regulador del internamiento. Posteriormente, mediante la Disposición Final 12ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor se procedería a dar nueva redacción al citado art. 211 CC. En esta segunda fase, por tanto, la única regulación, aunque ya con rango legal, se encontraba inserta en un cuerpo sustantivo (el Código Civil), siendo llamativo que el contenido de la misma fuera puramente procesal (el procedimiento de autorización judicial del internamiento).

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha introducido el mentado art. 763 que ubica, al menos con más acierto técnico-jurídico, dicha normativa dentro de un cuerpo procesal. Pero hete aquí que dicho procedimiento (autorización de ingreso) carece del correlativo referente sustantivo (pormenorización de las causas de ingreso involuntario, por ejemplo). Y digo esto porque la mera referencia al "internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí" no creo que colme las expectativas de una regulación sustantiva.

Nuevamente con la propuesta de reforma de este art. 763 LEC, para introducir el "tratamiento ambulatorio forzoso", nos encontramos huérfanos de una propuesta omnicompreensiva de lo sustantivo y de lo procesal.

El problema del déficit normativo en materia de intervenciones en salud mental no es nuevo en España. Las carencias del art. 211 CC ya fueron puestas de manifiesto por la doctrina que habló de: "la parquedad normativa"⁸⁹, de haber "generado muchas cuestiones médico-legales, jurídicas y sociales que aun no están aclaradas"⁹⁰, de la falta de unificación de criterios y conceptos⁹¹; se habló entonces de una "regulación defectuosa"⁹² que "deja

múltiples aspectos sin resolver"⁹³ y entre ellos el no insignificante de "no haber tipificado dichas razones o motivaciones de la privación de libertad"⁹⁴. Además, en el plano jurídico-administrativo "se echa de menos una clarificación en el papel de los ayuntamientos, de las propias Comunidades Autónomas..."⁹⁵. La necesidad de una legislación que ampliara y desarrollara el insuficiente art. 211 CC fue prácticamente un clamor⁹⁶ y Bercovitz⁹⁷ y Cobreros⁹⁸ muy especialmente se hicieron eco de tales insuficiencias.

Pero no sólo la doctrina reparó en estas carencias. La STC 129/1999, de 1 de julio abordó el tema del rango legal del entonces vigente art. 211 CC, a raíz de la cuestión de constitucionalidad formulada al Tribunal Constitucional por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orihuela núm. 6. Lamentablemente el Tribunal Constitucional se ciñó en exclusiva al análisis del párrafo 2º del 211 CC (es decir al preceptivo examen judicial y a la obligación de recabar el dictamen facultativo), soslayando el examen de constitucionalidad del párrafo 1º del 211 CC (supuesto de hecho del internamiento). Con todo no puede olvidarse que el máximo intérprete de la Constitución afirmó en su sentencia "que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica"; este enunciado, aunque tenga la condición de *obiter dicta*, es fundamental para entender la exigencia que aquí se defiende de que sea precisamente un ley orgánica la que regule los supuestos que legitiman el internamiento involuntario. El Magistrado García Manzano constató la relevancia de la cuestión subyacente. Y por ello en su

⁸⁹ RIBERA I GARLJO, Elena-Amalia: "Algunas cuestiones sobre el internamiento de enfermos mentales", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1991, p. 172.

⁹⁰ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La Enfermedad mental ante la ley*. Edit. UPCO-ELA, Madrid, 1994, p. 299.

⁹¹ CARRASCO GÓMEZ, J.J.: *Responsabilidad médica y Psiquiatría*. Edit. Colex, Madrid, 1990, p. 172.

⁹² SÁEZ GONZÁLEZ, Jesús: "Algunas consideraciones sobre la regulación de los internamientos psiquiátricos", *Justicia* 98, p. 104.

⁹³ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 20.

⁹⁴ RAMOS CHAPARRO, Enrique: "El internamiento de incapaces presuntos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 1988, p. 497.

⁹⁵ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: *La enfermedad...*, op. cit., p. 304.

⁹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María: *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho Español*, en DELGADO BUENO, Santiago (Dir.): *Psiquiatría Legal y Forense*, Colex, Madrid, 1994, T. II, p. 819.

⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, 1984, pp. 971-972.

⁹⁸ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: *Los tratamientos sanitarios y el derecho a la salud (Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, pp. 383 y 403.

voto particular a la sentencia citada afirmó que “no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí”, y en el concreto caso que aquí se trata la ley (art. 211 CC) “por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita”, razón por la cual “procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el art. 211 del CC., por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona -...- sea objeto de la adecuada previsión legal en norma con rango de Ley Orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad, en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental, ha de producirse”.

Ligado al tema anterior era debatida la cuestión de si era posible y deseable o no un desarrollo reglamentario. Según Mateo Díaz el “vacío reglamentario” que supuso la derogación del Decreto de 3 de julio de 1931 no fue colmado, lo que “está produciendo -afirmaba- un confusiónismo notable, que se incrementa cada día”⁹⁹. Hubo autores que propugnaron tal tipo de desarrollo¹⁰⁰ e incluso parece sugerir tal posibilidad la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1984. Pero finalmente tal hipótesis sería rechazada por el Informe del Gabinete Técnico del Consejo General del Poder Judicial de 23 de febrero de 1984, por ser materia vedada al ejercicio de la potestad reglamentaria y por no existir norma legal de remisión. Y a la misma conclusión llegó en la doctrina Cobreros¹⁰¹, en su caso por dos tipos de razones: a) por falta de remisión legal a la colaboración reglamentaria y b) porque de aceptarse, se estaría pidiendo al Reglamento “que diga todo lo que no dice el artículo 211 CC”, lo cual sería inaceptable en el marco de las relaciones Ley-Reglamento. En cualquier caso, se echa en falta un texto

⁹⁹ MATEO DÍAZ, José: “El internamiento de los enfermos o deficientes psíquicos”, *Actualidad Civil*, núm. 25, 1986, p. 1764.

¹⁰⁰ CABRERA FORNEIRO, J. y FUERTES ROCAÑÍN, J.C.: La enfermedad..., *op. cit.*, p. 312. Aunque no falten autores que consideren que la regulación legal entonces vigente (circunscrita al art. 211 CC) era más que suficiente: CAPILLA, T., GONZÁLEZ DURO, E. y ROIG-SALAS, A.: Reflexiones sobre la práctica del Internamiento psiquiátrico. *Rev. Asoc. España de Neuropsiquiatría*, 1986, Vol. 6, núm 18, pp. 485-489.

¹⁰¹ COBREROS MENDAZONA, Eduardo: Los tratamientos sanitarios, *op. cit.*, p.384, nota 687.

normativo unitario “que cubra todo el campo de la asistencia sanitaria y social involuntaria”¹⁰².

Como puede comprobarse muchas de las críticas que entonces ya se hicieron a la primera regulación con rango legal en nuestro país aún son reproducibles. Básicamente, por lo que he dicho, por la falta hoy en día de una normativa legal sustantiva y en su caso la reglamentaria pertinente para regular la organización asistencial, aspecto que tradicionalmente suele regularse con este rango. Pero es más, entiendo que sólo por Ley Orgánica debieran regularse los supuestos de aplicación del tratamiento ambulatorio forzoso, como por Ley Orgánica debieran haberse regulado –lo que lamentablemente no se hizo- los supuestos del internamiento psiquiátrico involuntario. La afectación de derechos fundamentales justifica sobradamente este rango.

Entiendo por ello que una eventual incorporación a nuestro ordenamiento del “tratamiento ambulatorio forzoso” requeriría la incorporación a la Ley 41/2002 del correspondiente precepto que enumerara los supuestos y requisitos de aplicación de esta medida y de un precepto procedimental en la LEC que colmara las necesidades en este ámbito. Este marco debiera completarse a su vez con un desarrollo reglamentario con las especificaciones técnicas y organizativas de esta modalidad de intervención forzosa.

En líneas generales, por tanto:

- En la Ley 41/2002 se introduciría un precepto que regulara los supuestos de aplicación del tratamiento ambulatorio –y también del internamiento forzoso, asignatura pendiente-, el contenido en general del programa de intervención y una referencia al dispositivo socio-sanitario encargado de la aplicación.
- En la LEC se introduciría un nuevo apartado al art. 763 LEC en la línea de la propuesta de FEAFES-CEIFEM para regular el procedimiento de control judicial de los tratamientos ambulatorios forzosos, el plazo de remisión de los informes periódicos al Juzgado –estimo que es escaso el de 3 meses dada la naturaleza de un programa de intervención de estas características, por lo que tal vez debiera homologarse al plazo establecido para internamientos involun-

¹⁰² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: La protección jurídica, *op. cit.*, p. 972.

tarios, 6 meses-, el plazo máximo de aplicación del programa –comparto que pudieran ser 18 meses-, haciendo mención a su prórroga por igual periodo, los legitimados para instar la aplicación del programa –considero que deberían estarlo familiares y allegados y los servicios socio-sanitarios-, sistema de recursos.

- En la normativa reglamentaria de desarrollo –autonómica- se regularía la estructura de los servicios socio-sanitarios de aplicación y seguimiento del programa de intervención, el contenido posible y recursos disponibles, las normas de coordinación interadministrativa (Ayuntamientos-CCAA.), la organización y funciones del servicio de asistencia legal al paciente –el referente neoyorkino creo que puede ser de interés-,...

Por supuesto siempre queda la solución alternativa de que el Estado regule los aspectos básicos y las CC.AA. asuman el desarrollo legislativo y reglamentario correspondiente.

Igualmente parece pertinente la elaboración de documentos de consenso (protocolos) para la evaluación de la capacidad de toma de decisiones del paciente (competencia en terminología anglosajona comúnmente aceptada, capacidad natural en la tradición jurídica continental) y del riesgo. Y ello es bien sabido que no es tarea fácil. Pero la máxima homogeneización de criterios me parece imprescindible.

Además de lo anterior, habría que resolver el tema operativo del tratamiento ambulatorio forzoso. Confieso que tengo dificultades en visualizar la materialización del mismo en supuestos concretos (paciente que violentamente se opone a ser medicado). En estos casos, el referente extranjero también debe tenerse a mano, y así los tribunales británicos han resuelto que no es posible la administración de tratamiento involuntario sin hospitalización¹⁰³. Evidentemente estaríamos entonces ante hospitalizaciones breves, internamientos de corta duración. Pero en tales casos el tratamiento sería administrado intrahospitalariamente.

Hace años ya reparó Ramos Chaparro en que cabría un internamiento de urgencia por plazo inferior a 24 horas, en cuyo caso más que de internamiento hablaría-

mos de tratamiento de urgencia, en el que no sería precisa la comunicación del ingreso al Juzgado¹⁰⁴. Más tiene razón García-Ripoll¹⁰⁵ cuando señala que tal interpretación es ciertamente dudosa y casa mal con el fin de la ley (la eliminación de las arbitrariedades en materia de internamientos) y con el propio tenor literal (entonces el art. 211.I CC afirma que del ingreso “se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas”). En similares términos se expresa en la actualidad el art. 763.1 pfo. 2º LEC. Personalmente me uno a esta última posición en aras de las garantías del paciente y de la evitación de eventuales abusos.

4. Luces y sombras del tratamiento ambulatorio forzoso.

Existe efectivamente un perfil definido de “candidato” al tratamiento ambulatorio forzoso: estaría diagnosticado de esquizofrenia, trastorno bipolar u otras psicosis, sería incumplidor con la medicación y tendría antecedentes de numerosos ingresos hospitalarios¹⁰⁶. Y doctrinalmente se apoya en estos casos la aplicación de programas de intervención forzosa¹⁰⁷.

Sin duda, la clave es la falta de adherencia al tratamiento, ya que de contarse con la aquiescencia del paciente, el problema queda en buena medida resuelto. Ahora bien, la falta de adherencia al tratamiento en la esquizofrenia está condicionada por diversos factores: la ausencia de conciencia de enfermedad¹⁰⁸, la concurrencia

¹⁰⁴ RAMOS CHAPARRO, Enrique: “El internamiento de incapaces presuntos”, op. cit., p. 525.

¹⁰⁵ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín: La protección civil..., op. cit., p. 117.

¹⁰⁶ TORREY, E. Fuller y KAPLAN, Robert J.: “A National Survey of the Use of Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 46, núm. 8.

¹⁰⁷ TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary: “Outpatient Commitment: What, Why, and for Whom”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 337-341.

¹⁰⁸ Cfr. TRAUER, T., SACKS, T.: “The relations between insight and medication adherence in severely mentally ill clients treated in the community”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 102, 2000, pp. 211-216; LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909; NOSÉ, M., BARBUI, C., TANSSELLA, M.: “How often do patients with psychosis fail to adherence to treatment programmes?. A systematic review”, *Psychological Medicine*, Vol. 33, 2003, pp. 1149-1160; MUTSATSA, S.H., JOYCE, E.M., HUTTON, S.B. y otros: “Clinical correlates of early medication adherence: West London first episode schizophrenia study”, *Acta Psychiatrica Scandinavica*, Vol. 198, 2003, pp. 439-446. La misma cor-

¹⁰³ R v Hallstrom ex parte W (Nº 2) [1986] 2 All ER 306 (HC).

de abuso de alcohol o drogas¹⁰⁹, la escasa o deficiente relación entre psiquiatra y paciente¹¹⁰, los efectos secundarios de la medicación –menos relevante que los tres factores anteriores–¹¹¹, y otros factores (coste de la medicación, falta de acceso a la medicación por ser “sin techo” o estar ingresado en prisión, confusión, depresión, la falta de mejora de los síntomas,...). Es preciso abordar todos estos factores. Y nótese que algunos no justificarían la intervención forzosa si, por ejemplo, hubiera una mejor relación entre el paciente y el psiquiatra (y este dispusiera de tiempo para atender debidamente a cada paciente y para ayudarle a tomar conciencia de su enfermedad), si disminuyeran los efectos secundarios (en buena medida los últimos avances en psicotrópicos facilitan esta tarea,...). Es decir, no todos los factores que coadyuvan a la no adherencia al tratamiento tienen por qué resolverse por vía forzosa.

No puede negarse que el tratamiento ambulatorio forzoso puede ser una opción válida en algunas circunstancias, con algunos pacientes. De hecho, al menos indirectamente, parece una hipótesis admisible para el Libro Blanco del Consejo de Europa realizado por el grupo de trabajo sobre Psiquiatría y Derechos Humanos del Co-

relación existe en pacientes con trastorno bipolar: KECK, P.E., McELROY, S.L., STRAKOWSKI, S.M. y otros: “Compliance with maintenance treatment in bipolar disorder”, *Psychopharmacology Bulletin*, Vol. 33, 1997, pp. 87-91 y GREENHOUSE, W.J., BJÖRN, M. y JOHNSON, S.L.: “Coping and medication adherence in bipolar disorder”, *Journal of Affective Disorders*, Vol. 59, 2000, pp. 237-241.

¹⁰⁹ Cfr. KAMALI, M., KELLY, L., GERVIN, M. y otros: “Insight and comorbid substance misuse and medication compliance among patients with schizophrenia”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 161-163; HUNT, G.E., BERGEN, J., BASHIR, M.: “Medication compliance and comorbid substance abuse in schizophrenia: impact on community survival 4 years after a relapse”, *Schizophrenia Research*, Vol. 54, 2003, pp. 253-264 y HUDSON, T.J., OWEN, R.R., TRUSH, C.R. y otros: “A pilot study of barriers to medication adherence in schizophrenia”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 65, 2004, pp. 211-216.

¹¹⁰ LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

¹¹¹ Cfr. VANELLI, M., BURSTEIN, P., CRAMER, J.: “Refill patterns of atypical and conventional antipsychotic medications at a national retail pharmacy chain”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, 2001, pp. 1248-1250; DOLDER, C.R., LACRO, J.P., DUNN, L.B. y otros: “Antipsychotic medication adherence: is there a difference between typical and atypical agents?”, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 159, 2002, pp. 103-108 y LACRO, J., DUNN, L.B., DOLDER, C.R. y otros: “Prevalence of risk factors for medication nonadherence in patients with schizophrenia: a comprehensive review of recent literature”, *Journal of Clinical Psychiatry*, Vol. 63, 2002, pp. 892-909.

mité Directivo sobre Bioética¹¹². Y en la práctica forense se constata la existencia en la geografía nacional de experiencias de tratamiento obligatorio en la comunidad basadas en la analogía con el procedimiento de incapacidad y la aplicación del principio “quien puede lo más, puede lo menos”¹¹³. Aunque como ha recordado recientemente el Tribunal Constitucional este principio no permite una traslación automática¹¹⁴.

Se argumenta a favor del tratamiento ambulatorio forzoso: la disminución de los tiempos de estancia hospitalaria, la mejora en la calidad de la vida de los pacientes, el incremento de las posibilidades de rehabilitación y la disminución de síntomas de la enfermedad. Y en cuanto a la efectividad de los OAT’s se han publicado algunos benéficos efectos de la aplicación de la Ley Kendra: los incidentes por daños se redujeron en un 44% en los tres primeros años de aplicación de la Ley Ken-

¹¹² “White Paper on the protection of the human rights and dignity of people suffering from mental disorder, especially those placed as involuntary patients in a psychiatric establishment”, *CM(2000)23 Addendum, Meeting, 8 -March 2000*.

¹¹³ En la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos obligatorios celebrada en Madrid el día 24 de junio de 1999 por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo (Estudios de Derecho Judicial, número 26, Madrid 2000) existen referencias a este principio aplicado al tratamiento forzoso en salud mental.

¹¹⁴ STC 2ª, 16.7.2001, EDJ 2001/26471). Aunque la sentencia se centra en la comparación entre libertad y prisión provisional la doctrina que contiene creo que es de inequívoca aplicación a nuestra materia: “... el razonamiento ‘ad maiore ad minus’ sólo serviría para admitir, en su caso, que los preceptos relativos a la prisión provisional suponen la existencia de un genérico precepto habilitante de la injerencia en el derecho fundamental...; pero, como afirma en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, no permite sostener que dicho conjunto de disposiciones aporta la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad personal requiere, como hemos declarado (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5 [EDJ 1991/1562](#), y 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4 [EDJ 1997/6364](#)). Es decir, dicha genérica habilitación legal seguiría siendo insuficiente desde la perspectiva de la calidad de ley exigida para la protección del derecho fundamental a la libertad personal, dado que no prevé específicamente como garantía de aseguramiento personal del encausado la prohibición aquí considerada ni se precisan sus presupuestos y condiciones y su duración máxima;... Como tiene declarado este Tribunal, y al margen de que, ciertamente, prisión y libertad provisionales tienen rasgos comunes derivados de constituir medidas cautelares de carácter personal y de compartir la finalidad de asegurar la sujeción del encausado al proceso, los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento no son legalmente idénticos (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2 [EDJ 1989/4891](#)). Por lo que cabe estimar que una aplicación analógica de estas normas haría quebrar la garantía de previsibilidad de las restricciones acordadas por la autoridad judicial en la libertad personal del sometido a un procedimiento penal”.

dra¹¹⁵, se disminuyó el número de los "sin techo" (*homeless*) en un 55% y se incrementó la adherencia al tratamiento¹¹⁶.

Pero junto a las luces, hay sombras. Los argumentos críticos contra el tratamiento ambulatorio forzoso se han centrado en el excesivo intervencionismo estatal, la interferencia al derecho a rechazar el tratamiento, los riesgos de abuso y el socavamiento de la relación terapéutica¹¹⁷. Además de todo ello, el ejemplo neoyorkino pienso que puede sernos en alguna medida útil. Veamos por qué.

En primer lugar, existen deficiencias derivadas de la configuración del propio sistema. Flug¹¹⁸ analizó las características que debe reunir un eficaz sistema de intervención en el medio comunitario y llegó a las siguientes conclusiones, que ponen de manifiesto la inadecuación del sistema instaurado por la Ley Kendra, desde el momento en que no proporciona instrucciones para llevar a cabo un adecuado tratamiento ambulatorio. El tratamiento ambulatorio según la doctrina mayoritaria ha de ser:

1.- Integral. La necesidad de un tratamiento intensivo precisa un despliegue comprensivo de los distintos servicios disponibles que abarquen la asistencia clínica, la rehabilitación, los servicios sociales... Sin embargo, la Ley Kendra se limita a establecer dos mínimos estándares: que el tratamiento sea el menos restrictivo posible y que vaya destinado al tratamiento o a intentar prevenir recaídas. No obstante el requerimiento de elaboración de un plan escrito de tratamiento no garantiza que los pacientes reciban un tratamiento integral, principalmente por la falta de recursos de que adolece la asistencia

¹¹⁵ La disminución del número de incidentes violentos es precisamente un dato que subraya el NEW YORK STATE OFFICE OF MENTAL HEALTH: "An Interim Report...", op. cit., pp- 10-12

¹¹⁶ New York State Office of Mental Health: "Kendra's Law: An interim report on the status of assisted outpatient treatment: 12 (Jan. 2003) y New York State Office of Mental Health: "Memorandum to Jon Stanley at the Treatment Advocacy Center (Nov. 4, 2003).

¹¹⁷ MULVEY, E.P., GELBER, J.L. y ROTH, L.H.: "The promise and peril of involuntary outpatient commitment", American Psychologist, Vol. 42, 1984, pp. 571-584. Se posiciona también muy críticamente la NYAPRS: "Position on Outpatient Commitment of the New York Association of Psychiatric Rehabilitation Services (NYAPRS)", Declaración del Presidente Jack Guastafarro, Buffalo, New York, Feb. 1999.

¹¹⁸ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, Winter, 2003, pp. 112-115 y 117-126. Con referencias a los distintos informes oficiales sobre el tema.

mental. Como afirma Seicshnaydre¹¹⁹, "los profesionales de la salud mental continuamente recomiendan servicios que no existen, lo que resulta frustrante". De este modo – confirma Flug– los planes de tratamiento tienen más que ver con la existencia de recursos que con las necesidades de los pacientes.

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

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

4.- Preventivo. El tratamiento tiene sus miras puestas en la evitación de las crisis de los pacientes, cual fue el caso de Andrew Goldstein, lo que supone como señala la Health Care Financing Administration, de un lado la prevención de los potenciales síntomas de la enfermedad mental antes de que aparezcan, y contrarrestar sus efectos una vez acontezcan. Aunque desde círculos oficiales se haya transmitido la idea de que la Ley Kendra ha supuesto la extensión y mejora del sistema de salud mental esto no ha sido así. Precisamente la extensión ha corrido en buena medida a cargo de las llamadas "Nue-

¹¹⁹ SEICSHNAYDRE, Stacy E.: "Community Mental Health Treatment for the Mentally Ill: When Does Less Restrictive Treatment Become a Right?", Tulane Law Review, Vol. 66, 1992, p. 1983.

vas Iniciativas para Servicios de Adultos” (*New Initiatives for Adult Services*) a partir de 1999. Ahora bien, dichas iniciativas aunque inspiradas, o si se quiere bajo la cobertura de la Ley Kendra, no forman parte integrante de la propia cobertura legalmente establecida. Como consecuencia de ello los niveles de tratamiento ofertados a los sujetos que aceptan voluntariamente el tratamiento no son asimilables al de aquellos que lo rechazan.

Sin embargo, las críticas al sistema de tratamiento ambulatorio forzoso del Estado de Nueva York están muy extendidas, considerándolo inadecuado¹²⁰. La principal crítica de la Ley Kendra proviene de quienes consideran la ineficacia de la misma a la hora de asegurar mejores servicios asistenciales o mejorar la seguridad pública¹²¹. Y buena prueba de ello la tenemos en el hecho que dio origen a la propia norma: Andrew Goldstein, antes de llevar a cabo su criminal acción, había solicitado repetidamente tratamiento y ayuda a los servicios sanitarios públicos, no recibiendo contestación a tales requerimientos¹²².

La respuesta por tanto a hechos tan luctuosos como el que dio origen a la Ley Kendra estaría mas en la línea de mejorar los servicios asistenciales comunitarios, que en extender las intervenciones coercitivas a pacientes mentales¹²³. Estas críticas a la falta de una adecuada dotación asistencial –que como se ha visto es anterior incluso a la Ley Kendra- han venido a ser asumidas incluso por los partidarios de este texto normativo¹²⁴.

¹²⁰ Tal como se reconoce en WINERIP, Michael: “Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks”, *New York Times*, 5.11.1999, p. B1 e igualmente se admite en TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: “Kendra’s Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York”, *Catalyst*. Con acceso el 30 de mayo de 2995 en la URL: <http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹²¹ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: “Opening Pandora’s Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹²² WINERIP, Michael: “Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks”, *New York Times*, 5.11.1999, p. B1.

¹²³ STEFAN, Susan: “Preventive Commitment: The Concept and Its Pitfalls”, *Mental & Physical Disability Law Reporter*, Vol. 11, núm. 4, 1987, pp. 288-302.

¹²⁴ TORREY, E. Fuller y ZDANOWICZ, Mary T.: “Kendra’s Law. The Culmination of a 10 Years Battle for Assisted Outpatient Treatment in New York”, *Catalyst*. Con acceso el 1 de junio de 2004 en la URL:

El tema de la suficiencia/insuficiencia de los servicios comunitarios de salud mental es por tanto fundamental si lo que se pretende es garantizar una adecuada asistencia psiquiátrica. Son muchos los críticos de la Ley Kendra que, precisamente, se basan en la falta de reflexión sobre esta cuestión¹²⁵. Y es que la práctica demuestra que “la necesidad de leyes restrictivas está en inversa proporción a la calidad de la asistencia”¹²⁶. Afirmación ésta que incluso es compartida por el U.S. Surgeon General cuando llega a la conclusión de que “la necesidad de coerción debería ser significativa disminuida cuando sea una realidad la accesibilidad a unas adecuadas prestaciones de los individuos con dolencias mentales graves que supongan un grave peligro para sí o para terceros”¹²⁷. Se ha dicho, con toda razón, que este tipo de legislación no es la panacea cuando el sistema asistencial es el problema¹²⁸. La *National Alliance for the Mentally Ill*¹²⁹ se ha manifestado en el mismo sentido.

Esta realidad fue reconocida por el legislativo neoyorkino, como también lo ha sido en otros Estados, como Carolina del Norte, en donde se reconoce la ineffectividad de los tratamientos ambulatorios forzosos cuando no se proporciona un adecuado y continuo nivel de servicios¹³⁰. También en un Forum sobre el tema se reconoció que el tratamiento ambulatorio forzoso es la materialización del deseo por el control del enfermo mental, aunque a la vez

<http://www.psychlaws.org/JoinUs/CatalystArchive/CatalystW1.htm>.

¹²⁵ SMITH, Vicki Fox y ALLEN, Michael: “Opening Pandora’s Box: The Practical and Legal Dangers of Involuntary Outpatient Commitment”, *Psychiatric Services*, Vol. 52, marzo de 2001, pp. 342-346.

¹²⁶ SLOVENKO, Ralph: “Civil Commitment Laws: An Analysis and Critique”, *Cooley Law Review*, Vol. 17, 2000, p. 41.

¹²⁷ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES: “Mental Health: A Report of de Surgeon General”, (1999). En la URL: <http://www.surgeongeneral.gov/library/mentalhealth>. Con acceso el 1 de junio de 2004.

¹²⁸ DIAMOND, Ronald J.: “Coercion and Tenacious Treatment in the Community: Applications to the Real World” en DENNIS, Deborah L. y MONAHAN, John: Coercion and aggressive community treatment: a new frontier in mental health law, *Plenum Press*, New York, 1996.

¹²⁹ Policy on Involuntary Commitment and Court Ordered Treatment, aprobado por el NAMI Board of Directors el 7 de octubre de 1995. Disponible en la URL:

http://www.nami.org/Content/ContentGroups/Policy/Updates/Involuntary_Commitment_And_Court_Ordered_Treatment.htm

¹³⁰ SWARTZ, Marvin S. y otros: “Can Involuntary Outpatient Commitment Reduce Hospital Recidivism?: Findings From a Randomized Trial with Severely Mentally Ill Individuals”, *American Journal of Psychiatry*, Vol. 156, 1999, p. 1974.

se admitió la necesidad de reforzar los servicios asistenciales¹³¹.

Tras el crimen cometido por Andrew Goldstein en la persona de Kendra Webdale, la Comisión para la Calidad Asistencial del Estado de Nueva York (*New York Commission on Quality of Care*) pretendió justificar la eficacia del sistema en el caso concreto¹³². Sin embargo, los hechos son tozudos. Como antes señalé, desde años antes al trágico suceso, Goldstein había venido demandando tratamiento y éste le fue denegado en la forma que el caso merecía. Así lo afirmaron los medios de comunicación social¹³³, y así se patentiza a la vista del propio Informe de la Comisión, como certeramente demuestra Flug¹³⁴. Y de hecho, la propia Comisión acabaría reconociendo que la problemática suscitada en el caso de Andrew Goldstein en absoluto era infrecuente. A la vista de lo expuesto es compatible la opinión de Stavis¹³⁵ de que el problema contemporáneo del tratamiento en salud mental es conseguir el mismo tratamiento, más que el rechazo a su imposición.

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

No discuto que una regulación del tratamiento ambulatorio forzoso pueda ser una medida idónea, insisto según los casos y según los controles y garantías que se establezcan. Pero tengo la firme convicción que, si no se aborda de una vez por todas, esa eterna asignatura pendiente que es la asistencia psiquiátrica en nuestro país, de poco o nada sirven nuevos proyectos legislativos. Un país que en otros campos asistenciales sanitarios pasa por ser puntero carece de suficientes recursos en el terreno de la salud mental. En este contexto introducir, sin más – insisto, aisladamente– una normativa coercitiva no va a ser demasiado útil. Máxime si tenemos a la vista la tercermundista situación española en el campo de la coerción psiquiátrica. Basten dos datos: sobre el empleo de medios coercitivos en psiquiatría (particularmente contención y aislamiento) carecemos de toda norma al respecto¹³⁶ y en el ámbito psiquiátrico-penitenciario (el último eslabón de la cadena asistencial, que entra en funcionamiento no infrecuentemente cuando lamentablemente la falta o escasez de asistencia psiquiátrica han propiciado trágicos sucesos) el nivel asistencial produce sonrojo: en el mayor centro de España, el Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, con 350 plazas –ya superadas– y una Unidad de Agudos de 35 camas, no se tiene asegurada la asistencia psiquiátrica continuada a lo largo del día, ni tan siquiera todos los días. Este es el “nivel asistencial” que goza el colectivo de enfermos mentales teóricamente más peligrosos –desde una óptica postdelictiva– del país.

¹³¹ SIRICA, Coimbra: "National Health Policy Forum: Outpatient Commitment in Mental Health: Is Coercion the Price of Community Services?", Issue Brief, Vol. 2, núm. 757, 2000.

¹³² NEW YORK STATE COMMISSION ON QUALITY OF CARE FOR THE MENTALLY DISABLED AND THE MENTAL HYGIENE MEDICAL REVIEW BOARD: "In the Matter of David Dix", 1999. Disponible en la URL: <http://www.cgc.state.ny.us/dix.htm>. Con acceso el 30 de mayo de 2004. Nótese que el nombre de David Six era un pseudónimo que se utilizó para referirse a Andrew Goldstein.

¹³³ WINERIP, Michael: "Report Faults Care of Man Who Pushed Woman Onto Tracks", New York Times, 5.11.1999, p. B1 y GOODE, Erica: "Experts Say State Mental Health System Defies Easy Repair", New York Times, 14.11.1999, § 2, p. 39.

¹³⁴ FLUG, Margo: "No Commitment: Kendra's Law Makes no Promise of Adequate Mental Health Treatment", Georgetown Journal on Poverty Law and Policy, Winter, 2003, pp. 109-110.

¹³⁵ STAVIS, Paul F.: "The George Mason University First Annual Forum on Mental Illness and the Law", George Mason University Civ. Rts. Law Journal, Vol. 11, invierno de 2000, p. 7.

¹³⁶ Debo admitir que esta carencia no es única de España. Precisamente el Estudio EUNOMIA pretende analizar la realidad práctica clínica y legal del empleo de medios y medidas coercitivas en el medio psiquiátrico en doce países, describir comparativamente los resultados hallados y conformar una Guía Europea que recoja las más pertinentes pautas de intervención, aplicación y control de aquellos medios y medidas. Una descripción del estudio puede verse en mis artículos: - "Coerción en psiquiatría", Anales de Psiquiatría, Vol. 19, núm. 2, 2003, pp. 55-63 y el ya citado "Uso de medios coercitivos en Psiquiatría: retrospectiva y propuesta de regulación", Derecho y Salud, Vol. 11, Núm. 2, Jul-Dic. 2003, pp. 141-163.