TRASTORNO MENTAL GRAVE:

Psiquiatría y Ley

Documentos Córdoba 2018

María José Moreno

María José Jaén

Rafael Lillo

Julio Antonio Guija

Antonio Medina

(Editores)

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

© FEPSM

© Del prólogo: Los editores

© De la obra: Los autores

© De la edición:

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B

28033 Madrid (España)

Tel. 91 383 41 45

fepsm@fepsm.org

www.fepsm.org

Editado por Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

C/ Arturo Soria, n.º 311, 1º B

28033 Madrid (España)

e-mail: fepsm@fepsm.org

Primera edición 2020

N.º de páginas: 117

ISBN: 978-84-09-19244-1

Queda rigurosamente prohibida sin la autorización correspondiente escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares.

La Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los capítulos del libro.

TRASTORNO MENTAL GRAVE:

Psiquiatría y Ley

A. Medina, M. J. Moreno, M. J. Jaén, R. Lillo y J. A. Guija
(Directores)

XIV Jornadas Jurídico-Psiquiátricas.
Córdoba 21 y 22 de septiembre 2018

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
Madrid, 2020

© FEPSM

Relación de participantes

1. Alcalá Pérez, Visitación. Profesora Contratada Doctora en Psiquiatría. Sevilla.
2. Anglada, Enrique. Magistrado. Andorra.
3. Arango López, Celso. Profesor Titular Psiquiatría. Madrid.
4. Arcos Pérez, Luis de. Magistrado Vigilancia Penitenciaria. Córdoba.
5. Arce Bordón, Rosario. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
6. Arsuaga Cortázar, José. Magistrado de la Audiencia. Santander.
7. Baca Baldomero, Enrique. Catedrático Psiquiatría. Madrid.
8. Bascarán, Mª Teresa. Profesora Asociada Psiquiatría. Oviedo.
9. Berenguer Mellado, Alicia. Forense. IML. Córdoba.
10. Beltrán Aroca, Cristina. Profesora Asociada de Medicina Legal. Córdoba.
11. Bernardo Arroyo, Miguel. Catedrático de Psiquiatría. Barcelona.
12. Blanco Picabia, Alfonso. Catedrático Psiquiatría. Sevilla.
13. Bobes García, Julio. Catedrático Psiquiatría. Oviedo.
14. Camacho Laraña, Manuel. Profesor Titular Psiquiatría. Sevilla.
15. Cano Valero, Julia. Profesora Asociada Psiquiatría. Cádiz.
16. Carrasco Perera, José Luis. Catedrático Psiquiatría. Madrid.
17. Casas Brugué, Miguel. Catedrático Psiquiatría. Barcelona.
18. Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.
19. Conejero Olmedo, Mª del Mar. Profesora Asociada de Derecho. Córdoba.
20. Díaz Marsá, Marina. Profesora Asociada Psiquiatría. Madrid.
21. Escudero Rubio, Víctor. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
22. Ezcurra, Jesús. Profesor Asociado Psiquiatría. Vitoria.
23. Fernández, Juan Manuel. Magistrado. Vocal del CGPJ. Madrid.
24. Ferreiros Marco, Carlos. Fiscal. Alicante.
25. Flores Prada, Ignacio. Profesor Titular de Derecho Procesal. Sevilla.
26. Franco Fernández, Mª Dolores. Profesora Titular Psiquiatría. Sevilla.
27. García-Portilla González, Mª Paz. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
28. Gibert Rahola, Juan. Catedrático de Psicofarmacología. Cádiz.
29. Giner Jiménez, Lucas. Profesor Contratado Doctor Psiquiatría. Sevilla.
30. Giner Ubago, José. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
31. Girela López, Eloy. Profesor Titular Medicina Legal. Córdoba.

© FEPSM

32. González-Pinto Arrillaga, Ana. Profesora Titular de Psiquiatría. Vitoria.
33. González Rus, Juan José. Catedrático de Derecho Penal. Córdoba.
34. González Tapia, Mª Isabel. Profesora Titular de Derecho Penal. Córdoba.
35. González Torres, Miguel Ángel. Profesor Titular de Psiquiatría. Bilbao.
36. Guija Villa, Julio. Jefe del Servicio de Psiquiatría Forense del IML. Sevilla.
37. Gutiérrez Fraile, Miguel. Catedrático de Psiquiatría. Vitoria.
38. Ibáñez Guerra, Elena. Catedrática de Personalidad. Valencia.
39. Iglesias García, Celso. Psiquiatra. Oviedo.
40. Jaén Moreno, Mª José. Psiquiatra. Córdoba.
41. Jiménez Martín, Jorge. Juez de Menores. Escuela Judicial. Barcelona.
42. Lillo Roldán, Rafael. Profesor Titular Psiquiatría. Córdoba.
43. Lledó González, Carlos. Magistrado de la Audiencia. Sevilla.
44. Madariaga, Iñaqui. Psiquiatra. Vitoria.
45. Magaña Calle, José Mª. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
46. Marín Fernández, Antonio. Magistrado de la Audiencia. Cádiz.
47. Martín Carrasco, Manuel. Psiquiatra. Pamplona.
48. Medina León, Antonio. Catedrático Psiquiatría. Córdoba.
49. Menchón Magriñá, José Manuel. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
50. Mojarro Práxedes, Mª Dolores. Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
51. Monterde Ferrer, Francisco. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.
52. Moreno Díaz, Mª José. Profesora Titular Psiquiatría. Córdoba.
53. Morera Pérez, Blanca. Psiquiatra. San Sebastián.
54. Núñez Bolaños, María. Magistrada. Sevilla.
55. Oliveras Valenzuela, Angustias. Psiquiatra. Alicante.
56. Parra, Mª Ángeles. Magistrada del Tribunal Supremo. Madrid.
57. Pérez Solá, Víctor. Profesor Asociado Psiquiatría. Barcelona.
58. Pifarre, Josep. Psiquiatra. Barcelona.
59. Pijuan Canadell, José María. Magistrado. Andorra.
60. Roca Bennasar, Miguel. Catedrático Psiquiatría. Palma de Mallorca.
61. Sáez Rodríguez, José. Forense. Director IML. Córdoba.
62. Saiz Ruiz, Jerónimo. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
63. Saiz Martínez, Pilar Alejandra. Catedrática de Psiquiatría. Oviedo.
64. Sánchez Zamorano, Francisco de Paula. Magistrado. Presidente Audiencia. Córdoba.

© FEPSM

65. Sanmartín Roche, Arturo. Profesor Titular Psiquiatría. Sevilla.
66. Segura Tamajón, José Miguel. Médico Forense. IML. Córdoba.
67. Seoane Rey, Julio. Catedrático de Psicología Social. Valencia.

© FEPSM

Índice

Relación de participantes.

Prólogo.

Ponencias:

1. Problemas médicos y jurídicos en el seguimiento clínico-terapéutico del Trastorno Mental Grave.
2. Trastorno Mental Grave y Procedimiento Penal.
3. Informe Psiquiátrico Forense del Trastorno Mental Grave en fase de Instrucción Procesal.
4. Trastorno Mental Grave y medidas de seguridad y protección en el Orden Civil.

Conclusiones.

© FEPSM

© FEPSM

Prólogo

La locura es relativa. Depende de quién tiene a quién encerrado en qué jaula.

Ray Bradbury

La decimocuarta edición de los Encuentros Jurídico-Psiquiátricos (DOCUMENTOS CÓRDOBA) ha estado centrada en el Trastorno Mental Grave y la problemática derivada del mismo desde el ámbito psiquiátrico y jurídico.

La Atención Comunitaria en Salud Mental contempla un compromiso hacia una atención integral, una filosofía de la rehabilitación encaminada a incrementar la autonomía personal y la funcionalidad social de los enfermos y una organización de la atención médica específica basada en una red de dispositivos, asequibles y con la participación de distintos tipos de profesionales, la familia y otros grupos sociales. Pero el requisito previo para esta Atención Comunitaria era identificar a la población que requería dicha intervención y así surge el término de Trastorno mental grave o severo.

Es fácil comprender que este origen conceptual dificulta, en gran medida, su aplicación cuando se traslada al articulado de la ley; y de ahí, precisamente, el interés de su disección en estas jornadas.

El Trastorno Mental Grave es un constructo en el que se incluyen a aquellos trastornos mentales de duración prolongada que conllevan un grado variable de discapacidad y disfunción social.

A pesar de la complicada heterogeneidad de su delimitación existe un consenso sobre las dimensiones que han de tenerse en cuenta para su definición operativa: una sintomatología que podemos resumir y calificar en términos generales como “psicótica”; una evolución prolongada en el tiempo y un componente de discapacidad presente en diferentes ámbitos funcionales (dificultad para afrontar las demandas del ambiente, déficit de habilidades y capacidad para manejarse autónomamente y grave dificultad para la interacción social).

Aspectos como qué se entiende por la adjetivación grave o severa o por situación duradera, las medidas cautelares a la hora de tomar la instrucción con estos pacientes, la capacidad de estos pacientes para conocer el sentido de la pena y las medidas de protección y seguridad en el ámbito civil son algunos de los puntos que hemos debatido estos días y de los que podrán obtener amplio conocimiento en los capítulos que siguen a este prólogo.

Era necesario esta puesta en común, aunar criterios entre juristas y psiquiatras y continuar avanzando en el conocimiento de este complejo término que encarna una problemática realidad en el día a día de los tribunales.

Mª José Moreno, Mª José Jaén, R. Lillo, J.A. Guija y A. Medina
Directores

© FEPSM

© FEPSM

1

Problemas médicos y jurídicos en el seguimiento clínico-terapéutico del Trastorno Mental Grave

BLANCA MORERA

"Hay dolores que matan: pero los hay más crueles, los que nos dejan la vida sin dejarnos nunca gozar de ella".

(Antoine L. Apollinaire, 1789-1874)

1. CONTEXTO HISTÓRICO: DEL MANICOMIO A LA REFORMA

1.1. El manicomio como ubicación y lugar de cuidado

Las referencias a personas con trastornos mentales (o con conductas que pudieran sugerirlos) son muy antiguas. Durante siglos, las creencias relativas a los trastornos mentales han dado lugar a un modelo cultural de exclusión, de amplia y larga implantación, preeminente en el manejo de las personas que los padecían (o que eran sospechosas de padecerlo, para los criterios de cada época).

Las creencias, la cultura, en definitiva, han distado de ser homogéneas, especialmente en cuanto al modo en cómo se concebía la enfermedad. Las explicaciones en cuanto al origen son el elemento que más ha condicionado el acercamiento de la sociedad a los pacientes y las medidas que se han implementado en cada momento histórico para "tratarlos". En el caso de las "alteraciones de la mente y la conducta", conocidas desde la Antigüedad[1], las explicaciones han transitado desde el pensamiento mágico (asociación a lo sobrenatural, bien por posesión diabólica, bien por mediación divina), a la obstrucción de la circulación de los humores a nivel cerebral, al influjo de las estrellas (dando nacimiento a la *lunacy* del siglo XVI), a influencias psicogénicas o sociogénicas, o a las teorías más biologicistas de los neurotransmisores o de los factores inflamatorios. Ello dio protagonismo sucesivo a sacerdotes, astrólogos, curanderos o médicos, y modificó también, como veremos, el marco físico de tratamiento.

Habría que esperar hasta el siglo XVI para que uno de los profesionales, el psiquiatra, más bien *alienista* en ese momento, tomara a su cargo lo que hasta ese momento no era sino un problema social[2]. Durante mucho tiempo la consideración global y conjunta de pobres, vagabundos, menesterosos, disipados, idiotas y tarados hizo que el cuidado no estuviera realmente asignado, y mucho menos tuviera el carácter médico—y por ello "científico"— de otras especialidades.

Las instituciones religiosas, de forma mayoritaria, asumieron el cuidado de estos grupos marginales y marginados, junto con las familias, desde una perspectiva misericorde y compasiva. Este hecho, sin embargo, se vio modificado por el nacimiento y organización de los estados modernos, en cuyo seno se desarrollaron las instituciones. Así nacieron otros modelos de atención, dirigidos a una miscelánea poblacional caracterizada por su desajuste social, cuya promoción respondía a algunas ideas clave[3]:

- La atención a este colectivo variado se producía en una transición desde la idea de la caridad, que habían asumido fundamentalmente las organizaciones religiosas, a la asunción de la responsabilidad de la atención por parte de los Estados, en pro del orden público (control social, dirían otros) y otras consideraciones burguesas.

 © FEPSM

- El objetivo era reunir a distintos grupos poblacionales, que no encontraban lugar en el desarrollo social que se estaba produciendo, en hospicios, hospitales, asilos, u otras instituciones similares. Esto iba a permitir optimizar los esfuerzos de las organizaciones en atenderlos. Un elemento nada desdeñable en una realidad de restricción de recursos casi crónica.
- Subyacía la idea de separar estos colectivos de las comunidades "normalizadas". La separación se justificaba por la necesidad de proteger a la comunidad de grupos de sujetos cuya conducta no resultaba previsible ni regulable, al menos en un medio social abierto. Ese objetivo de segregación había animado, con anterioridad, iniciativas menos humanitarias como las barcazas que recogían "trastornados" en los canales flamencos o las expulsiones colectivas de ciudades y pueblos.

El manicomio (del griego *manía*, manía, y *komeo*, comio-lugar donde cuidar) surgió en esta dualidad cuidado-segregación, como una solución específica al problema de la enfermedad mental, a priori incurable. Allí se ubicaron también otras personas simplemente "problemáticas". La idea de control social acompañó estos primeros desarrollos institucionales desde el primer momento, como también la necesidad de "protección" de la población, presa de un miedo ancestral a la locura y su presumible peligrosidad. Nacieron así las grandes instituciones manicomiales, de coste controlado y escasa regulación, que resolvieron, al menos aparentemente, un problema candente.

En su nacimiento, los manicomios eran lugares sin retorno, custodiales, donde la mayoría de los internos, enfermos o no, eran contenidos, y donde sufrían un deterioro progresivo e inexorable. La asistencia se basaba en indicaciones de especialistas de prestigio, con poca base científica, o en meros ensayos, y se aplicaban por colectivos de escasa preparación. Todo ello dio lugar a sucesos que forman parte de la historia más oscura de la especialidad, un lastre de la que no ha sido fácil desprenderse y que ha contribuido durante siglos al estigma ligado a la psiquiatría y a los enfermos psiquiátricos.

Esta realidad no podía sostenerse indefinidamente. Los intentos de reforma iniciados por Pinel (1745-1826) y su discípulo Esquirol (1772-1840), con el *tratamiento moral*, fueron precursores, junto con muchos otros, de los grandes cambios asistenciales que vendrían tiempo después. Fue el primer reconocimiento de la naturaleza humana de los enfermos y de la necesidad de orientar de forma diferente, y con otros objetivos, su cuidado y asistencia.

1.2. La Reforma Psiquiátrica

La segunda mitad del siglo XX marcó el inicio de un cambio de paradigma en la atención a las enfermedades psiquiátricas. Aunque el origen del cambio se considera multifactorial, algunos de los elementos tractores merecen destacarse: el hecho de que la salud mental fuera incorporada por la Organización Mundial de la Salud como un elemento contribuyente de la salud, globalmente considerada; el desarrollo de la conciencia social relativa a los derechos humanos y especialmente en lo relativo a su reconocimiento y consideración en las minorías vulnerables; el desarrollo de la medicina y la aparición de tratamientos cada vez más eficaces, y, por último, la transformación de los sistemas de asistencia sanitaria que se orientaban cada vez más a la comunidad. En este marco, los manicomios constituían estructuras anacrónicas difícilmente defendibles.

Los años 60 y 70 fueron testigos de un movimiento mundial, activo y resuelto a lograr transformaciones, que se dio a conocer como la Reforma Psiquiátrica. Diversos agentes sociales y profesionales denunciaron las condiciones y medios de tratamiento de los pacientes psiquiátricos (y otros) y exigieron

 © FEPSM

cambios. Este movimiento aportaba una reflexión novedosa sobre elementos de planificación asistencial, modificación de los recursos y estructuras de asistencia psiquiátrica, establecimiento de nuevas líneas de trabajo e investigación en salud mental, creación de consensos, procedimientos y protocolos, modificación de los marcos legislativos, colaboración con otros agentes e instituciones sanitarias, y aparición/promoción/colaboración de agrupaciones de usuarios y familiares, entre otras líneas de desarrollo.

La Reforma Psiquiátrica tuvo como uno de sus elementos centrales, el cambio de perspectiva asistencial y desarrollo del modelo comunitario de atención que traía consigo, indefectiblemente, la desinstitucionalización y la prevención de futuras institucionalizaciones. La ingente tarea requería el desarrollo de marcos asistenciales comunitarios generales, pero también de apoyo específico para personas que habían desarrollado su vida, durante muchos años, en el marco protector y custodial de la institución manicomial. Requería, asimismo, clarificar los procesos de salida de los pacientes institucionalizados, y el estudio y prevención de los factores que favorecían la institucionalización. Junto a esto se hacía imperativo el desarrollo de una red asistencial comunitaria capaz de asumir el tratamiento de los trastornos asignados a la especialidad psiquiátrica, una gran desconocida para otros especialistas, y estrategias para combatir el estigma social, una batalla largamente aplazada.

Evidentemente, la realidad fue muy dispar, en distintos países, e incluso dentro de los propios países (y nuestro país no fue excepción), en las diferentes regiones, fueron distintos los niveles de desarrollo comunitario y el tipo de recursos que se propiciaron, así como la financiación.

En nuestro país la Reforma Psiquiátrica tuvo lugar, oficialmente, a partir de 1985 con el *Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica,* que quedó plasmado en la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril) en su artículo 20 (Capítulo III: De la Salud Mental), que vino a señalar[1]:

- La *total equiparación del enfermo mental* al resto de pacientes del sistema sanitario y social.

---

[1] *Artículo 20:*

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

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

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

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

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

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

 © FEPSM

- La preeminencia de la atención *en el ámbito comunitario*, que debía dotarse de los recursos necesarios tanto en centros ambulatorios como en unidades de hospitalización parcial y hospitales de día.
- La necesidad de desarrollos específicos para la población infantil y geriátrica.
- La hospitalización preferente en Unidades de Psiquiatría ubicadas en Hospitales Generales
- Y la necesidad de desarrollar servicios de rehabilitación y reinserción coordinados con los servicios sociales.

2. NUEVAS ESTRUCTURAS. ¿NUEVOS CONCEPTOS?

Como era de esperar, el proceso de desinstitucionalización de los pacientes de larga estancia ubicados en los hospitales psiquiátricos desveló importantes diferencias entre los pacientes, y subrayó la necesidad de estructuras comunitarias muy diversas, para que el proceso pudiera ser posible. Este proceso, al revelar estas diferencias, también dio lugar al nacimiento de una nueva terminología, más relacionada con necesidades asistenciales y de gestión que con elementos nosológicos.

Como antecedente del Trastorno Mental Grave, encontramos en la literatura el término "*Difficult to place patients"*. Este término encabezó una publicación realizada en el marco del Proyecto TAPS[4] (T*eam for Assessment of Psychiatric Services)*, desarrollado en Gran Bretaña, aunque se citó con anterioridad en otras publicaciones del mismo grupo de trabajo, y de forma similar por otros autores, años antes[5].

Este equipo (TAPS) tenía, como parte de su tarea, el desarrollo de las estructuras comunitarias donde debían reubicarse los pacientes psiquiátricos que habían estado previamente institucionalizados. El término sirvió para designar grupos de pacientes que, tras implementar todas las estrategias de reubicación, abordaje y reinserción que permitían el cierre de los hospitales psiquiátricos de estructura manicomial, permanecían como grupo residual no susceptibles de un alta hospitalaria inmediata o fácil. Fueron estudiados específicamente para tratar de establecer las estrategias asistenciales a partir de sus necesidades específicas. Se trataba de pacientes con menor tiempo de estancia, en general más jóvenes que la media, pero más graves psicopatológicamente y con conductas disruptivas (agresividad, incumplimiento terapéutico y conductas sexual inapropiada).

Es en este contexto de corte asistencial o de gestión/planificación asistencial, donde surgen múltiples términos para señalar colectivos de pacientes psiquiátricos con mal pronóstico, inicialmente en cuanto a su reubicación, pero también en cuanto a su evolución clínica, las posibilidades de reinserción o rehabilitación comunitaria, condiciones sociales y familiares o vulnerabilidad. Los diferentes términos, surgidos durante los 80s y 90s tras la reforma, incluyeron progresivamente a otros pacientes que, no habiendo pisado nunca un hospital psiquiátrico, no parecían susceptibles de abordaje con los recursos comunitarios disponibles.

Como afirman Manderscheid et al.[6] eran necesarias nuevas definiciones para identificar a los sujetos con las enfermedades mentales más graves y para establecer el marco de las nuevas políticas asistenciales, al tiempo que se atendían los diferentes subgrupos poblacionales dentro de la salud mental.

En los textos podemos encontrar una terminología variada: Trastorno Mental Crónico —término que se ha tendido a desechar por el estigma de la palabra "crónico"—, Trastorno Mental Severo o Trastorno Mental Grave, término este que parece haber hecho fortuna en nuestro país, de forma similar al *Severe*

 © FEPSM

or Serious Mental Illness (SMI) más frecuente en los ámbitos angloparlantes. En los medios sociosanitarios de nuestra geografía, tiene cierto predicamento el término Enfermedad Mental Grave y Persistente[3] que puede considerarse equivalente.

En relación al que denominaremos, en adelante, como Trastorno Mental Grave (TMG) hay que señalar, en primer lugar, que existen problemas persistentes relativos a determinar la población que debe considerarse "incluida" o susceptible de denominarse en esos términos. En el siglo XXI, los aspectos de conceptualización respecto al Trastorno Mental Grave distan de haberse clarificado.

Para comprender mejor esta dificultad es de referencia obligada el trabajo de Schinnar y cols. en el American Journal of Psychiatry (1990)[7], que revisó las 17 definiciones de "*Severe and Persistent Mental Illness*" utilizadas por diferentes autores en la literatura más relevante de los 10 años precedentes. Los autores trataron de establecer los elementos comunes y diferenciales de las diferentes definiciones, y como esto podría afectar a datos epidemiológicos.

Señalaron que las diecisiete definiciones (de trece autores diferentes) cumplían los criterios de haberse promovido con posterioridad al proceso de desinstitucionalización, en un marco de asistencia en salud mental en los EE.UU., y tenían suficiente especificidad para ser aplicadas operativamente. Aunque, sin duda alguna, el artículo merece la pena analizarse en profundidad, a efectos prácticos se destacarán únicamente algunas conclusiones:

- El concepto de TMG tendía a identificarse con el concepto de "Enfermedad Mental Crónica" descrito por Minkoff en 1978, y, en especial, con el subtipo que denominó como "*Chronically Mentally disabled*" de los tres que describió, y en el que predominaba la discapacidad asociada al trastorno.[2]

- Los criterios incluían, en la práctica totalidad de los casos, tres categorías mayores: diagnóstico, discapacidad y duración

- Las discrepancias más relevantes entre autores se centraban en el criterio duración (¿de la enfermedad? ¿de los síntomas sin modificación?¿de la hospitalización?¿del episodio actual?)

Los autores identificaron la definición del *National Institute of Mental Health (1987)*[8] , conocida como NIMH2[3], como base de la mayoría de las definiciones de los diferentes autores. De acuerdo a esta definición, el diagnóstico de *Severe and Persistent Mental Illness*, equivalente al Trastorno Mental Grave, requería el cumplimiento de tres criterios:

- La existencia de un diagnóstico de psicosis no orgánica o trastorno de personalidad de acuerdo con la CIE-9.

- Una historia de hospitalizaciones psiquiátricas previas o tratamiento ambulatorio prolongado en el tiempo.

---

[2] Minkoff describió además los subtipos *"Chronically mentally ill*" para aquellos sujetos afectados por una enfermedad crónica diagnosticada, sintomática o no en el momento de ser evaluados, y "C*hronic mental patient"*, haciendo referencia en este caso a los pacientes institucionalizados.

[3] La definición NIMH1 de 1977, subsumida en la de 1987, era menos específica en la identificación de las áreas de discapacidad y difería en criterios de duración, que se consideraban ligados a la hospitalización.

 © FEPSM

- Una afectación funcional significativa, identificada por la presencia de al menos tres de las siguientes:

- Conducta social inapropiada que determina o ha determinado la intervención de los servicios de salud mental o del sistema judicial.
- Necesidad de ayuda en actividades básicas de la vida diaria, como higiene, preparación de alimentos o gestión económica.
- Desempleo, empleo protegido o apoyado, clara limitación en habilidades laborales que han condicionado una historia laboral pobre.
- Deterioro moderado en actividades no laborales (ocio, mantenimiento del hogar, etc.).
- Limitación en el funcionamiento social.

Una de las conclusiones llamativas que los autores referían es que, salvo que se alcanzara un acuerdo razonable en cuanto a los criterios de inclusión, la varianza diagnóstica observada implicaba que el tratamiento del trastorno iba a depender más de la comunidad de residencia que de la gravedad objetiva del trastorno mental en el paciente específico. Los autores defendían, como otros muchos autores con posterioridad, que el criterio de duración debía hacer referencia a la persistencia de la discapacidad y no a la duración de la enfermedad, sugiriendo el criterio de discapacidad como el más relevante, aunque no el único.

3. TRASTORNO MENTAL GRAVE: CRITERIOS Y EPIDEMIOLOGÍA

A la luz del artículo seminal de Shinnar et al. la perspectiva tridimensional del Trastorno Mental Grave parece no solo generalizada, sino también la más razonable para comprender la complejidad del grupo de pacientes a que se refiere. Con fines exclusivamente prácticos, y para dar cuenta de la falta de definición nosológica de la realidad que se pretende abarcar, veremos cada uno de los tres criterios por separado.

3.1. Entidades diagnósticas incluidas en el Trastorno Mental Grave

Desde los primeros artículos publicados en el proceso de desinstitucionalización, ya se hace evidente la falta de acuerdo en cuanto a qué entidades diagnósticas o trastornos psiquiátricos (según la nomenclatura de la época) debían considerarse TMG.

Mientras que el NIMH, como ya comentábamos anteriormente, establecía como criterio diagnóstico el padecimiento de una psicosis no orgánica o trastorno de la personalidad, otros autores defendieron criterios “inclusivos” y consideraron que debieran incluirse trastornos como psicosis orgánicas, adicciones o retraso mental (en terminología de la época)[9-11].

Más recientemente, otros autores se han mostrado partidarios de criterios inclusivos, que consideran parte del TMG tanto los trastornos delirantes como la esquizofrenia, los trastornos del ánimo, las neurosis, los trastornos conductuales o los trastornos de la personalidad[12], e incluso hay autores de nuestro medio que defienden la inclusión de los trastornos disociativos[13.]

Wing recuerda, además, que demencias, adicciones, trastornos del desarrollo y trastornos de inicio en la infancia y la adolescencia, aunque no pertenezcan al TMG pueden ser comórbidos, un fenómeno frecuente que afecta muy específicamente a los trastornos por uso de sustancias en este colectivo[12].

 © FEPSM

La mayor parte de los autores y de los programas desarrollados para el Trastorno Mental Grave en nuestro país, tienden a considerar el diagnóstico como un elemento controvertido. Incluyen de forma generalizada las llamadas "psicosis funcionales"—que hace referencia a trastornos del espectro esquizofrénico y otras psicosis afines, y trastornos del estado de ánimo—, pero señalan que otros trastornos, en función de su gravedad y la disfuncionalidad que puedan producir, también pueden (y probablemente deben) ser considerados trastornos mentales graves[5,14]. Con este mismo criterio la Guía de Práctica Clínica de Intervenciones Psicosociales en el TMG del Sistema Nacional de Salud (2009) propone la inclusión de trastornos psicóticos no orgánicos y TOC[15].

3.2. Criterios de duración en el TMG

En los distintos trabajos que hemos citado[3,7,8] el criterio de duración aparece como el de menor relevancia y quizá también el más problemático. Básicamente, la mayor parte de la literatura trata de establecer en qué forma este criterio puede contribuir a establecer la gravedad del trastorno e identificar cómo la persistencia del trastorno condiciona un mal pronóstico, influenciando la vida de quien lo padece y de su entorno. Se trata, además, de evitar la inclusión de cuadros transversalmente muy severos, pero que tienen una buena respuesta y una recuperación notable y relativamente rápida.

La mayor parte de los artículos, que abordaron inicialmente el proceso de conceptualización de TMG o SMI, trataron de operativizar este criterio para que fuera posible la identificación de la población a considerar. Lo hicieron considerando la duración de la enfermedad[8-11] o la duración de los periodos de hospitalización[10].

Las publicaciones más recientes tienden a establecer criterios más homogéneos en cuanto a considerar un tiempo de tratamiento mínimo de dos años como sugestivo de cronicidad o, alternativamente un tiempo similar en que se acredite la discapacidad[3,15]. Todavía algunas publicaciones reflejan el criterio temporal referido a la duración de la enfermedad, pero como afirma Ruggeri[16], es problemático trabajar con un dato de tan escasa fiabilidad. La demora en la atención a los pacientes psiquiátricos graves es frecuente y tiene causas múltiples (estigma, escasa conciencia de trastorno, sobrecarga o escasez de recursos en la zona, etc.), de ahí que parece más razonable utilizar otros criterios de cronicidad.

3.3. Discapacidad

Mientras que la duración ha sido un criterio que ha ido perdiendo fuerza en la inclusión de los pacientes en el grupo de TMG, la discapacidad ha sufrido un fenómeno opuesto. Este hecho probablemente no ha sido ajeno a la consideración de que las áreas específicas de discapacidad permiten establecer medidas asistenciales con objetivos concretos y facilitan la medición de resultados.

El criterio de discapacidad propuesto por el NIMH se operativizó rápidamente mediante el uso del GAF (*Global Assessment of Functioning Scale*), modificada del GAS de Endicott et al. (publicado en los *Archives of General Psychiatry* en 1979) y establecida como eje V por la Asociación Americana de Psiquiatría en el DSM-III-R de 1987. Fue adaptada y traducida en nuestro país como Escala de Evaluación de la Actividad Global (EEAG) por Martínez Azurmendi[17].

El GAF/EEAG es una escala descriptiva, de una única puntuación entre 1 y 100 en horquillas de 10 puntos. Se considera que existe una disfunción moderada en puntajes inferiores o iguales a 70 y severa en puntajes inferiores a 50. Esta escala ha sido criticada con cierta frecuencia por la miscelánea de síntomas clínicos y datos relativos a un funcionamiento deficiente, en cada horquilla de puntaje, y perdió su papel, definitivamente, al desaparecer en el DSM5 junto con el diagnostico por ejes. No obstante,

 © FEPSM

muchos autores preferían desde tiempo atrás el uso de la Escala de Evaluación de la Discapacidad de OMS (WHODAS).

En nuestro país otros instrumentos de evaluación de uso habitual en la valoración de la discapacidad han sido el HoNOS o el PSP. El HoNOS (Health of the Nation Outcome Scales), adaptada por Uriarte et al.[18] es un instrumento de evaluación diseñado para medir todo el rango de problemas físicos, personales y sociales asociados a la enfermedad mental, destinado a la evaluación de adultos en contacto con servicios de asistencia secundaria y terciaria de salud mental . El PSP (*Personal and Social Performance)*, más reciente, ha sido validado por Paz García-Portilla y el Grupo de Oviedo en 2010[19], en pacientes con esquizofrenia, y se presenta como un instrumento sólido para evaluar el funcionamiento y la discapacidad.

A todas luces, la discapacidad es el parámetro de inclusión, en esta categoría pragmática que es el TMG, que resulta más significativo en la literatura y que se va imponiendo sobre el criterio diagnóstico, hasta el punto de convertirse en el eje de las definiciones de uso habitual:

"*Serious mental illness (SMI) is defined as a mental, behavioural, or emotional disorder resulting in serious functional impairment, which substantially interferes with or limits one o more major life activities. The burden of mental illnesses is particularly concentrated among those who experience disability due to SMI".* (Definición actual del Instituto Americano de Salud Mental: La enfermedad mental grave o severa se define como un trastorno mental, conductual o emocional, que da lugar a un grave deterioro funcional que interfiere significativamente o que limita las actividades esenciales de la vida. La carga debida a enfermedad mental se concentra especialmente entre aquellas personas que presentan discapacidad debida a TMG"[20].

O la definición del IMSERSO de 2007[5]: *"Consideramos incluidas en el grupo de personas con enfermedad mental grave y duradera a aquellas que padecen síntomas de psicosis funcional (típicamente diagnosticadas como esquizofrenia, trastorno bipolar, pero también otras), y que como consecuencia de su enfermedad padecen discapacidades persistentes"*

3.4. Prevalencia

Plantear la prevalencia en un grupo de trastornos, con límites tan imprecisos y criterios tan variables, puede resultar una tarea imposible. De ahí que, probablemente, resulte más adecuado hablar de estimaciones que de evidencias. Ello no obsta la importancia de tratar de establecer la magnitud de este problema, que se sospecha significativo.

En este marco resulta destacable el trabajo de Ruggieri et al.[16], que sometía los conocidos estudios de Londres y Verona, de los propios autores, a una revisión en función de criterios amplios o restrictivos de TMG. En uno de los grupos, el de Londres, se incluyeron solo psicosis llamadas funcionales, se ignoró la duración de la enfermedad para establecer el criterio de dos años de tratamiento, y se utilizó el GAF para la evaluación de la discapacidad (bien con un punto de corte moderado o bien severo, con los criterios del NIMH). También reflejan que los criterios de identificación de caso no fueron idénticos en ambos estudios.

Pese a las limitaciones, muchos de los resultados sugerían, como se pretendía, las dimensiones del problema:

- Más un tercio de los pacientes diagnosticados de una psicosis funcional tenían TMG.

 © FEPSM

- La prevalencia anual de psicosis por mil habitantes fue de 7,84 en Londres y 3,41 en Verona. La diferencia puede explicarse al menos parcialmente por las características sociodemográficas diferenciales. El estudio de Londres se realizó en una zona más deprimida socialmente.
- La tasa de prevalencia de TMG con criterios restrictivos (solo psicosis funcionales, tratamiento durante al menos dos años y puntajes GAF inferiores a 50) fue de 2,55 por mil en Londres y de 1,4 por mil en Verona (31% de los trastornos psicóticos en Londres y el 40% en Verona).
- Los autores abogaban por utilizar criterios restrictivos de disfunción para discriminar (un puntaje GAF moderado, igual o inferior a 70, incluiría entre el 80 y el 84% de las psicosis en ambas áreas).
- No se dispone de datos en el estudio de Londres, pero en Verona la prevalencia total de pacientes tratados no psicóticos era de 11,42 por mil. En ellos la prevalencia de TMG, considerando duración del tratamiento y disfunción severa era el 9%. Estas cifras parecen apoyar un concepto más amplio que el meramente diagnóstico.

Por su parte el Instituto Americano de Salud Mental (NIMH)[20], en cifras publicadas en 2016 (no constan más recientes al momento de realizar este trabajo) estimó en 10,4 los adultos de 18 años o más afectados por un SMI, el equivalente a un TMG. Esta cifra representaría un 4,2% de la población, de los cuales solo el 64,8% recibieron tratamiento. Por rango de edad, la horquilla de mayor prevalencia se sitúo entre los 18 y los 25 años.

Un dato a tener en cuenta es que el estudio no consideró los grupos poblaciones “ilocalizables” como vagabundos-*homeless*, militares en destino, o personas institucionalizadas (bien en centros de cuidado asistencial, bien en unidades penitenciarias), por lo que las cifras podrían ser incluso mayores.

Las cifras en nuestro país son meramente estimativas. Pese a que en 2014 se acordara por el gobierno español la creación en Valencia de un Centro Estatal para la Atención Psicosocial a las personas con Trastorno Mental Grave (CREAP)[21], las medidas asistenciales parecen haber sido el desarrollo preeminente y el fondo bibliográfico del centro carece de datos que orienten sobre la población afectada en nuestro país. Para la Organización Mundial de la Salud[22] la prevalencia del TMG se estima en nuestro país, probablemente por analogía a otros datos europeos, entre un 0,3-0,6% de la población, lo que supondría, en el mejor de los casos, que afecta a unas 150.000 personas. Otras cifras que se manejan hacen referencia a que un 40% de los trastornos psicóticos cumplirían criterios de TMG, así como un 9% de los trastornos no psicóticos, por analogía con estudios internacionales ya mencionados[14].

4. ASPECTOS CLÍNICOS Y DE SEGUIMIENTO EN EL TRASTORNO MENTAL GRAVE

4.1. Intervención en el TMG: Objetivos y Estrategias

Los objetivos generales planteados para las intervenciones en pacientes con TMG son muy similares en los diferentes textos consultados. De forma genérica podrían agruparse en cuatro tipos[23]:

1.- Detección e intervención precoces.

2.- Establecer los cuidados en crisis. Ubicación y tipos de intervención.

 © FEPSM

3.- Estabilización y manejo de los problemas físicos y mentales.

4.- Apoyo a la recuperación[4], autonomía y compromiso.

Para el TMG se han desarrollado y propuesto multitud de intervenciones multidisciplinares e interdisciplinares que se ubican en el marco de la rehabilitación psicosocial[5,14,24].

En la Guía Práctica de Intervenciones Psicosociales en TMG, realizada en 2009 por un grupo de especialistas, con el apoyo de la Sociedad Española de Psiquiatría, se evaluaron especialmente las intervenciones psicológicas y sociales, señalándose las recomendaciones en cuanto al tipo de terapia (especialmente la cognitivo-conductual, pero no en su variante de resolución de problemas, y la terapia interpersonal, no counselling/apoyo/psicodinámico u otras, tipo hipnosis o psicodrama). Los datos parecían apoyar también la rehabilitación cognitiva y la psicoeducación, preferentemente con familiares, así como las intervenciones unifamiliares[15].

Pero más allá de los diferentes tipos de intervenciones, que se reflejan en la mayoría de los programas de atención al TMG, desarrollados en las diferentes comunidades autónomas, lo que parece imprescindible es que existan estructuras, recursos y organizaciones asistenciales que garanticen una atención integral e individualizada, con continuidad de cuidados. ¿Existen esas estructuras, recursos y organizaciones?

La atención al TMG ha sido tradicionalmente asignada a un lugar común entre los Centros de Salud Mental y los Centros de Intervención Social, el espacio sociosanitario, cuya complejidad y dificultad de caracterización son evidentes.

4.2. Continuidad de Cuidados: Gestión de casos y Tratamiento Asertivo Comunitario

Aunque sea de forma esquemática podemos afirmar que son dos los modelos habituales de abordaje, que presentan entre sí algunos elementos diferenciales[25]:

En primer lugar, y más conocido por la mayoría de los profesionales, se ubican los sistemas de gestión de casos, que tal y como explica Rodríguez, responden a cinco funciones básicas: evaluación de necesidades, planificación, articulación, seguimiento y promoción del tratamiento. Modelo nacido para coordinar los casos más complejos, existe habitualmente un gestor individual que asume la responsabilidad de la coordinación e intervención en el caso concreto. El equipo, que puede pertenecer a diferentes dispositivos, trabaja sobre una evaluación personalizada de necesidades.

El segundo modelo, conocido como Tratamiento Asertivo Comunitario nació como una alternativa al tratamiento hospitalario en los 60 y se analizó en un artículo seminal de Stein (recientemente fallecido) y Test en 1980[26]. Se trata de un programa con 8 requerimientos:

1.- Provisión de recursos materiales como alimentación, alojamiento y atención médica.

---

[4] Recuperación entendida no como control y desaparición completa de los síntomas, sino por alcanzar un estado tal que permita al sujeto el desarrollo de su proyecto de vida con una mínima calidad.

© FEPSM

2.- Generar habilidades y adaptación para responder a las demandas de la vida comunitaria, que deben ser aprendidas "in situ".

3.- Motivar al paciente manteniéndolo implicado en la vida.

4.- Evitar que se establezcan relaciones de dependencia favoreciendo la autonomía.

5.- Apoyo a los miembros del entorno en contacto con el paciente.

6.- Tratamiento asertivo, evitando abandonos.

7.- Debe incluir tratamiento farmacológico y las intervenciones clínicas necesarias.

8.- Debe intervenirse los 7 días de la semana, 24 horas al día, la mayoría fuera del despacho.

En el TAC el "trabajo supone tanto articularse como interactuar sobre una problemática concreta, además de delimitar las tareas y coordinar las intervenciones que permitan la continuidad de cuidados"[27]. Este último es un concepto, que el autor, promotor del llamado Modelo Avilés, pionero del TAC en nuestro país, trata de diferenciar bien de la continuidad asistencial, a menudo descoordinada, que ha sido habitual en la asistencia a estos pacientes graves.

Este programa, de larga implantación en países de tradición anglosajona, ha sido adoptado y adaptado en nuestro país por distintos equipos en muchas de nuestras CC.AA y es motivo de una reunión anual específica en Galicia desde 2004.

Su filosofía comunitaria, individualizada, asertiva (no esperamos al paciente, vamos en su busca), orientada a la autonomía, activa y socialmente inclusiva, podría parecer idónea para los TMG. Sin embargo, parece oportuna la afirmación del Dr. Martínez Jambrina en el sentido de que más que buscar un tipo de paciente asignable al TAC, debemos clarificar qué intervenciones de probada eficacia pueden administrarse en el marco de la acción de los equipos de TAC a los pacientes más graves[28]. Otra de las preocupaciones lógicas, dada la complejidad de recursos que requiere (multidisciplinar, comunitaria y domiciliaria, 365 días al año) hace referencia a su eficiencia y eficacia: ¿Están avalados estos programas por resultados en relación a la atención estándar?

Los resultados no siempre han apoyado la generalización de estos programas. La revisión Cochrane de 2003 señalaba como elementos positivos del TAC la menor desvinculación de los pacientes, la menor tasa de ingresos y que éstos eran más breves, pero señalaba la ausencia de ventajas sobre seguimiento estándar en cuando a la detección de síntomas negativos y de funcionamiento social. Otros aspectos que parecían responder positivamente eran la tasa de empleo, la estabilidad en la vivienda y la satisfacción del usuario.

Un estudio realizado en nuestro país[29] analiza pormenorizadamente multitud de estudios con resultados muy variables y nada concluyentes.

Quizá convendría, por ello, tener en cuenta que no tiene mucho sentido implementar un equipo de TAC cuando los centros de salud mental de la zona funcionan adecuadamente y disponen de recursos, cuando la coordinación con la red de recursos sociales no es fluida, o cuando no existe consenso claro acerca de la intervención entre los profesionales implicados[28].

 © FEPSM

4.3. Algunos Problemas en el marco asistencial del TMG

Un dicho popular afirma que "el papel lo aguanta todo", por ello además de planificar y describir, conviene plantear una visión crítica de cuanto ha acontecido desde el inicio de la reforma psiquiátrica en nuestro país. Lo cierto es que la realidad parece distar mucho de unos lugares a otros y que los pacientes más graves, siendo los más vulnerables, son los que menos demandan y, por ello, pueden ser fácilmente "peloteados dentro del sistema".

El riesgo de una asistencia psiquiátrica de dos velocidades, en función de recursos disponibles, y de fragmentación si no hay una buena coordinación y suplencia de los dispositivos, es más que evidente. De forma genérica, los principales problemas que afronta la asistencia psiquiátrica podrían resumirse en los siguientes:

1.- Insuficiente reforma de la asistencia primaria: aun cuando los médicos de atención primaria cada vez se muestran más interesados en los trastornos psiquiátricos, todavía se requiere mayor esfuerzo de formación y apoyo.

2.- Incremento continuo de la demanda sobre los Centros de Salud Mental. Este hecho no solo depende del problema anterior y de una "psiquiatrización/psicologización" de los problemas cotidianos, sino que también se agudiza por solicitudes desde los ámbitos extrasanitarios (laborales, sociales, jurídicos, etc.). Los pacientes más graves pueden (y así está ocurriendo) acabar siendo desplazados por demandas con menor potencial de discapacidad y menor gravedad objetiva.

3.- Saturación de los Servicios Sociales, sometidos a una presión significativa en la administración y asignación de recursos públicos para grupos poblacionales muy vulnerables y muy diversos.

4.- Insuficiente desarrollo de equipamientos comunitarios y de orientación a la rehabilitación/reinserción.

5.- Otros: entre los que podríamos citar el insuficiente desarrollo del espacio sociosanitario en muchas regiones, con multiplicidad de financiaciones, criterios y coordinación; la ausencia de proyectos homogéneos para el abordaje del TMG o la ausencia de estudios específicos amplios y validados que orienten la planificación.

El grupo de los pacientes con Trastorno mental Grave se ha convertido, por todo ello, en un grupo de riesgo, un grupo altamente vulnerable:

El primer elemento de vulnerabilidad lo constituye la llamada brecha terapéutica[30]**,** esto es, el elevado porcentaje de pacientes que abandonan todo contacto con los servicios y con cualquier tipo de tratamiento. En su artículo Torres-González cita un estudio de la OMS de 2004 que mostraba en Europa la relevancia epidemiológica de este fenómeno. Entre el 35,5 y el 50,3%, según los países, de los pacientes con trastorno psiquiátrico severo (TMG en otra terminología) no estaban recibiendo tratamiento. El NIMH americano[20] estimaba que el fenómeno alcanzaba un 36% en EE.UU.

El segundo elemento de vulnerabilidad es la elevada morbimortalidad de estos pacientes, que es, en todo caso, muy superior a la población general, como consecuencia de factores múltiples como tabaquismo, consumo de drogas, deficiente autocuidado (que genera obesidad, diabetes y otros problemas cardiovasculares), efecto de los tratamientos, pobreza, etc. A ello se añade la alta tasa de suicidios en esta población[12].

 © FEPSM

Hace apenas unos años la Asociación Americana de Psiquiatría estimaba en 25 los años de acortamiento vital de los pacientes con TMG, y el pasado año la propia APA elaboraba un documento[31] titulado "*Psychiatry's Role in Improving the Physical Health of Patients with Serious Mental Illness*" (El papel de la psiquiatría en la mejora de la salud física de los pacientes con TMG) para promover la atención a estos aspectos entre los especialistas. Más recientemente, la Organización Mundial de la Salud ha asumido ese mismo reto y ha publicado un guía clínica[32], que contempla intervenciones sobre el tabaquismo, el sobrepeso, las infecciones o el consumo de sustancias, entre otras, pero que también revisa la evidencia disponible sobre esta asociación trastorno mental grave-problemas de salud física.

Un problema, el de las enfermedades físicas asociadas, que se agrava aún más cuando se considera la población geriátrica de TMG, que presenta problemas agravados respecto a la población general pareada[33]. Los autores señalan la ausencia de estudios e investigaciones específicas suficientes, aunque se sugiere que sufren mayor tasa de hospitalizaciones y más prolongadas, mayor tasa de atención urgente, mayor tasa de caídas, abuso de sustancias y alcoholismo. La edad aparece, así como un factor de agravamiento en la discapacidad y el padecimiento de un TMG, como un elemento de discriminación que se añade al riesgo de ageísmo.

4.4. Trastorno Mental Grave. Algunos aspectos Psiquiátrico-Legales

Los problemas asistenciales no son los únicos que surgen cuando se estudia este grupo de pacientes.

Una de las principales dificultades, tratada exhaustivamente en otros foros y en otros encuentros, y que por tanto solo se mencionará, hace referencia a la capacidad en estos pacientes para la toma de decisiones sanitarias. ¿Cómo abordar el tratamiento de un grupo de pacientes en el que la primera dificultad es la adherencia al seguimiento, fruto de la escasa conciencia de trastorno?

Muchas de las medidas que se consideran idóneas para el tratamiento del TMG tienen un marco comunitario que a menudo requiere voluntariedad; las breves hospitalizaciones a menudo son dificultosas porque no resulta clara la indicación o el beneficio, y los cuidadores principales, las familias, se convierten en agentes afectados si no reciben apoyo suficiente. La búsqueda de un difícil equilibrio entre el respeto a la autonomía de los pacientes y la evitación del abandono de aquellos pacientes que no pueden procurarse los cuidados necesarios y están abocados al deterioro, no resulta siempre satisfactoria ni facilitada por las estructuras sociales, sanitarias y judiciales. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta exigente sobre la necesidad de limitar las medidas de coerción. Este nuevo marco, que probablemente supondrá modificaciones legislativas muy importantes, va a requerir un notable esfuerzo de reflexión y acuerdo para abordar a estos pacientes.

El segundo problema se ha venido llamando la segunda institucionalización o el riesgo de transinstitucionalización[5] o reinstitucionalización[6]. Esto es, los pacientes con trastornos mentales graves fueron dados de alta de los hospitales de larga estancia, pero este hecho va seguido de un aumento en la prevalencia de enfermos mentales en las prisiones que Lamb señalaba ya a finales del siglo pasado y que viene a confirmar en una publicación posterior[34]. En EE.UU., en el periodo de 1978

[5] Se entiende por transinstitucionalización el mero traslado de pacientes desde la institución psiquiátrica a otra institución residencial.

[6] Se entiende por reinstitucionalización la reentrada del paciente psiquiátrico a la institución psiquiátrica, penitenciaria o residencial (social o sociosanitaria) sin que se haya producido una reinserción social real.

© FEPSM

a 2000, el número de internos pasó de 209 a 708 por 100 mil en las prisiones estatales y federales estadounidenses (no había datos anteriores a esa fecha), con un porcentaje de TMG que se estima entre un 16 y un 24%. Los autores estimaron que, dado el número de personas desinstitucionalizadas, y el porcentaje de TMG estimado en el año 1978, no podían sino concluir que se había producido un transvase considerable de los hospitales a las cárceles. Atribuyeron este hecho a la falta de un tratamiento adecuado en la comunidad y a la problemática interacción de los sujetos con TMG con las estructuras policiales y judiciales, que facilitaba su entrada en prisión, además de la mayor rigidez en la aplicación de medidas contra voluntad que estaba dificultando la entrada en los dispositivos de internamiento en salud mental.

Esta realidad fue, al menos en parte, confirmada en el estudio de Priebe et al.[35] en un estudio realizado en seis países europeos, entre ellos España. Los autores evaluaron la evolución en distintos parámetros que pudieran sugerir reinstitucionalización, entre ellos el número de camas forenses (o en hospitales psiquiátricos penitenciarios), plazas residenciales tuteladas o acompañadas, ingresos involuntarios o incremento en la población penitenciaria, entre otros. A destacar que los dos países con mayor incremento de población penitenciaria, Inglaterra y España (donde el incremento era del 51%), eran a su vez los países con una tasa más baja de camas psiquiátricas penitenciarias (en nuestro país un incremento del 25%, solo superior a Italia). Los datos en España señalaban la disminución de los ingresos involuntarios (-6%), la disminución en las camas psiquiátricas (-28%) y el aumento de las camas residenciales protegidas (149%).

En este mismo sentido resulta de mucho interés el trabajo desarrollado desde la Unidad de Salud Mental de Puerto Real en los centros penitenciarios del Puerto de Santa María, Puerto I, II y III[36]. Los autores, revisan las numerosas publicaciones donde se acredita el incremento de la prevalencia de enfermedad mental grave en prisión, y estiman dicha prevalencia en un 46,09% del total de trastornos mentales identificados entre las primeras consultas realizadas a lo largo de un año. Se preguntan acerca de la causa de que esta realidad no tenga otra orientación asistencial y plantean la posibilidad de que la patología pase inadvertida, que haya sido sobrevenida o que no haya sido considerada causa eximente. Afirman que la prisión no es el lugar idóneo para la ubicación de estos pacientes, aunque su no ubicación comunitaria parece explicarse, al menos en parte, por la limitada capacidad de atención de los centros de salud mental, los cambios en los criterios de hospitalización (más restrictivos), los problemas de atención comunitaria a pacientes difíciles y la criminalización de las conductas secundarias a enfermedad psiquiátrica.

Esta elevada prevalencia de trastorno mental se confirma en una revisión posterior[37], que establece una prevalencia vida de trastorno mental en las prisiones españolas en torno a 90,2%, siendo los trastornos más prevalentes el consumo perjudicial de sustancias, los trastornos afectivos y los trastornos psicóticos. Esto supone una prevalencia 5,3 superior a la población general.

Conviene, finalmente, no olvidar el problema de la victimización de los pacientes con trastornos mental, un elemento básico ligado a la vulnerabilidad de los pacientes psiquiátricos, que también les pone en contacto con la administración de justicia. El trabajo de Goodman et al.[38] no es sino el ejemplo de muchos otros y coincide con la hipótesis mayoritaria: los trastornos mentales graves son más susceptibles de generar victimización que de promover conductas violentas con daño a terceros. Los datos resultan estremecedores y, aunque referidos a una muestra americana (782 pacientes), nos acercan una realidad poco conocida: el riesgo de victimización en caso de padecer un TMG era, en la muestra, superior al 85% a lo largo de su vida; a lo largo de un año, el riesgo de una mujer con TMG

 © FEPSM

de ser victimizada era 16 veces superior a las mujeres que no lo padecían (10 veces en el caso de varones). La victimización sexual era mayor en mujeres y la física mayor en varones. Existía relación entre la victimización y la pobreza, la ausencia de red social, el consumo de sustancias y la gravedad sintomática (esta última en doble sentido). Se añade así un elemento de agravamiento y sufrimiento nada despreciable.

Como hemos visto, la realidad del Trastorno Mental Grave es compleja. Aunque es un término que se justifica más por razones asistenciales que propiamente diagnósticas, refleja una realidad específica, difícil de abordar y con una compleja problemática asociada. Esto hace imprescindible que se siga analizando y tipificando, y que se promueva su identificación en los medios no sanitarios para su correcto tratamiento.

BIBLIOGRAFÍA

1. Crammer JL. Prologo. En: Hare EH, editor. El origen de las enfermedades mentales. Madrid: Triacastela; 2002. p. 29-39.

2. Rivas Guerrero F. Del manicomio a la comunidad, de la locura a la esquizofrenia. La necesidad de una red comunitaria de tratamiento y cuidados. En: Rivas Guerrero F, editor. La psicosis en la comunidad. Madrid: Asociación Española de Neuropsiquiatría;2000. p. 13-40.

3. Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Modelo de atención a las personas con enfermedad grave. Colección Documentos, Serie Documentos Técnicos No 21006;2007.

4. Trieman N, Leff J. Difficult to place patients in a psychiatric hospital closure programme: The TAPS Project 24. Psychol Med 1996;26(4):765-774.

5. Mann SA, Cree W. New long-stay psychiatric patients: a national simple survey of fifteen mental hospitals in England and Wales. Psychol Med 1976;6(4):603-616.

6. Manderscheid RW, Ryff CD, Freeman EJ, McKnight-Eily LR, Dhingra S, Strine TW. Evolving definitions of mental illness and wellness. Prev Chronic Dis 2010;7(1):1-6.

7. Schinnar AP, Rothbard AB, Kanter R, Jung YS. An empirical literature review of definitions of severe and persistent mental illness. Am J Psychiatry 1990;147(12):1602-1608.

8. National Institute of Mental Health. Office of Community Support Programs. Community Support Systems for Persons With Long-Term Mental Illness. Rockville, Md. 1987.

9. Krute A, Burdette ME. 1972 survey of disabled and non-disabled adults with chronic disease, injury, and work disability. Soc Secur Bull 1978;41(4):3-17.

10. Minkoff K. A map of chronic mental patients. In: Talbott JA (ed.). The Chronic Mental Patient: problems, solutions and recommendations for a public policy. American Psychiatric Association 1978.

11. Test MA, Stein LI Community treatment of the chronic patient: research overview. Schizophr Bull 1978;33:350-364.

12. Wing JK. Severe Mental Illness. In: Stevens a (ed). Health Care Needs Assessment: The Epidemiologically Based Needs. Assessment Reviews, vol 2. Oxford-San Francisco. Radcliff Publishing; 2004. p.159-237.

 © FEPSM

13. González Vázquez AI, Seijo Ameneiros N, Díaz del Vale JC, López Fernández E, Santed German MA. Revisiting the concept of severe mental illness: severity indicators and health care spending in psychotic, depressive and dissociative disorders. J Ment Health [serial on internet] 2017. Disponible en: https://doi.org/10.1080/09638237.2017.1340615.

14. Gisbert C (coordinadora). Rehabilitación psicosocial del trastorno mental severo: situación actual y recomendaciones. Cuadernos Técnicos No 6. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid; 2002.

15. Ministerio de Ciencia e Innovación y Ministerio de Sanidad y Política Social. Guía de Práctica Clínica de Intervenciones Psicosociales en el Trastorno Mental Grave. Guías de práctica clínica en el SNS. Madrid, 2009.

16. Ruggeri M, Leese M, Thornicroft G, Bisoffi G, Tansella, M. Definition and prevalence of severe and persistent mental illness. British Journal of Psychiatry 2000;177:149-155.

17. Martínez Auzmendi O. Psiquiatría en la comunidad y neurolépticos de acción prolongada. Colección Prometeo. OME-AEN. Bilbao; 2004.

18. Uriarte JJ, Beramendi V, Medrano J, Wing JK, Beevor, AS, Curtis R. Presentación de la traducción al castellano de la Escala HoNOS (Health of the Nation Outcome Scales). Psiquiatría Pública, 1999;11:93-101.

19. García-Portilla MP, Saiz PA, Bousoño M, Bascarán MT, Guzmán-Quilo C, Bobes J. Validación de la versión española de la escala de Funcionamiento Personal y Social en pacientes ambulatorios con esquizofrenia estable o inestable. Rev Psiquiatr-Salud Ment (Barc.) 2011;4(1):9-18.

20. www.nimh.nih.gov/health/statistics/mental-illness.shtml.

21. http://www.creap.es/creap_01/el_creap/fyo/index.htm.

22. Mental Health Atlas 2017. Geneva; World Health Organization; 2018. Licence: CCBY-NC-SA 3. IGO.

23. National Institute for Health Research. NIHR Dissemination Centre. Forward Thinking: NHR research on support for people with severe mental illness. Themed Med Review. March 2018.

24. Uriarte JJ. Psiquiatría y Rehabilitación: la rehabilitación psicosocial en el contexto de la atención a la enfermedad mental grave. Cuad Psiquiatr Comunitaria 2007;7(2):87-101.

25. Rodríguez Pulido F. La recuperación de las personas con Trastorno Mental Grave: modelo de red de redes. https://ome-aen.org/files/2013/12/LIBRO_LA_RECUPERACION_DE_LAS_PERSONAS_CON_TMG.pdf.

26. Stein LI, Test MA. Alternative to mental hospital treatment I. Conceptual model, treatment program and clinical evaluation. Arch Gen Psychiatry April 1980;37(4):392-397.

27. Martínez Jambrina JJ, Peñuelas Carnicero E. Tratamiento asertivo comunitario: el modelo Avilés. Archivos de Psiquiatría 2007;70(2):77-82.

28. Martínez Jambrina JJ. El modelo Avilés para la implantación del tratamiento asertivo comunitario: un pacto con la realidad. Cuad Psiquiatr Comunitaria 2007;7(2):147-159.

 © FEPSM

29. Perestelo Pérez L (coordinador). Eficacia, efectividad y eficiencia del tratamiento asertivo comunitario para las personas con Trastorno Mental Grave y persistente y su relación con el contexto de aplicación. Ministerio de Ciencia e Innovación. Madrid. Servicio Canario de la Salud, D.L. Santa Cruz de Tenerife. Colección: Informes, estudios e investigación. Ministerio de Ciencia e Innovación. Serie: Informes de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. SESCS; 2007.

30. Torres-González F. Trastornos psiquiátricos severos: criterio de calidad (con especial énfasis en el tratamiento asertivo comunitario). Rev GPU 2013 2013;9(1):75-80.

31. American Psychiatric Association. Psychiatry's Role in Improving the Physical Health of Patients with Serious Mental Illness. Committee on Integral Care. APA, 2017.

32. World Health Organization. Management of physical health conditions in adults with severe mental disorders. WHO Guidelines, 2018. https://www.who.int/mental_health/evidence/guidelines_physical_health_and_severe_mental_disorders/en/.

33. Clifton A, Marples, G, Clarke A. Ageing with a serious mental illness: a literature and policy review. Mental health Review Journal 2013;18(2):65-72.

34. Lamb HR, Weinberger LE. The shift of psychiatric inpatient care from hospitals to jails and prisons. J Am Acad Psychiatry Law 2005;33:529-534.

35. Priebe S, Badesconyi A, Fioritti A, Hansson L, Kilian R, Torres-Gonzalez F, et al. Reinstitutionalisation in mental health care: comparison of data on service provision from six European countries. bmj.com January 2005; 330:123-126.

36. Marín-Basallote N, Navarro-Repiso C. Estudio de la prevalencia de Trastorno Mental Grave (TMG) en los centros penitenciarios de Puerto I, II y III del Puerto de Santa María (Cádiz): nuevas estrategias en la asistencia psiquiátrica en las prisiones. Rev Esp Sanid Penit 2012;14:80-85.

37. Zabala Baños C. Prevalencia de trastornos mentales en prisión: Análisis de la relación con delitos y reincidencia. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica 2016.

38. Goodman LA, Salyers MP, Mueser KT, Rosenberg SD, Swartz M, Essock SM, et al. Recent victimization in women and men with severe mental illness: prevalence and correlates.Jurnal of Traumatic Stress 2001;14(4):615-632.

 © FEPSM

© FEPSM

2

Trastorno Mental Grave y Procedimiento Penal

CARLOS LLEDÓ

1. ¿QUÉ HACEMOS CON LOS LOCOS?

Acéptese el término "loco" en su sentido más coloquial e incluso afectivo, sin el mínimo tinte peyorativo, para referirnos a quienes por razón de una enfermedad o Trastorno Mental Grave no pueden reputarse libres en sus actos y, por ello, están exentos de responsabilidad penal incluso cuando realizan una conducta que la ley considera típica.

La actuación del Derecho Penal, con sus fines de prevención general y especial, está prevista inicialmente solo respecto de aquellos que tienen capacidad de culpabilidad, esto es, son conscientes de haber roto una norma social relevante y actúan con desprecio al pacto social de mínimos que legitima el derecho punitivo, pese a haber tenido la alternativa de actuar de forma correcta; o, si se prefiere la formulación del artículo 20.1º del Código Penal, quedará fuera de la responsabilidad penal quien *a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.* Aquí se inserta la interrogante que abre esta intervención. Se trata de determinar cómo actuar frente a quienes, pese a no ser penalmente responsables, han realizado un hecho que podría ser descrito como delito.

Claro está que si entendemos que la enfermedad mental es una entidad científica, tan objetivable, diagnosticable y tratable como cualquier otra enfermedad de las que podemos llamar somáticas, y que por tanto estamos fuera de lo esotérico o de las meras distorsiones emocionales (idea que, como iremos viendo, subyace en no pocos sectores e incluso normas), debemos forzosamente ampliar el ámbito y preguntarnos cómo actuar frente a los enfermos.

A la pregunta de qué hacer con los enfermos, la respuesta no puede ser más obvia: diagnosticarlos y tratarlos en aras a restablecer o estabilizar su salud. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, establece, sin embargo, como principios básicos que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios y que todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley.

Sentada, pues, la voluntariedad del tratamiento cabe ahora preguntarse qué ocurrirá cuando el enfermo suponga un peligro para sí o, sobre todo, para los demás (v. gr. tuberculosis bacilífera activa, virus del Ébola, etc.). También el ordenamiento tiene respuesta para ello: la menos conocida Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, dispone que "al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad", aclarando que "las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de <u>reconocimiento</u>, <u>tratamiento</u>, <u>hospitalización</u> o <u>control</u> cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una

 © FEPSM

persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad", e incluso en relación con las enfermedades transmisibles se dice que "podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible". Dichos preceptos fueron utilizados, por ejemplo, con ocasión de una auxiliar de clínica contagiada en Madrid del Virus del Ébola, no ya tanto para mantenerla ingresa y aislada (a lo que parece que no se opuso) sino también para desinfectar su vivienda y todo el entorno e incluso para sacrificar al perro de su propiedad (confirmado esto último por el TSJM).

Y ninguna duda hay de que esas medidas que puede adoptar la autoridad sanitaria pueden llegar a suponer la privación de libertad de una persona, para lo que basta recordar de una parte que hablamos de una Ley Orgánica (necesaria para restringir derechos fundamentales) y que la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, así lo reconoce, al atribuir en su artículo 8.6 a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia para la "autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental".

Parece, por tanto, que la ley tiene mecanismos suficientes para, de una parte, garantizar la voluntariedad de cualquier tratamiento médico y, de otra, sacrificar ese derecho en aras a eventuales riesgos para la colectividad. Si reconocemos que la enfermedad mental es tal, la solución no debiera apartarse mucho de la expuesta: el enfermo mental que lo desee será tratado y solo cuando suponga un peligro para la colectividad se prescindirá de la voluntariedad. Pero las cosas no son realmente así en este ámbito, posiblemente porque en relación con el Trastorno Mental Grave es harto difícil pensar en un verdadero consentimiento libre y la propia enfermedad puede dificultar que se tenga conciencia de ella y de la necesidad de tratamiento.

Por ello, el Código Civil contempla en su artículo 200 que aquellas personas que no puedan gobernarse por sí mismas por razón de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico deberán ser incapacitadas. Por su parte, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, consagrando la necesidad de autorización judicial previa o a posteriori en caso de urgencia, garantizando la audiencia de la persona afectada, además de un dictamen facultativo, y fijando límites temporales para el control y revisión de la medida; también el procedimiento de incapacitación garantiza la defensa del afectado, permitiéndole designar su propia representación y defensa, ser defendido en otro caso por el Ministerio Fiscal si no es el promotor del procedimiento o designársele un defensor judicial como última opción.

Decía el Profesor Bercovitz que "en primer lugar, el enfermo mental es un ciudadano; en segundo lugar, un ciudadano enfermo; y, en tercer lugar, un ciudadano aquejado de un tipo de enfermedad peculiar"[1]. Si realmente creemos que al afectado en el momento de los hechos por un Trastorno Mental Grave que le impidió conocer la ilicitud de su conducta o actuar conforme a esa comprensión, no es penalmente responsable de delito alguno, no habría inconveniente para aplicar este mismo sistema a cualquier enfermo mental, siempre que responda a esos patrones y haya cometido o no un hecho que la ley reputa delito, distinguiendo además la respuesta en atención a que supusiera o no un peligro para la sociedad.

[1] BERCOVITZ, R.: La marginación de los locos y el Derecho, Madrid, 1976.

© FEPSM

Pero esa no es la realidad; el Derecho Penal no renuncia a actuar frente a quienes han cometido un hecho que la ley describe como delito, pese a que se haya constatado que no se trató de un acto libre y que, por tanto, no puede ser proclamado responsable; no parece irrazonable sostener que la respuesta para quienes acreditadamente carecen de capacidad de culpabilidad habría de venir desde áreas sociales o asistenciales, pero no residenciarse en el propio terreno del derecho penal sancionador que, en principio, persigue fines diversos, ajenos y a veces incompatibles con los que debieran procurarse en tales casos.

Es este un debate que recidiva cada cierto tiempo, pero la realidad, ampliada a veces por los medios de comunicación respecto de hechos de incuestionable gravedad cometidos o atribuidos a enfermos mentales, acaba por apagarlo; no en vano, ya Von Liszt decía que "La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida"[2].

Así pues, a día de hoy el Derecho Penal sigue actuando respecto de quien no tiene capacidad de culpabilidad, se le somete a un procedimiento, se le investiga, incluso se adoptan medidas cautelares que pueden llegar a la privación de libertad y se le acaba sometiendo a juicio; ciertamente al no imputable no se le impondrá una pena en sentido propio en el proceso penal, pero no se le exime de toda consecuencia jurídica, pues muy por el contrario se le puede imponer una llamada medida de seguridad, cuyo fundamento nada tiene que ver con el de la pena y sí, según expresa confesión del Código, con la peligrosidad del sujeto; así, dispone el artículo 95 del Código Penal que "Las medidas de seguridad se aplicarán ... siempre que ... del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

En realidad, ese es el término clave que legitima, al menos socialmente, toda la actuación del Derecho Penal respecto de quien no es penalmente responsable: la peligrosidad. No es este el lugar adecuado para detenerse a analizar esa supuesta conexión entre enfermedad mental y peligrosidad, que incluso parece aceptar nuestro Tribunal Constitucional (en su sentencia del Pleno n.º 24/1993, de 21 de enero,

[2] VON LISZT, Franz, La idea de fin en el Derecho penal, Traducción de AIMONE GIBSON, Enrique, Revisión técnica y Prólogo de Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 120. Citado por EMILIO JOSÉ DARÍO ARMAZA ARMAZA en su tesis doctoral El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso, Universidad del País Vasco, 2011. Es interesante comprobar en este trabajo como esa idea de la mera inocuización, incluso con la muerte o la deportación, aparece ya en los clásicos Protágoras o Platón, pasa por Tomás de Aquino y Hobbes y acaba proyectándose en los sistemas penales modernos, con escasas propuestas de signo contrario, hasta derivar en una suerte de Derecho Penal para culpables y otro para peligrosos.

 © FEPSM

llego a hablar de *la peligrosidad inherente a la enajenación mental*), por lo que baste con recordar ahora que no pocos profesionales[3] y sociedades científicas próximas a la Psiquiatría[4] niegan tal premisa.

Analicemos siquiera sea de forma somera esos tres momentos de actuación del Derecho Penal sobre sujetos carentes de capacidad de culpabilidad, para al menos poder pronunciarnos acerca de la eventual eficacia del sistema penal en el abordaje y tratamiento de los enfermos mentales, aunque ya podemos adelantar que el proceso penal actual es un instrumento demasiado tosco y burdo como para afrontar con mínimas garantías un objeto tan delicado.

2. MEDIDAS CAUTELARES DURANTE LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA PENAL

A efectos de esta exposición, bástenos con recordar que las medidas cautelares son aquéllas que tienen por finalidad procurar o garantizar la eventual ejecución del pronunciamiento definitivo, asegurando así adecuadamente el objeto del proceso; por ello, han de responder, como en cualquier otro proceso, a la doble exigencia del fumus boni iuris y del periculum in mora; en el proceso penal la apariencia de buen derecho vendrá integrada por la concurrencia de indicios bastantes de la comisión de un hecho delictivo y la participación en él del imputado, en tanto que el riesgo de demora se puede enunciar como la posibilidad razonable de que si no se adopta la medida el juicio no pueda llegar a celebrarse o sus pronunciamientos sean ilusorios e inejecutables.

No nos interesan ahora las medidas cautelares reales, dirigidas a asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias del investigado o encausado (indemnizaciones principalmente, pero

---

[3] A modo de ejemplo, el Psiquiatra Julián Espinosa Iborra -El tratamiento penal del enfermo mental en el nuevo Código. Revista de la Sociedad Española de Neuropsiquiatría, Vol. 17, N.º 64 (1997)- censuraba que cierta reforma siguiera "considerando al enfermo mental como una persona peligrosa e incurable, a pesar de estar demostrado que no generan más delincuencia que la población general" y añade que "psiquiatría y derecho han ido siempre de la mano para seguir relacionando la locura con el crimen, acunando el binomio loco-peligro, que ha condicionado hasta hoy mismo la relación entre enfermo mental y sociedad moderna, en todos los terrenos…", para concluir que "quizá el problema de fondo siga siendo el de la responsabilidad penal -o mejor dicho, irresponsabilidad- del enfermo mental, cuestionada ya por muchos autores, … Desde diversos sectores se viene defendiendo que todo lo relacionado con la enfermedad mental en sí debería tener, si acaso, un espacio muy reducido dentro del proceso penal, precisamente para evitar que ese procedimiento médico-legal conduzca a mistificaciones, distorsiones o abusos, contrarios al interés de la justicia y del propio acusado".

[4] La Sociedad Catalana de Psiquiatría elaboró un documento en Julio de 2016 en el que se oponía a que la nueve reforma del Código Penal relacione enfermedad mental con peligrosidad, pues "el concepto de peligrosidad, …otorga a las enfermedades mentales una condición de inmovilidad y de resistencia al cambio", "se obvian los datos de la investigación empírica y la proveniente de la experiencia, así como la eficacia del Sistema de Atención Sanitaria para promover procesos de curación", de tal manera que "el concepto de peligrosidad no respeta la etiología (causa) ni la fisiopatogenia (desarrollo de la enfermedad) médico-psiquiátrica o psicopatológica de las personas que cometen delitos y al mismo tiempo presentan un trastorno mental, sino que relaciona su conducta delictiva con el historial biográfico y las características originales del individuo y de su entorno", de tal manera que "la predicción de la conducta futura y las posibilidades de reincidencia de la persona con una enfermedad mental, no se fundamenta en los conocimientos actuales de los trastornos mentales de la psiquiatría moderna, sino en una concepción acientífica (anclada en prácticas antiguas) que valora más el historial biográfico, el destino individual, la predeterminación, etc.", y concluye alertando de que "el concepto de peligrosidad fomenta la estigmatización y el rechazo social de las enfermedades psiquiátricas y los pacientes con trastornos mentales", postulando un modelo terapéutico que garantice las condiciones de seguridad para evitar la repetición del delito y que se dé "prioridad a la condición de enfermo y garantice la disponibilidad de las intervenciones terapéuticas necesarias".

 © FEPSM

también costas o penas de multa), sino las llamadas personales, que procuran la sujeción del imputado al procedimiento penal, evitan otros riesgos relevantes de índole procesal y tratan de garantizar la temporánea celebración del Juicio Oral, así como la ulterior ejecución de las penas privativas de libertad o derechos.

2.1. La prisión provisional; última doctrina del Tribunal Constitucional

La principal y más aflictiva de esas medidas cautelares personales es, sin duda, la prisión provisional. Tal medida, reconfigurada a límites constitucionales tras las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 13 y 15/03, se vincula directamente en su legitimidad no, ya solo, a determinados requisitos objetivos sino también, necesariamente, a la conjuración de ciertos riesgos relevantes para el proceso (lo que la ley llama "fines" de la prisión provisional), lo que supone un primer problema conceptual, pues si los fines de las penas y las medidas de seguridad son diversos (asentadas aquéllas sobre la reprochabilidad y éstas sobre el pronóstico de peligrosidad), mal pueden trasplantarse sin más los actuales criterios respecto a la prisión provisional, pensados para los presumiblemente responsables de un hecho delictivo de especial gravedad, a quienes ya sabemos o intuimos en fase de instrucción que estarán exentos de tal responsabilidad penal y serán acreedores en todo caso a una medida de seguridad no fundada en la culpabilidad o reprochabilidad de su conducta sino en la eventual peligrosidad de futuro, por más que sí es cierto que pueden predicarse respecto a ellos los mismos fines que legitiman la adopción de la medida.

Si repasamos los requisitos y fines que conforman la prisión provisional, prescindiendo ahora de cuestiones procesales, encontramos que ninguna especialidad se plantea en punto a la constatación de indicios racionales de delito o en relación con los fines constitucionales de la medida (asegurar la presencia del imputado en el proceso, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes, evitar la reiteración delictiva o el riesgo para bienes jurídicos de la víctima); más problemática puede ser la exigencia de que "aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión", pues tratándose de un *no imputable* lo que derivará de la causa es que en última instancia no será declarado criminalmente responsable sino precisamente exento de pena y sujeto, en todo caso, a una medida de seguridad; quizá no fuera ese el propósito del legislador, pensando que en fase de instrucción ha de presumirse la imputabilidad de toda persona adulta y solo podrá predicarse su inexistencia tras el dictado de sentencia firme (lo que dejaría fuera algunos supuestos palmarios), pero no deja de ser un primer óbice en la medida en que obliga a concluir que el término "responsable" está aquí utilizado no en su estricto sentido técnico-jurídico sino en el ordinario o coloquial de autor o partícipe, agente o sujeto activo de los hechos.

El propio Tribunal Constitucional se hizo eco de la difícil compatibilidad de la prisión provisional con quienes carecen de toda capacidad de culpabilidad, y así ya en su sentencia n.º 191/2004, de 2 de noviembre, decía cosas como éstas: “En suma: no concurren en este caso razones suficientes para considerar que la medida excepcional de prisión provisional impuesta al demandante de amparo resultaba proporcionada y acorde a finalidades constitucionalmente legítimas y sí, por el contrario, para afirmar que ni resultaba necesaria ni era la más adecuada para garantizar que fuera a recibir un tratamiento médico idóneo y una atención personal y social conveniente para hacer frente a su enfermedad y para evitar que en un futuro se lesionara a sí mismo o lesionara a los demás. La misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo “provisional”, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un

 © FEPSM

contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada". Palabras que, tal vez, están apuntando más allá de lo que a primera vista se desprende e incluso quizá insinuando, conscientemente o no, la idoneidad del derecho penal para afrontar la problemática de los enfermos mentales.

Mas problemático ha sido tradicionalmente el tema de dónde materializar esa eventual privación de libertad provisional de quien presumiblemente no tiene capacidad de culpabilidad penal, lo que hace, si cabe, más inidónea la medida en estos supuestos; y ello porque aunque no falten resoluciones que acuerdan en fase de instrucción la prisión provisional del imputado en un determinado Centro Psiquiátrico Penitenciario (Sevilla y Fontcalent como tales, además de los módulos psiquiátricos que puedan existir en otros centros), lo cierto es que nuestro sistema jurídico penal no lo permite[5]; la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece en precepto alguno que sea el Juez de Instrucción el que deba determinar el Centro Penitenciario en que deba quedar ingresado el sujeto, menos aun cuando se trata de un centro especial destinado a internos con unas circunstancias muy excepcionales que solo con criterios médicos y científicos, que no jurídicos, pueden determinarse; por el contrario, la Ley General Penitenciaria parte de que la competencia para decidir el concreto centro penitenciario en que deban permanecer los internos corresponde a la Administración Penitenciaria, y así lo dice expresamente el art. 31 del Reglamento Penitenciario[6]; incluso cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación de conformidad con el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dice expresamente que "una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda".

De este modo, el Juez de Instrucción deberá limitarse a acordar la prisión provisional y librar el oportuno mandamiento al Centro Penitenciario correspondiente, siendo competencia de la administración penitenciaria decidir a qué centro o establecimiento es finalmente destinado; por supuesto que si se había observado alguna patología relevante en el investigado cuya prisión se decreta, el Juez puede y debe ponerlo en conocimiento de dicho centro penitenciario.

Estas dificultades, que ya se podían intuir desde tiempo atrás para adoptar una medida cautelar de esta naturaleza respecto de quien aparece exento de responsabilidad criminal, han sido recogidas ya por el Tribunal Constitucional, que lanzó un claro aviso en una primera sentencia de 2015, la número 217/2015, de 22 de octubre, a cuya lectura completa me remito sin perjuicio de las notas que se destacan a continuación; la sentencia de la Audiencia Provincial había absuelto al acusado, que estaba en prisión provisional, al apreciar una eximente completa, imponiéndole una medida de seguridad de

[5] Ignacio Sánchez Yllera ("El cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento de enajenación en el proceso penal". Curso La individualización y ejecución de las Penas. CGPJ) ya decía que "ningún juez de instrucción puede ni debe acordar el ingreso de un preso preventivo en alguno de los dos centros penitenciarios psiquiátricos existentes... si se aprecian signos de enajenación mental en el sujeto se hará saber a la dirección del centro penitenciario y será ésta la que a través del personal médico del centro penitenciario decidirá el lugar adecuado para retener al sujeto -o bien en la enfermería, o bien en asistencia hospitalaria extrapenitenciaria, o bien propondrá a través de la Junta de Régimen su traslado a centro penitenciario especial...).

[6] Competencia para ordenar traslados y desplazamientos. 1. Conforme a lo establecido en el art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso".

 © FEPSM

internamiento, recurriendo tan solo en casación dicho acusado; la audiencia decidió aplicarle el artículo art. 504.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual "Si fuere condenado el investigado o encausado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida", por lo que prorrogó la prisión provisional, bien que materializada para su tratamiento médico en el establecimiento psiquiátrico penitenciario; el Tribunal Constitucional comienza destacando que "la mera lectura de este precepto pone de relieve su incompatibilidad semántica con el supuesto de hecho que nos ocupa, en el que el recurrente de amparo no fue condenado al cumplimiento de pena de prisión alguna, sino al de una medida de internamiento en un centro adecuado al tipo de trastorno psiquiátrico que el acusado padecía", y añade que "es… evidente que la "sentencia condenatoria" aludida en el art. 504.2 in fine LECrim ha de ser una resolución judicial que, considerando al acusado "responsable criminal" del delito —y confirmando de ese modo el juicio pronóstico contemplado en el art. 503.1.2 LECrim— le imponga una pena privativa de libertad"; descarta también la aplicación del art. 381 LECrim, del que concluye que, en realidad, solo dispone que, si existen indicios de enfermedad mental, habrá de recabarse en todo caso un informe médico forense, sometiendo al procesado a observación; la conclusión no puede ser más tajante: "el art. 504.2 *in fine* LECrim,… no contempla la prórroga de la prisión provisional para el supuesto de hecho planteado" y los demás preceptos que se invocan "carecen de la entidad necesaria para sustituir la omisión que se aprecia en aquél precepto, a los efectos de dar cobertura legal directa a la medida cautelar privativa de libertad acordada, por lo que necesariamente hemos de concluir que la medida cautelar de prisión provisional prorrogada que establece el art. 504.2 último párrafo LECrim no proporciona cobertura legal al internamiento cautelar que la Audiencia Provincial había decidido aplicar al ahora demandante de amparo hasta tanto fuera resuelto el recurso de casación formalizado por éste y hasta que la medida seguridad privativa de libertad impuesta en la sentencia hubiere alcanzado, en su caso, la firmeza", por lo que otorga el amparo, declara vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal y anula los Autos de la Audiencia Provincial.

Sin embargo, no queda muy claro a qué se está queriendo referir el Tribunal Constitucional cuando ya al final de su sentencia expone, de forma entonces algo críptica, que todo lo anterior "no obsta a la aplicación, en su caso, de otras previsiones contempladas en el ordenamiento procesal que habiliten al órgano judicial para adoptar una medida de internamiento cautelar y no voluntario de una persona por razón de su trastorno psíquico, como la previsión recogida en el art. 763.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, u otras que el legislador, en su caso, establezca en cumplimiento de nuestra STC 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró aquel precepto inconstitucional aunque no nulo por carencia de rango orgánico, que, sin embargo, le ha sido conferido recientemente por el art. 2, apartado 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, que modificó la disposición adicional primera de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil", pues no aclaraba si ello podría hacerlo el propio Tribunal o debe remitirse necesariamente a la jurisdicción civil.

Y aquel aviso se ha convertido en un paso mucho más decidido en la recentísima Sentencia 84/2018, de 16 de Julio; la Audiencia Provincial absolvió al acusado de un delito de homicidio intentado, también en prisión provisional, por la aplicación de la eximente completa de trastorno mental, imponiendo el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico; al interponerse recurso de casación contra dicha sentencia, se solicitó su puesta en libertad, lo que fue denegado por el Tribunal que, posiblemente conocedor de la anterior sentencia, efectivamente dejó sin efecto la prisión provisional pero en su lugar acordó "el ingreso de dicho acusado en la Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario, hasta en tanto la sentencia alcance firmeza". El Tribunal

 © FEPSM

Constitucional comienza recordando su anterior doctrina sobre la falta de cobertura legal de la prórroga tras el dictado de sentencia absolutoria, para a continuación emitir un severo reproche al legislador: “el Tribunal tuvo muy en cuenta la importancia de evitar la incertidumbre que podría generarse en el ámbito de la Justicia penal con su pronunciamiento, durante el tiempo de espera que se suponía sería breve desde la publicación de nuestra sentencia 217/2015, hasta que el legislador interviniera regulando convenientemente esta materia, descartada de antemano la hipótesis de una desregulación deliberada, del todo inconveniente si se tiene en cuenta, como observó ya la Fiscalía General del Estado en su Memoria del año 2001 (capítulo IV, 5), "que la adopción de una medida cautelar privativa de libertad contra estas personas se presenta como imprescindible en muchos casos", dado el grado de peligrosidad judicialmente acreditado y la gravedad de los delitos cometidos, al margen de su inimputabilidad, con posible riesgo de su reiteración”; desarrolla ahora la coletilla final de aquella primera resolución, aclarando que se refería al internamiento involuntario a controlar por la jurisdicción civil, aunque reconoce que ello “no deja de ser una posibilidad extraordinaria, no exenta de problemas orgánicos y procedimentales entre tribunales de dos órdenes de jurisdicción llamados a conocer e injerirse en la situación de libertad de una misma persona en tiempo simultáneo”.

La afirmación por el propio Tribunal de que “la privación de la libertad individual de una persona sometida judicialmente a una medida de seguridad de internamiento (art. 101 CP), mientras la Sentencia penal que así la impone no haya devenido firme, no puede ampararse hoy día en el instituto de la prisión provisional”, nos hace reflexionar acerca de la idoneidad de esa medida durante todo el desarrollo anterior del proceso, algo que también parece hacer el Tribunal Constitucional al recordar la doctrina que ya sentara en su sentencia 191/2004, de 2 de noviembre, conforme a la cual “la misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo ‘provisional’, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada".

Tras descartar que los artículos 983, 383 o 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como otros preceptos de la legislación penitenciaria, den cobertura legal al internamiento decretado por la Audiencia, recuerda que la inexistencia de una verdadera unidad psiquiátrica en el centro penitenciario en que se encontraba el demandante de amparo lleva a calificar la situación de *prisión encubierta*, carente de absoluta cobertura legal, y por ello vulneradora de su derecho a la libertad, lo que le lleva a la estimación de la demanda de amparo.

Y acaba con un nuevo mensaje al legislador: “Corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico”, pues “hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesaria para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 LEC, que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito”.

© FEPSM

2.2. La "observación" del art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

Dispone el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que "si el Juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad". Además de conservar el concepto de "enajenación" ya superado por el vigente Código Penal, algunos han querido ver en este artículo la legitimación de una medida de internamiento del presunto inimputable acusado de un hecho delictivo; sin embargo, la atenta lectura del precepto y su interpretación sistemática permiten comprobar que en realidad no está sino regulando, incluso imponiendo, una diligencia de instrucción o investigación, acorde además con la ampliación que supone en el objeto de la instrucción la posible enfermedad mental del imputado en los términos que al principio exponíamos, es decir, que estamos lisa y llanamente ante una prueba pericial que, aunque no lo diga expresamente el precepto pero así debe entenderse a día de hoy para cohonestarlo con el art. 20 del Código Penal, debe referirse a las posibles enfermedades mentales o patologías psiquiátricas del afectado pero también a indagar sobre la concreta influencia que ésta hubiere provocado en sus facultades intelectivas o de autodeterminación respecto del concreto hecho imputado; por supuesto que tampoco legitima este precepto para imponer un determinado tratamiento al enfermo mental, algo a lo que no está llamado el Juez Penal y que evocaría necesariamente una medida predelictual o incluso de protección del sujeto más propia del ámbito civil. Y que se trata de una prueba pericial lo confirma el segundo párrafo de propio precepto, cuando afirma que "los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el capítulo VII de este título", es decir, como peritos.

No se trata, por tanto, de ninguna medida cautelar sustitutiva o alternativa a la prisión que pueda adoptarse en tales casos, como expresamente ha confirmado el Tribunal Constitucional en las dos sentencias que acabamos de analizar.

Por cierto, no estará de más recordar que la legalidad y constitucionalidad de este reconocimiento de índole psiquiátrica con fines periciales ha sido proclamada abiertamente por el Tribunal Constitucional en su auto de 18-7-1994 (n.º 230/1994), donde inadmitió la petición de amparo de un imputado que argumentaba que la medida de investigación acordada por el Juzgado de Instrucción vulneraba su derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) y a la intimidad personal (art. 18 CE), además de ser contraria al principio de autodeterminación personal (art. 10 CE); razona el Tribunal que "entre las diligencias sumariales se incluyen aquellas que tienden a perfilar la personalidad del inculpado como criterio corrector de la pena. La Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al Juez de Instrucción para disponer la práctica de informes periciales conducentes a determinar la capacidad intelectiva y mental del inculpado", por lo que concluye que "es obvio, por lo tanto,...., que la diligencia ordenada por el Juzgado de Instrucción, consistente en el reconocimiento psicológico del inculpado, se encuentra prevista por la Ley"; añade que "hay que reconocer que determinados métodos de investigación que privan al sospechoso del control de sus facultades intelectuales y de su consciencia, son incompatibles con la autonomía personal, y con la reserva de un espacio psíquico propio de la persona, al que resulta ilícito renunciar. Mas tal prohibición probatoria no puede extenderse a los reconocimientos psicológicos, basados en test de la personalidad, pacíficamente aceptados por la comunidad científica", estimando además que "no hay motivo para considerar que la medida persiga inmiscuirse en la ideología del recurrente, obligándole a declarar sobre su conciencia, religión o creencias" pues "el fundamento de esta investigación es claro y aparece expresado de forma suficientemente precisa en el auto del Juzgado de Instrucción. Se trata de verificar la influencia que determinados rasgos de la personalidad

 © FEPSM

de los imputados pueden tener en la determinación de su responsabilidad por el hecho delictivo. En último término, comprobar de qué forma puede encontrarse afectada su capacidad de culpabilidad"; por último, sostiene el Tribunal Constitucional que "no cabe cuestionar la adecuación de la medida de investigación acordada por el órgano judicial para el fin propuesto, en este caso, determinar la influencia que el trastorno de personalidad de los recurrentes pueda tener sobre su responsabilidad por el delito imputado. Además, esta medida de investigación, en la forma en que ha sido acordada, no puede considerarse especialmente gravosa para los derechos del recurrente".

2.3. La inexistencia de medida de internamiento alternativa o sustitutiva de la prisión provisional

Tal y como ha proclamado ya de forma contundente el Tribunal Constitucional, descartado que el art. 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contenga una verdadera medida de internamiento del enfermo mental imputado en un proceso penal, de modo análogo al previsto en la jurisdicción civil, debe rechazarse, hoy por hoy, la posibilidad de adaptar de algún modo esa posible privación de libertad a las especiales circunstancias del enfermo mental, como tal vez sería deseable si tenemos en cuenta que en tales supuestos el objeto del proceso penal se trastoca en cierta medida y no tiende ya a la imposición de una pena sino a la fijación de una medida de seguridad basada en la peligrosidad del sujeto y que al tiempo ha de procurar su mejor tratamiento a fin de combatir o paliar su patología de origen y conjurar dicha peligrosidad. Desde una triple óptica puede enfocarse la cuestión:

1.- La inexistencia de un precepto legal expreso que legitime tal medida

En nuestro Derecho, a diferencia de otros de nuestro entorno, no existe tal precepto, lo que excluye ya esta posibilidad. Cierto es que ha sido demandado por algunos sectores doctrinales, e incluso fue incorporado a alguno de los Anteproyectos predecesores del vigente Código Penal, como el de 1992 que expresamente decía en su art. 101 que "el Juez o Tribunal podrá decretar, como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida en relación con el sujeto sometido a proceso penal por delito. El tiempo de duración de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior en ningún caso podrá exceder del plazo máximo señalado para la prisión provisional. Este tiempo se computará en la aplicación de la medida o en el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta, en su caso", pero en el texto definitivamente aprobado desapareció dicha norma, tal vez por estimarse que invadía claramente el ámbito civil en que debe desenvolverse el tratamiento legal de la enfermedad mental y la incapacidad y, quizá, también por la inexistencia de una verdadera estructura asistencial en que verificar tales internamientos.

Sea como fuere, sin duda lo más razonable en la situación actual sería de lege ferenda una específica medida de internamiento alternativa a la prisión provisional (al modo de la atenuada que luego veremos), sujeta en un todo a los requisitos y fines de ésta, que permita adecuar las concretas condiciones de privación de libertad cautelar a las específicas necesidades del enfermo mental y eventual o presumiblemente inimputable, como existe en otros ordenamientos[7]. Y al Tribunal

[7] Fernández Entralgo afirma que "sería conveniente introducir en el Derecho español un precepto semejante al art. 126 a) de la Ley Procesal Penal Alemana, que permite al Tribunal, en aquellos casos en que existen motivos muy fundados para creer que alguien ha cometido un hecho antijurídico en estado de incapacidad de culpabilidad o de capacidad de culpabilidad disminuida,... ordenar su internamiento provisional, si ello viniere exigido por la seguridad pública, y cumpliendo todas las garantías formales requeridas para acordar la prisión provisional", citando también en apoyo de su tesis un precepto semejante de Código Italiano de Procedimiento Penal. "Imputabilidad y peligrosidad.

 © FEPSM

Constitucional no le ha temblado el pulso al proclamar, en la sentencia de 2018 que acabamos de analizar, que solo al legislador incumbe poner fin a este vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico, pero en tanto ello no ocurre (y no parece que vaya a suceder en fechas próximas), tal posibilidad ha de reputarse inexistente.

2.- La aplicación en el proceso penal de la legislación civil sobre internamiento de incapaces

Una única sentencia del Tribunal Supremo, no confirmada por ninguna otra que conozca este ponente y que, por tanto, no puede ser tenida como verdadera Jurisprudencia, admitió tal posibilidad, con razonamientos ciertamente cuestionables, en tanto en cuanto acaba confundiendo incapacidad con inimputabilidad y parece descansar en un criterio biológico puro para el que la propia enfermedad mental por sí sola, cualesquiera que sean sus efectos sobre las facultades del sujeto, determina la exención de responsabilidad penal e incluso la incapacidad.

Se trata de la Sentencia de la Sala 2.ª de 31-3-1993 (n.º 718), en la que como principal decisión -referida al Código Penal anterior- se admite que pueda imponerse la medida de internamiento en establecimiento del enajenado condenado por una falta, y no por delito, argumentando que "la expresión delito contenida en el art. 8.1.° del Código Penal puede ser entendida en su sentido amplio, es decir, como sinónimo de hecho punible, o sea de infracción legal punible de acuerdo con los principios de legalidad y culpabilidad", por lo que "no debería existir ningún impedimento legal para excluir la aplicación de medidas de seguridad en los casos en los que el autor solo haya sido condenado por una falta"; tal razonamiento puede o no compartirse, aunque resulta difícil seguirlo manteniendo hoy, pero más trascendente incluso resulta lo que expresa a continuación la sentencia, como mero refuerzo argumental o a mayor abundamiento, cuando sostiene que "de todos modos, lo cierto es que la medida de seguridad en los casos de autores de faltas inimputables o incapaces de culpabilidad se puede fundamentar también en el art. 211 del Código Civil. Es indudable que si las deficiencias persistentes de carácter psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 del Código Civil) pueden dar lugar al internamiento, la circunstancia de que, además, se presente una tendencia agresiva con manifestaciones penales, no puede excluir la posibilidad de tal medida. En este sentido, se debe tener en cuenta que todas las exigencias procesales establecidas en el art. 211 del Código Civil se cumplen en el proceso penal, pues en el juicio oral el Tribunal ha podido examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo de la manera que lo exige dicha disposición. A ello se debe agregar que el art. 211 del Código Civil no establece que esta medida esté reservada a la competencia del Juez civil, pues el Código Civil no es una ley de distribución de competencias, sino que autoriza medidas y establece requisitos para el ejercicio o la restricción de determinados derechos, La competencia para la aplicación de medidas preventivas en la materia penal, por el contrario, deriva del sistema de doble vía que caracteriza al Derecho penal vigente. Este sistema tiene como consecuencia que las medidas de carácter preventivo relacionadas con hechos de naturaleza penal se acumulen a las tradicionales competencias puramente represivas de los Tribunales penales. Se trata de una acumulación de competencias paralela, por lo demás, a la de los daños ocasionados por el delito, que también se ejerce en el proceso penal. Por lo tanto es claro que en el sistema de doble vía del derecho vigente las medidas preventivas, aunque estén previstas fuera del Código Penal, pueden ser aplicadas por los Tribunales penales" y concluye, de forma más llamativa si cabe, que "ello no excluye que en la

---

La posición del enfermo mental en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Curso sobre Salud Mental y Justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho civil y penal. La Peligrosidad. CGPJ.

© FEPSM

etapa de ejecución estos Tribunales puedan, en la forma prevista en el art. 211, segundo párrafo, del Código Civil, decretar la incapacidad civil del afectado por la medida de seguridad, en la forma prevista en el art. 203 del Código Civil, es decir, con intervención del Fiscal a estos efectos".

De poco afortunada ha de calificarse sin duda esa doctrina, que no solo identifica inimputabilidad con incapacidad (es decir, considera que toda "enajenación" en los términos de aquel Código Penal o toda "anomalía o alteración psíquica" en los vigentes, supone necesariamente una enfermedad o deficiencia psíquica de carácter persistente que impide a la persona su propio gobierno, lo que sin duda no compartirá ningún profesional de la Psiquiatría (tampoco puede serlo en el ámbito jurídico) e incluso llega a atribuir a los órganos de la jurisdicción penal una competencia que no les es propia (y la jurisdicción es improrrogable, art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la única excepción del artículo siguiente "a los solos efectos prejudiciales"), no ya para un internamiento cautelar sino incluso para declarar la incapacidad.

No es esa la senda elegida por el Tribunal Constitucional en sus recientes resoluciones, pues mantiene la nítida separación entre las jurisdicciones civil y penal e incluso reconoce los problemas organizativos y de coordinación que eso puede suponer. A día de hoy, por tanto, parece meridianamente claro que solo el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona será el único competente para conocer del proceso sobre capacidad y también para acordar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (o ratificar el acordado por razones de urgencia por el responsable del centro) y como medida cautelar específica del proceso civil, adoptando sus decisiones en base a la legislación civil y muy especialmente al art. 200 del Código Civil y los concordantes de la ley procesal. En consecuencia, no parece que pueda hacerse uso en la jurisdicción penal de la medida cautelar prevista en su homónima civil, orientada a fines muy distintos (principalmente la protección del presunto incapaz o de su patrimonio) de los que legitiman la privación de libertad vinculada al proceso penal, y en esta línea se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en la reciente sentencia de 2018 que arriba citamos.

3.- La prisión atenuada

El art. 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece:

"1. El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El juez o tribunal podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

2. En los casos en los que el investigado o encausado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el investigado o encausado no podrá salir del centro sin la autorización del juez o tribunal que hubiera acordado la medida".

Pese a la reforma del precepto en el año 2003, llama la atención que no exista en el mismo una especial atención al enfermo mental, permitiendo adaptar su privación de libertad a sus especiales

 © FEPSM

requerimientos o necesidad de tratamiento; pese a que podría predicarse la identidad de razón, el enfermo mental que se hallare sometido a tratamiento de su patología que pudiera verse frustrado por el ingreso en prisión, no podrá ver sustituida tal medida por el internamiento en centro oficial o legalmente reconocido para continuar tal tratamiento, como ocurre con aquellos que mantienen hábitos tóxicos, lo que resulta difícil de explicar.

Y respecto a la prisión atenuada domiciliaria, aunque la literalidad del precepto no impide su aplicación al enfermo mental, lo cierto es que tampoco el precepto parece estar pensando en él, pues dicha norma, al igual que el art. 196.2 del Reglamento Penitenciario, se inspira en indudables razones humanitarias y se refiere a situaciones en que parece que no solo debe darse la irreversibilidad objetiva de la enfermedad padecida, sino también una concreta situación del interno en un estadio evolutivo final de la enfermedad que padece, apreciado y descrito en el correspondiente informe médico; difícilmente podrá afirmarse que la salud del enfermo mental corre un grave peligro por su internamiento en centro penitenciario, por el solo hecho de ser un enfermo mental y salvo otras patologías asociadas, pues para ello existen los centros especiales hospitalarios o psiquiátricos, del mismo modo que tampoco la permanencia en su domicilio parece lo más indicado para abordar cualesquiera tratamiento psiquiátrico, a menos que se acuda a la ficción de entender que un determinado centro adecuado a esos fines es el domicilio del imputado (y tampoco aventuramos las distorsiones que sin duda introduciría la irrenunciable vigilancia del imputado en la dinámica del establecimiento y del propio tratamiento). No obstante, esta posibilidad de prisión atenuada domiciliada no es del todo descartable en determinadas situaciones con respecto a aquella persona que hubiere cometido un hecho penalmente relevante teniendo afectada su capacidad de conocer o de querer por alguna patología mental, cuestión que habría de ser objeto de un más profundo debate[8].

3. EL SOMETIMIENTO A JUICIO DEL INIMPUTABLE: ¿UN JUICIO JUSTO?

Solo tras un juicio justo puede imponerse al no imputable una medida de seguridad. Parece obvio que cuando el acusado, por las razones o patología que sea, no tiene capacidad no ya solo para comprender adecuadamente la acusación que se formula en su contra, sino ni tan siquiera para poder comunicar eficazmente con su defensa letrada y afrontar de este modo un juicio con verdadera igualdad de armas respecto a las acusaciones, celebrar un juicio en su contra entrañaría una flagrante infracción del derecho a la defensa y de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución.

En este sentido, ya la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 afirmó que “El proceso penal de una sociedad democrática está revestido de una serie de garantías que someten el ejercicio de la potestad de juzgar y condenar a la estricta observancia y respeto a los derechos fundamentales de las personas sometidas a enjuiciamiento. Su implantación en el mundo de las naciones civilizadas se produce a través de los grandes textos internacionales que proclaman la vigencia universal de las libertades cívicas como sustento de una convivencia en democracia y libertad. La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, constituyen el nervio y antecedente de las referencias que nuestra Constitución dedica a las garantías en el proceso penal. El paradigma de

[8] Se muestra favorable a esta posibilidad Francisco Salinero Román: "la única posibilidad legal actual de mitigar los efectos nocivos de la prisión provisional para el enajenado dado su peculiar estado sería acordarla en forma atenuada". "La Situación Jurídica de los enfermos mentales sometidos a proceso Penal". Curso sobre Salud mental y justicia. Problemática civil y penal, Internamientos en Derecho civil y penal. La Peligrosidad. CGPJ.

 © FEPSM

potencialidad garantista del sistema se encuentra reflejada en el derecho a un juicio justo o en otras referencias el acceso al debido proceso que es el compendio de todos los derechos fundamentales que están en juego en la tarea de enjuiciar"; añade esa misma sentencia que "El derecho de asistencia letrada y el derecho a la autodefensa constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta un proceso con la debida adecuación a las exigencias constitucionales", y aclara que "el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pueda surgir en el desarrollo del juicio", lo que incluye "todos los medios necesarios para defenderse y especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el principio del juicio y para poder ponerse de acuerdo eficazmente con su Abogado".

Tal resolución no hacía sino glosar el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone que "si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia".

No son pocos los problemas que presenta este precepto, quizá el principal la hoy extraña remisión a lo dispuesto en la Ley sustantiva respecto a los que fueren inimputables al tiempo de cometer el hecho, algo que obviamente carece de la más mínima virtualidad en el momento actual. Pero en todo caso su acierto parece fuera de toda duda, pues cuando el acusado, por las razones o patología que sea, no tiene capacidad no ya solo para comprender adecuadamente la acusación que se formula en su contra sino tan siquiera para poder comunicar eficazmente con su defensa letrada y afrontar de este modo un juicio con verdadera igualdad de armas respecto a las acusaciones, el celebrar el juicio en tales circunstancias entrañaría una flagrante infracción del derecho a la defensa y de la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, por lo que no cabrá sino de, conformidad con ese artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el archivo de las actuaciones.

La propia Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/1989 y configurando una suerte de "ausencia virtual o intelectual", razonaba que si tras la calificación de los hechos sobreviene para el procesado una enajenación mental, procedería no solo la suspensión del acto del juicio oral sino de toda actividad procesal, sin posibilidad de reanudarla, no ya tanto por aplicación del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –que dice reservado a los momentos anteriores a la conclusión del sumario- sino por directa aplicación de los preceptos reguladores de la rebeldía, pues "si... es imprescindible la presencia del inculpado en el acto del juicio, deben equipararse, en un orden procesal, la ausencia física del reo y la ausencia moral aunque materialmente exista la diferencia de que en la situación de rebeldía la incomparecencia es un acto voluntario", decisión que además debe conllevar a su juicio la reserva de acciones civiles a los perjudicados y la posibilidad de instar el internamiento en vía civil.

Ya adelantábamos que la remisión a lo que el Código Penal prescriba para los que ejecutan el hecho en estado de demencia, es una remisión al vacío; y ello porque el vigente Código Penal no contempla (ni podría contemplar tras la Constitución) medidas de seguridad predelictuales, y las establecidas en los artículos 101 y siguientes constituyen verdaderas consecuencias jurídicas del Derecho Penal (sistema vicarial), que solo se pueden y deben aplicar luego de que en un juicio con todas las garantías se haya demostrado que el acusado es el autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la

 © FEPSM

peligrosidad que justifica la medida, por lo que como quiera que ya hemos descartado anteriormente en tales casos la posibilidad de celebrar un juicio justo con todas sus garantías, no cabrá realmente la adopción de medida alguna y sí únicamente la constatación periódica de su estado de salud como previene el propio artículo 383 de la ley procesal, sin perjuicio de las decisiones que se puedan adoptar en la jurisdicción civil a instancias del Ministerio Fiscal o incluso de oficio mediante testimonio remitido por el órgano penal. Ya el Defensor del Pueblo recomendó en 1991 la supresión en dicho precepto de la posibilidad de adoptar medidas asegurativas con el auto de archivo, que deben tenerse por no puesta en el precepto de redacción preconstitucional.

Y si esa es la respuesta penal a la enfermedad mental incapacitante surgida tras el delito pero antes del enjuiciamiento, no muy distinta se presenta la que el ordenamiento dispensa a aquellos casos en que esa pérdida de capacidad sobrevenga tras el dictado de la sentencia; el Artículo 60 del Código Penal (redactado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre) establece en su apartado 1 que "Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de Trastorno Mental Grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código"; añade en su apartado 2 que " Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente".

Ningún problema se plantea en este caso respecto a las garantías del penado, que ya fueron respetadas en el Juicio que dio lugar a la sentencia por la que se dio por probada la realidad del hecho típico y la participación en él del acusado, imponiéndosele entonces la pena ahora suspendida, sin que la medida que se imponga pueda superar en ningún caso ni resultar más gravosa que la pena originariamente impuesta, amén de que el artículo 991 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece un procedimiento contradictorio para adoptar esta decisión, que debe, no obstante, adaptarse a la redacción actual del Código Penal y a las competencias propias del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Una vez vista la razonable respuesta que se da a los supuestos en que el sujeto enferma mentalmente después de cometer el hecho o después de dictada la sentencia, se nos antoja que dicha solución deberá hacerse también extensiva a aquellos casos en que la enfermedad mental existente al tiempo de cometer los hechos y determinante de la anulación volitiva o intelectiva, persiste al tiempo de celebrar el Juicio Oral, pues no cabe celebrarlo frente a un acusado que, por esas limitaciones patológicas, ve restringidas o incluso anuladas sus posibilidades de defensa y contradicción.

Y esa es la respuesta que creemos encontrar en el artículo 637.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual "procederá el sobreseimiento libre: ... 3º) Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores"; el propio Tribunal

 © FEPSM

Supremo había manifestado expresamente que el auto de sobreseimiento resulta inidóneo para imponer cualquier tipo de medida al imputado; "si el sobreseimiento comporta la imposición al reo de una medida de seguridad, asegurativa, sustitutiva, postdelictual y judicial como lo es el internamiento... a que se refieren los números 1 y 3 del art. 8 del Código Penal, surge la duda en torno a si dicho auto de sobreseimiento es el vehículo procesal adecuado para la imposición de la medida... ésta, ... implica una privación de bienes jurídicos y, por tanto, su imposición y ejecución deben revestir las mismas garantías e ir rodeadas de los mismos requisitos e idéntico respeto a los derechos individuales de la persona... solo se pueden imponer mediante Sentencia dictada por Juez competente y previo el juicio oral y público y contradictorio regulado por la mentada Ley... la posibilidad de prescindir del juicio oral dictando el auto de sobreseimiento libre, solo será asequible pro reo pero no a la inversa cuando se trata de imponer una medida de seguridad asimilable y sustitutiva de la pena, lo que solo podrá ocurrir a través del pertinente juicio contradictorio y con todas sus garantías y nunca de un modo en el que se halla ausente toda defensa y en el que la representación jurídica del reo no pudo expresar su parecer ni forzar la apertura del juicio oral" (STS 16-4-79, entre otras). Con ello, parece que se pretendiera desactivar de facto la previsión de decretar el sobreseimiento libre contenida en el ya mencionado artículo 637, por más que curiosamente nunca se ha modificado esa redacción y la ley sigue diciendo lo que dice, aunque en la práctica es frecuente ver cómo procedimientos ordinarios continúan hasta la celebración del juicio con el fin de imponer al sujeto alguna medida de seguridad, lo que no deja de ser una práctica contra legem.

Tal vez por ello, cuando el legislador introdujo en nuestro orden procesal el llamado procedimiento abreviado, optó por una solución diversa, más en la línea con lo apuntado por el Tribunal Supremo. Así, el originario artículo 790.3, hoy artículo 782, establece en su párrafo 1 que "si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los arts. 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del art. 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal", con lo que, en definitiva, se estaba consagrando la respuesta contraria a la prevista en el procedimiento ordinario, esto es, la necesidad de celebrar en todo caso el juicio y resolver por sentencia no solo respecto a la existencia del hecho y su autoría sino también en cuanto a la imputabilidad del acusado y las posibles medidas a adoptar, amén de las responsabilidades civiles.

La situación no puede ser más confusa e incluso contradictoria. Al que enfermare tras cometer el delito, cualquiera que fuere éste, al punto de no poder ejercer adecuadamente su defensa, se le archivará la causa; al que careciere de capacidad de culpabilidad al tiempo de cometer el hecho, si persiste esa situación en el tiempo, tampoco se le habrá de enjuiciar si la causa se sigue por los trámites del proceso ordinario (reservado para los delitos más graves), aunque continuará hasta sentencia si se tratare de un procedimiento abreviado (delitos con penas de hasta nueve años de prisión) a fin de imponerle una medida de seguridad. Solo el legislador puede dar coherencia a este sistema producto de la sucesión irreflexiva de algunas normas y de una ley procesal penal más que vetusta. Y, desde luego, la razón de ser del artículo 383 de la ley de Enjuiciamiento Criminal cabe extenderla a todos los demás supuestos, de tal modo que no es posible someter a juicio, cualquiera que sea su finalidad, a ninguna persona que a fecha del enjuiciamiento se encuentre bajo los efectos de alguna patología mental que le prive de la que podemos llamar capacidad procesal, esto es, que alcance a comprender suficientemente lo que allí se debate, que pueda comunicar eficazmente con su defensa técnica, que

 © FEPSM

pueda dirigirse al tribunal y afrontar en condiciones adecuadas su propio interrogatorio, es decir, no puede someterse a juicio a ninguna persona sin poder garantizar que se trate de un "juicio justo" en el sentido consagrado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

Propuestas de lege ferenda no faltan; algunos como Gómez Colomer, propugnan la posibilidad de adoptar aquellas medidas en el propio auto de sobreseimiento, siempre que la pericial se haya verificado de forma contradictoria, salvaguardando así el derecho de defensa y las garantías de un proceso justo, pero en tal caso ni el sobreseimiento podrá ya ser tildado de "libre" ni se nos antoja realmente contradictoria una pericia realizada en una fase de instrucción con tintes claramente inquisitivos y limitadas posibilidades de intervención en nuestra norma procesal; otros como Bernal Valls postulan la construcción o introducción de una especie de incidente auténticamente contradictorio y precedente al dictado del auto de sobreseimiento, lo que puede resolver el problema de las garantías pero solo desde una perspectiva formal, pues en lo material el sometido a tal procedimiento sigue sin tener la mínima capacidad para entender la naturaleza y objeto del proceso. Es llamativo que en el proceso civil de incapacitación (artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el legislador se haya preocupado de garantizar la defensa del presunto incapaz, al punto de que será defendido por el Ministerio Fiscal o, en caso de ser éste el promotor del procedimiento, por un defensor judicial designado exprofeso, pero que en el proceso penal donde se puede llegar a jugar penas elevadas o medidas de seguridad de duración que en la última propuesta se pretende indeterminada, no se establezcan mecanismos similares, pues la defensa por Letrado es cuestión distinta, de carácter técnico, que no puede asimilarse, al punto de que solo al interesado y no al Letrado incumben en última instancia decisiones trascendentales como la conformidad, reconocimiento de los hechos, estrategia defensiva, etc., decisiones que el inimputable no puede ni debe tomar, advirtiéndose como en la práctica cotidiana esas decisiones, sin embargo, se toman por el referido Letrado tras consulta con el entorno familiar o personal del interesado, pero sin darle intervención a éste.

Entendemos que no sería descabellado aplicar a todas estas situaciones (antes que asumir que el juicio no sería "justo"), siquiera fuere por analogía pro-acusado, el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiendo que el mismo no se refiere realmente a una enfermedad sobrevenida sino concurrente al tiempo de celebrar el juicio (existiera o no al cometer el hecho), aunque en tal supuesto y como ya quedó más arriba razonado no sería posible tampoco la adopción de medida de seguridad alguna ni la fijación de responsabilidades civiles, por ausencia de juicio contradictorio legal, y ambas cuestiones habrán de ser deferidas necesariamente a la jurisdicción civil. Mucho nos tememos que esta propuesta no tendría una gran acogida social, pero como jurista se me antoja difícil explicar que las contundentes palabras del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la propia Fiscalía General del Estado sobre el derecho a un juicio justo, a la asistencia letrada, la autodefensa y demás garantías constitucionales, pronunciadas con respecto a la enfermedad mental sobrevenida, no puedan ser trasladadas al que sufre una enfermedad mental de entidad desde antes incluso de realizar el hecho, so pena de entender que en este caso el sistema acepta la imposición de una consecuencia jurídica, por más que se le llame medida de seguridad, en base a la afirmación de unos hechos y de un pronóstico de peligrosidad obtenidos en un proceso carente de las mínimas garantías (y habría que preguntarse qué valor tienen en esos casos la eventual conformidad del acusado –difícilmente homologable por su estado-, su propia declaración o confesión y cualesquiera otros actos procesales e incluso probatorios que realice). Son muchas, sin duda, las preguntas sin respuesta en estas situaciones, pero la respuesta actual del ordenamiento no parece desde luego satisfactoria.

 © FEPSM

En esa misma línea, la Magistrada María Poza Cisneros, al tratar de dar respuesta a la pregunta ¿Qué solución debe adoptarse en el caso de que se advierta que el imputado carece de la capacidad para comprender el desarrollo del proceso, en especial cuando ello se debe a una limitación que ya existía en el momento de comisión del delito?, acaba proponiendo que en el caso de que se concluya que el imputado carece de la capacidad para comprender el desarrollo del proceso, debe acordarse el archivo provisional, con eventual comprobación periódica de la evolución de aquél, reapertura si se recobrase la capacidad necesaria, archivo definitivo, si la situación fuese irreversible y, en todo caso, de ser necesario, con traslado al Ministerio Fiscal a efectos de adopción de las medidas civiles correspondientes, encontrando fundamento a tal propuesta principalmente en el derecho de defensa, como derecho fundamental que integra la autodefensa, que no se agota en la defensa técnica y que no precisa un respaldo legal adicional expreso, y dentro de esa defensa incluye los principios de contradicción e igualdad de armas, el derecho del acusado a asistir a las actuaciones esenciales del proceso (y habla de "presencia moral", que no solo física) e incluso el derecho a la última palabra.

Una respuesta distinta, someter a toda costa a juicio a no imputable para imponerle una medida de seguridad sin ninguna garantía adicional, podría resultar incluso contrario a otras normas de nuestro ordenamiento:

Es obligada una primera referencia a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, Convención que –en palabras del propio legislador nacional- supuso la consagración del enfoque de derechos de las personas con discapacidad, que son sujetos titulares de derechos, por lo que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo.

En aplicación de la Convención, por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 1 proclama entre sus objetivos el de "garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España", que acto seguido define la accesibilidad universal como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible" y los ajustes razonables como "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos".

Por lo que hace de forma más específica a lo que ahora nos interesa, dedica el artículo 7 a la comparecencia en juicio y representación indicando que "solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles" y que "las personas físicas que no se hallen en el

 © FEPSM

caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley", norma que debe completarse con el artículo siguiente titulado "integración de la capacidad procesal" en el que se indica que "cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Secretario judicial le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona", añadiendo incluso que en ese caso y en los demás "en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél", quedando entre tanto en suspenso el proceso; finalmente el artículo 9 consagra que "la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso".

Tales normas parecen ciertamente estar pensando solo en el proceso civil (de ahí el término "demandado"), pero han de reputarse aplicables en todo tipo de proceso en que se vean implicadas personas con discapacidad; sin embargo, en el ámbito penal tales principios solo parecen haberse desarrollado en relación con las víctimas –singularmente en el reciente Estatuto de la Víctima-, pero poco o nada se ha previsto para cuando la persona con discapacidad sea el investigado, encausado o acusado en el proceso penal (por incluir los tres estatus por los que puede pasar). Ni siquiera se ha aprovechado la recentísima y por el momento última reforma de las leyes penales material y procesal (L.O. 1/2015, de 30 de marzo, y L.O. 13/2015, de 5 de octubre), para acoger los principios de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, pues de puro maquillaje pueden tildarse las únicas reformas introducidas:

1) El artículo 25 define la discapacidad a efectos penales como "aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás", añadiendo que "se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente"; pero aunque no lo diga expresamente, tales definiciones solo son luego empleadas en el resto de articulado en relación con las víctimas[9] y no están pensando en el presunto responsable de un hecho delictivo, respecto del cual ninguna consecuencia parece tener el que presente discapacidad o carezca de la mínima capacidad para tomar decisiones.

[9] Así lo ha entendido, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2016: "los conceptos que maneja el art. 25 CP no lo son a los efectos que pretende el solicitante sino para tenerlos en cuenta en la aplicación de preceptos de la parte especial que tenga por sujeto pasivo o perjudicado a un incapaz o discapacitado": dicha resolución no autorizó la interposición de recurso de revisión en base a la declaración civil de incapacidad a quien se había conformado en el proceso penal y que padecía una esquizofrenia residual, cuadro de desorganización conductual, disgregación del pensamiento, hiperactividad e ideación delirante, aunque en el momento de los hechos se encontraba compensado de sus síntomas no presentando psicopatología aguda y sí un empobrecimiento cognitivo y síntomas residuales que le han supuesto una minusvalía del 65% y que le supuso una disminución leve de su capacidad de conocer y controlar el impulso agresivo que experimentó.

 © FEPSM

2) El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al tratar de la información de derechos al investigado, únicamente previene que "se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita", pero no se extrae ninguna consecuencia de la eventual falta de capacidad para entender aquello de que está siendo informado.

3) El artículo 520, al tratar esa misma información al detenido, parece dar un paso más y ahora establece que "si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal", con lo cual está al menos imponiendo la comunicación a los tutores o guardadores, pero tampoco les reconoce posteriormente la mínima capacidad para intervenir en el proceso en defensa o representación de su pupilo, por lo que nuevamente asistimos a un brindis al sol.

Esta selección normativa pone de relieve que, pese a las relevantes proclamas normativas en desarrollo de la Convención, en el proceso penal en que teóricamente debe apreciarse de oficio la falta de la mínima capacidad procesal del sujeto pasivo, sigue sin establecerse la mínima regla para, de algún modo, complementar o suplir esa ausencia y garantizar su defensa –que no de otra cosa se trata, en definitiva-, al punto de que en dicho proceso pueden ventilarse no solo prolongados periodos de internamiento u otras medidas de seguridad restrictivas de derechos, sino también millonarias pretensiones civiles que, de seguirse en un pleito civil, exigirían la representación por las correspondientes instituciones tutelares o, en su defecto, el nombramiento de un defensor judicial, en tanto que en sede penal se decidirán exclusivamente con la presencia física –que no real- del acusado.

La Jurisprudencia ha sido oscilante en este punto. Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 (acusado de un delito de asesinato del que dos Forenses dicen el día del juicio que presenta personalidad paranoica, con un delirio sistematizado, que pese a ello fue juzgado) recordó que la defensa técnica por Letrado no es suficiente si no se garantiza también la autodefensa del procesado, y concluye que no existió una verdadera igualdad de armas procesales pues el acusado "no se encontraba con las facultades mentales necesarias para afrontar un juicio de gran trascendencia para sus intereses en cuanto que se solicitaba y se impuso la pena máxima prevista por nuestro ordenamiento penal, lo que hacía necesario que hubiese gozado de todos los medios necesarios para defenderse y especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el principio del juicio y para poder ponerse de acuerdo eficazmente con su Abogado", por lo que "no ha disfrutado del derecho a un juicio justo y con todas las garantías, lo que le ha ocasionado una efectiva indefensión que vulnera las previsiones establecidas en el art. 24.1 de la Constitución que garantiza la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e interés legítimos y que veda cualquier tipo de indefensión"; pero tras esos impecables razonamientos, proclama de directa aplicación el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que antes hemos analizado, por lo que ordena la suspensión del juicio pero también, conforme a su último inciso, la adopción de medidas de seguridad respecto del procesado en tanto no pueda celebrarse el juicio (esto último fue objeto de censura por un voto particular).

Años después, la sentencia del mismo Tribunal de 4 de diciembre de 1997, supuesto en que se enjuiciaba a un acusado de tentativa de homicidio que cometió el delito en situación de enajenación mental que continuaba al tiempo de celebrar el juicio, revoca el auto de archivo de la Audiencia

 © FEPSM

Provincial, en el que dejaba sin efecto las medidas cautelares personales y patrimoniales y prevenía a las partes para que instaran ante quien y como corresponda las propuestas para su tratamiento y las provisionales o preventivas a que, por razones de urgencia, pudiera haber lugar, razonando que debe prevalecer el entonces vigente artículo 8.1 del Código Penal (equivalente al actual 20.1) en cuanto ordena acordar el internamiento, e incluso llega a sostener añade que "solo en el supuesto de que el estado del acusado no lo permitiera, no se celebraría el juicio oral y se adoptarían las medidas de internamiento solicitadas" (serían medidas predelictuales, sin previo contradictorio), y concluye ordenando "a la Audiencia Provincial la celebración del juicio oral, la adopción de la medida de internamiento, y, en su caso, con carácter preventivo, si aquel no pudiera tener lugar".

Para no hacer demasiado extensa esta exposición, tras diversas oscilaciones podemos detenernos en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010, que resume la que puede reputarse doctrina jurisprudencial vigente, que proclama que "el Código Penal de 1995 (arts. 1.2, 21.1 y 101) solo permite la imposición de una medida de seguridad en Sentencia, por lo que el archivo de la causa sin celebración del juicio no es una solución satisfactoria desde el punto de vista constitucional y legal, ya que no podría imponerse una medida de seguridad sino en sentencia definitiva", para a continuación añadir que "acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio contra quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad", para concluir que, de acreditarse que la incapacidad mental es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, debe cesar toda intervención penal sobre el mismo, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pueda instar en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación.

4. MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO RESPUESTA PENAL

No estará de más comenzar recordando que esas medidas de seguridad entrañan una auténtica restricción incluso de la libertad ambulatoria del sujeto; el artículo 101 del Código Penal dispone que "al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al núm. 1º art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo", y aún añade en su segundo apartado que "el sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador".

Junto a esa medida de mayor gravedad o intensidad, existen otras no privativas de libertad, entre las que podemos destacar la libertad vigilada introducida por la L.O. 5/10, la custodia familiar, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, pudiéndose advertir a primera vista la sospechosa semejanza de muchas de ellas con la correspondiente pena; la más relevante es, sin duda, la nueva libertad vigilada, en la que el legislador incorpora y refunde algunas de las medidas ya existentes, con la importante novedad de que no solo se aplicará a sujetos que hayan sido declarados inimputables o semimputables cuyo pronóstico de

 © FEPSM

peligrosidad se relacione con estados patológicos, sino también a sujetos plenamente imputables cuando la peligrosidad deriva de su específico pronóstico, supuesto en que no es alternativa a la pena de prisión, sino acumulativa para su ejecución tras la excarcelación, aunque permite que no llegue a hacerse efectiva en función del pronóstico de peligrosidad emitido antes de la liberación y replanteado después con una periodicidad mínima anual.

Y destacamos lo importante de esas medidas para, acto seguido, poner de relieve que el sujeto exento de responsabilidad penal por carecer de las mínimas condiciones biopsíquicas para responder de sus actos, es decir, por carecer de capacidad de culpabilidad o capacidad para delinquir, sigue, sin embargo, siendo objeto de atención e interés para el derecho penal, que pese a todo trata de imponerle una consecuencia privativa de derechos (a la que expresamente se evita llamar pena o sanción, pero que se le parece demasiado…), situación desde luego paradójica que presenta serios inconvenientes:

- Cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar, estamos ante una auténtica sanción, que se conecta o hace depender de la comisión de un hecho reputado delito, por lo que, aunque se hable de sentencias absolutorias y de exención de responsabilidad penal, lo cierto es que se trata de un pronunciamiento materialmente condenatorio, ejecutable coactivamente por el poder del Estado y que sujeta o somete directamente al individuo al cumplimiento de la medida de seguridad que corresponda.

- La cuestión esencial debiera ser determinar la patología del sujeto y el mejor tratamiento para la misma, pero lo cierto es que la consecuencia o medida a imponer solo de forma muy colateral se conecta con la personalidad del sujeto y sus necesidades terapéuticas, en tanto que legalmente se ordena que sea directamente proporcional al hecho cometido (del que teóricamente no es responsable), relación que no se acaba de comprender y que puede derivar en un despropósito terapéutico –sería como decir que una esquizofrenia paranoide debe curarse en seis meses, por ejemplo, si fuere esa la pena en abstracto-.

- Se está utilizando, sin duda, el derecho penal para fines que no le son propios, actuando ante "no culpables" y rellenando en demasiadas ocasiones un vacío que, tal vez, pudieran o debieran ocupar redes e instituciones netamente asistenciales y terapéuticas.

- Lo peor es que ni siquiera así se resuelve el problema; como hemos dicho, el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad; llegado ese momento, el derecho penal ha de cesar toda intervención pero la patología del sujeto puede requerir alguna actuación ulterior –y de hecho así ocurrirá normalmente, si es de tal entidad como para haber determinado la no culpabilidad-; es verdad que el Código Penal contempla en su Disposición Adicional Primera que "cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1º y 3º del art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil", y que conforme al artículo 60 del mismo Código "el Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la … medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto" en la anterior disposición; pero ello solo puede significar que debe buscarse la respuesta ya en el ámbito civil actuando respecto de la eventual discapacidad del sujeto e incluso promoviendo su internamiento involuntario, lo que lleva de inmediato a plantearse si no

 © FEPSM

podría haberse aplicado esa misma vía desde el primer momento, cuestión que en el ámbito técnico solo puede responderse afirmativamente, aunque sin duda dejaría insatisfechos a determinados grupos sociales que demandan reacciones más drásticas ante hechos que reputan graves, por más que fueren cometidos por un enfermo mental.

- Es llamativo que ni siquiera en estos casos el tratamiento médico resulta obligatorio ni puede ser impuesto; ya en las VI Jornadas Jurídico-Psiquiátricas celebradas en esta misma Ciudad en 2010 abordé de forma extensa la que calificaba de "voluntariedad inducida" del tratamiento, concluyendo que aunque el sujeto podía obtener ciertos beneficios penales o penitenciarios, lo cierto es que habrá de prevalecer el artículo 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando establece que "toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios" y que "todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento", como por otra parte se ha encargado de confirmar expresamente la reforma operada por L.O. 5/2010 al introducir en el artículo 100.3 del Código Penal que "...A estos efectos, no se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate".

- Si se analiza objetivamente la respuesta proporcionada por el Derecho Penal en estos casos, se comprueba que se ha declarado al sujeto no culpable, ha sido absuelto, y pese a ello se le ha privado de derechos incluida la libertad, aunque solo de forma temporal y sin conectarlo a sus necesidades terapéuticas, pudiendo incluso no realizar tratamiento alguno, por lo que… ¿qué queda que no sea una pura sanción retributiva?

- El solo diseño del sistema permite pensar que, en la permanente tensión entre los fines de reeducación y reinserción social que deben procurar las penas y las medidas de seguridad y la defensa social ante individuos potencialmente "peligrosos", en lo que es una creciente demanda colectiva alimentada por los medios de comunicación, se acaba imponiendo la segunda y prevalece el propósito de inocuizar socialmente a aquel que cometió un delito, por más que haya sido absuelto o declarado no culpable por falta de capacidad.

Dispone el artículo 25 de la Constitución en su apartado 2 que "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", recordando el Tribunal Constitucional (sentencias 21-11-05, 5-5-00 y 16-2-88) que dicho precepto constitucional no contiene un derecho subjetivo, ni menos aún un derecho fundamental, sino tan solo un mandato del constituyente al legislador y a la Administración penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad, de tal modo que ciertamente la reeducación y reinserción social es una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad pero no la única ni excluyente, al contribuir a lo que el propio Tribunal denomina la "corrección y readaptación del penado", de manera que ni siquiera el fin puramente retributivo puede excluirse entre aquellos que legitiman constitucionalmente las penas privativas de libertad, afirmación que resulta más difícil trasladar a las medidas de seguridad impuestas a no imputables.

 © FEPSM

Sin llegar a diluirse, hemos de reconocer que esos fines constitucionales de reeducación del penado para su adecuado reintegro a la sociedad, especialmente relevantes en quienes carecen de capacidad de culpabilidad, entran en abierta colisión con una percepción social de elevado riesgo de reincidencia y sensación de impunidad en tales supuestos y ante la comisión de actos especialmente reprobables, sociedad que en ocasiones se niega a aceptar cualquier intento de reinserción o resocialización incluso aunque los riesgos existentes hayan sido razonable, científica y estadísticamente conjurados o, al menos, minimizados.

Ejemplo de cuanto venimos diciendo fue la reforma operada por la L.O. 5/10; en ella, el legislador se confiesa cuando decía conciliar el esfuerzo rehabilitador que exige la Constitución con "otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad", reforma que, posiblemente alentada por cierta demanda social tras hechos especialmente graves ocurridos en los últimos años y que han sido objeto de singular atención por los medios de comunicación social, exacerbando el sentir de las víctimas y su entorno, parece decantarse claramente por ese segundo valor de la seguridad colectiva, al punto de que prima la sujeción y control de esos potenciales reincidentes frente a los fines constitucionales expuestos.

Y esa parece también la senda también de futuro, pues el Proyecto de reforma del Código Penal que el Gobierno remitió al Congreso en septiembre de 2013, que en esta parte no llegó a convertirse en ley, desvinculaba, por ejemplo, la duración de la medida de seguridad de la pena que hubiera podido imponerse, pero lo hacía no con fines estrictamente terapéuticos o médicos, sino con el razonamiento de que la misma debe ser proporcionada, no solo a la gravedad del hecho delictivo cometido, sino también a la de aquéllos otros que se prevea que pudiera llegar a cometer el sujeto y, por tanto, a su peligrosidad, proponiendo unos plazos de duración máxima que deberían ser concretados por los Jueces y Tribunales "a partir de la valoración de la peligrosidad y necesidades del sujeto" (expresión esta última de difícil interpretación); además, confesaba sin complejos el Proyecto que "los problemas que se plantean en ciertos casos en los que las penas son … de una duración insuficiente para compensar la peligrosidad del sujeto, pero el autor aparece como una persona peligrosa… puesta de manifiesto en la comisión de delitos de suficiente gravedad, en los que la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor, no resulta razonable hacer recaer todos los costes de esa peligrosidad sobre la sociedad; al contrario, parte de esos costes deben ser trasladados al propio penado, al que se impone, en consecuencia, una medida de seguridad…".

5. CONCLUSIONES PARA EL DEBATE

Nos preguntábamos al principio qué hacer con los locos. El Derecho Penal no renuncia a ocuparse de ellos, siempre que hayan ejecutado un hecho que la ley describe como delito, para teóricamente imponerles una medida de seguridad que conjure su presumible (por no decir presumida, sin más) peligrosidad, pero:

a) Se les somete a un proceso penal diseñado para personas sin discapacidad, sin la mínima adaptación o apoyo.

b) Se les imponen medidas cautelares, incluso restrictivas de libertad, de cuestionable constitucionalidad y que nada tienen que ver con su patología, descartándose legalmente otras posibilidades con mejor capacidad terapéutica.

 © FEPSM

c) Se les somete a un juicio que difícilmente puede tildarse de justo, en el que no pueden ejercitar adecuadamente su defensa.

d) Se presume su peligrosidad por razón de su enfermedad mental y haber cometido ya un hecho definido como delito, del que, no obstante, se proclama no responsable.

e) Se les impone una consecuencia jurídica limitativa de derechos, incluso restrictiva de libertad, por más que no se llame pena y sí medida de seguridad.

f) Tal consecuencia, en cuanto a su intensidad y duración, es proporcionada al hecho (del que no es responsable), pero nada tiene que ver con la biografía y patología del sujeto, ni siquiera se conecta directamente con su eventual peligrosidad.

g) Esa consecuencia jurídica termina en el plazo fijado por la sentencia, cualquiera que sea su situación personal, el estado de su patología y la eventual peligrosidad residual, remitiendo la respuesta a partir de ese momento al ámbito civil (que, al parecer, sí puede ahora hacerse cargo de tal peligrosidad).

h) Ni siquiera legalmente se impone tratamiento alguno, por más que pueda incentivarse con beneficios penales o penitenciarios.

Realmente, ¿para este viaje eran necesarias tales alforjas? Tal vez sea hora de tratar a los enfermos mentales como enfermos… que es lo que son.

© FEPSM

© FEPSM

3

Informe Psiquiátrico Forense del Trastorno Mental Grave en fase de Instrucción Procesal

JULIO ANTONIO GUIJA VILLA

1. INTRODUCCIÓN

La prueba pericial en materia penal se fundamenta en la LECr (art. 456 y ss. en el caso de instrucción o investigación del delito y 723 y ss. para el enjuiciamiento). Concretamente, el primero de los artículos señala la necesidad de esta en los supuestos en que sean "necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos".

Como recuerda Abenza "En el caso de la medicina, la prueba pericial tiene sus antecedentes históricos en la Constitutio Criminalis Carolina, votada en la Dieta de Ratisbona en 1532 a instancias del emperador Carlos V. Se mencionaba que se debe recurrir "a la ciencia de los médicos en el caso de que los jueces no pudieran explicar el caso por sus propias luces naturales". A partir de la misma, se ha ido modificando la legislación en los países de acuerdo a los conocimientos científicos del momento y concretamente, en relación con la psiquiatría nuestra propia legislación penal así como la Jurisprudencia ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, sustituyendo términos como el de enajenado, idiota o imbécil por fórmulas más adecuadas a la realidad psiquiátrica aunque, desgraciadamente, sin que llegue a producirse la necesaria identificación entre Justicia y Psiquiatría"[1].

En definitiva, lo que se planteaba hace siete siglos como en la actualidad es que las decisiones judiciales implican la valoración de aspectos y situaciones muy diferentes sin que, como es lógico, el juez, pueda tener conocimientos profundos de todos ellos. Debe valerse por tanto de los medios de prueba, entre los cuales se encuentra la prueba pericial que tiene por objeto aportar conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que carece el Juez y son necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre los mismos.

Con estos antecedentes, podemos concretar que la prueba pericial psiquiátrica tiene como fin auxiliar al juez y demás operadores jurídicos, contribuyendo a la correcta aplicación del derecho en los casos de enfermedad o trastorno mental. A través de esta, pretendemos analizar el psiquismo de la persona, detectar psicopatología, relacionarla con normas jurídicas y que los profesionales que van a desarrollar su trabajo cuenten con elementos suficientes y objetivos para desarrollar su función.

[1] Abenza Rojo, «El informe pericial», en *Psiquiatría Legal y Forense*. Director Santiago Delgado Bueno, Colex, Madrid, 1994, pp. 303-316

 © FEPSM

2. EL INFORME PERICIAL PSIQUIÁTRICO

2.1. El objeto de la pericia

Dado que la pericia puede versar sobre asuntos diferentes, en la solicitud judicial debe reflejarse de modo claro el objeto de la pericia para conocer la concreta necesidad judicial. El perito, médico forense o psiquiatra, debe conocer y entender en términos jurídicos cuáles son las leyes referentes al asunto que se plantea y cuál es la orientación de la Jurisprudencia en el tema propuesto dado que los términos, consideraciones, apreciaciones y diversas interpretaciones que se realicen acerca del peritado pueden dar lugar a diferentes consideraciones y decisiones judiciales, erróneas o no, que no se ajusten a la ciencia psiquiátrica[2].

2.2. El profesional que realiza la pericia psiquiátrica

Por otro lado, una cuestión que en no pocas ocasiones se plantea: ¿cuál es el profesional que se encuentra preferentemente capacitado para la realización de este tipo de pericias?, ¿el médico forense o el psiquiatra? Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) ya deja claro cuál es la función de los médicos forenses[3] en su artículo 479 "La asistencia técnica a Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, emitiendo informes y dictámenes en el marco del proceso judicial o en las actuaciones de investigación criminal que aquellos soliciten". Siendo la psiquiatría una especialidad dentro de su disciplina profesional, la medicina, es obvio que la ley reconoce al médico forense la obligación de asistencia técnica a los operadores jurídicos. Ahora bien, en una época en la que la medicina tiende a la especialización de todas las materias que constituyen su saber y que incluso dentro de algunas especialidades se constituyen subespecialidades o en nueva especialidad (intento de Psiquiatría del niño y del adolescente, por ejemplo, en el momento actual), resulta incongruente que un profesional como es el Médico Forense pueda tener conocimientos de todas las especialidades médicas.

Concretamente en lo referente a Psiquiatría, sin duda alguna el psiquiatra poseerá mayores conocimientos desde la perspectiva clínica, especialmente referido al tratamiento, pero ello no implica que tenga conocimientos acerca de los objetivos periciales de un determinado paciente y sobre los cuales, el médico forense se encontrará más versado. Así, en un principio, el médico forense se encontrará más formado en la vertiente forense (asesora o peritaje) de la psicopatología y la psiquiatría en general mientras que el psiquiatra clínico tiene reforzada su formación en los aspectos de tratamiento en salud mental. Por tanto, decidir si unos u otros, en exclusiva, son los más adecuados para desarrollar el citado trabajo, resulta poco operativo. Lo idóneo es que se trate de peritos con formación psiquiátrico forense, es decir personas formadas en psiquiatría y en las implicaciones que el trastorno mental puede conllevar ante los tribunales de justicia. Esta formación puede realizarse desde ambas vertientes: en la medicina forense, a través de los Institutos de Medicina Legal, siendo deseable que en cada uno de ellos exista un servicio o sección especializado en esta materia. De igual modo,

---

[2] Guija J.A., La prueba pericial psiquiátrica en el proceso penal. Aspectos médico-psiquiátricos. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 295-320.

[3] Artículo 479 de la Ley Orgánica del poder Judicial: Artículo 479 redactado por el apartado ochenta y seis del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio). Véase la disposición transitoria séptima de la citada Ley. Vigencia: 1 octubre 2015

 © FEPSM

sería conveniente que el psiquiatra clínico que desee realizar informes forenses, se formase en este concreto aspecto como así ocurre con los Médicos Internos Residentes (MIR) de Psiquiatría que, a petición propia, realizan rotatorios en los Institutos de Medicina Legal que cuentan con personal formado en psiquiatría forense o bien en aquellos cursos de postgrado que profundizan en esta materia siempre y cuando los mismos se fundamenten en formación práctica, lo cual no siempre ocurre[2].

En definitiva, parece que lo lógico sería solicitar la pericia psiquiátrica a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ya que como señala el mencionado artículo 479 de la LOPJ, "son órganos técnicos adscritos al Ministerio de Justicia, o en su caso a aquellas Comunidades Autónomas con competencia en la materia, cuya misión principal es auxiliar a la Administración de Justicia en el ámbito de su disciplina científica y técnica" y que en los mismos realicen el trabajo solicitado los profesionales especialmente formados en Psiquiatría Forense: médicos forenses con la especialidad en psiquiatría, médicos forenses con formación en psiquiatría o psiquiatras con formación en medicina legal.

Por todo lo anterior, sería obligatorio que en los citados Institutos existiesen Servicios o Secciones que desarrollasen de forma específica esta función.

Lo anteriormente referido, sin perjuicio de que la parte pueda acudir a la pericia privada al profesional que considere más cualificado para sus alegaciones.

2.3. El método de la pericia psiquiátrica

La entrevista psiquiátrica es el elemento básico y esencial para el desarrollo del trabajo. Al igual que en el resto de la medicina, y en especial de la psiquiatría clínica, será el medio de aproximación al paciente para detección de sintomatología (psicopatología), establecimiento de un diagnóstico y comprobación de evolución tras la instauración de tratamiento. En psiquiatría forense penal, la entrevista tendrá, además de la finalidad de detección de psicopatología, el establecimiento del diagnóstico y posterior concreción de los objetivos de esta: capacidad para declarar, imputabilidad, medidas de seguridad, peligrosidad, descartar anomalía psíquica, etc.

Pero no solo se recaban datos en aras a responder al objeto de la pericia; al igual que en psiquiatría clínica, es necesaria la comprensión del peritado con el objetivo de entender (que no justificar), cuáles han sido las circunstancias por las que se ha llegado a la realización de un hecho concreto. En este caso, de igual modo, será la entrevista el instrumento fundamental del cual se valdrá el médico en la realización de su trabajo2.

Ha quedado señalada la importancia de la entrevista clínica y, por ello, resulta sorprendente el hecho de que, en ocasiones, pocas, pero existen, se pregunta por alguna de las partes la no existencia de pruebas complementarias (en el caso que no se hayan practicado). Al igual que en el resto de la medicina, las pruebas complementarias se solicitan cuando están indicadas. En caso contrario, entendemos que se trata de una mala praxis destinada solo a rellenar con las misma lo que no se conoce por ciencia del perito. De igual modo que ante cualquier contusión en la cabeza de, por ejemplo, un niño (no extraño en estas edades con el consiguientes "chichón" o hematoma) no se realiza un TAC cerebral salvo que exista disminución del nivel de conciencia, tendencia al sueño, vómitos o pupilas de diferente tamaño entre ellas (anisocoria) pues además de inservible se colapsarían los servicios de radiología por la frecuencia de estos pequeños traumatismo en menores, en psiquiatría forense no se realizan sistemáticamente pruebas complementarias salvo que se consideren indicadas. Debe quedar

 © FEPSM

claro por otro lado, que las pruebas psicológicas ni diagnostican ni nos informan acerca de cómo se encontraba la persona en el momento de los hechos.

Hemos reseñado en diferentes momentos la importancia de la entrevista clínica; para ello, es necesario que se cumplan los mismos requisitos y principios que en la actividad médica clínica. Es deseable la confidencialidad en la entrevista, por lo que, en la medida de lo posible, la custodia policial no debe estar presente. Serán la habilidad del médico y de las fuerzas de orden público la que determine el mejor modo de equilibrar seguridad y confidencialidad.[4,5]

Finalmente, no podemos olvidar que la pericia psiquiátrica se concreta en la realización del informe pericial psiquiátrico. Se trata de un elemento fundamental pues, si bien, puede discutirse en la fase de juicio oral, en un primer momento, las calificaciones jurídicas se han realizado basándose en el mismo. En ulterior momento, y a la vista de la defensa que se haya realizado del citado informe, así como de las aclaraciones pertinentes, las calificaciones pueden mantenerse o modificarse a espera de resolución judicial.

Al respecto, señalar que no existe un método ni una técnica definida. Cada profesional actuará de acuerdo con su leal saber y entender, utilizando el método que considere más oportuno para su exposición escrita. Desde una perspectiva general, lo habitual es que conste: antecedentes personales y familiares (médicos o vivenciales de interés en la causa), estado actual (momento del reconocimiento) con especial referencia a cada una de las funciones psíquicas, las consideraciones médico-forenses (entre las que destacar la causalidad) y las conclusiones. En caso de haber utilizado alguna prueba complementaria hacer mención de la misma, así como resultados obtenidos.

3. EL TRASTORNO MENTAL GRAVE (TMG)

Se trata de un constructo en que se encuentran incluidos los trastornos psicóticos y otros diagnósticos relacionados, en los que encontramos tres características fundamentales:

- Sintomatología fundamentalmente psicótica con lo que ello conlleva de ruptura de la realidad y dificultad para capotar la realidad de las cosas o actuar conforme a esa comprensión.
- Evolución prolongada en el tiempo, por consenso dos años.
- Discapacidad funcional personal y/o social secundaria al trastorno.

Los diagnósticos (CIE-10) que están incluidos en el constructo TMG son: Esquizofrenia, Trastorno Esquizotípico, Trastorno de ideas delirantes persistentes, Trastorno de ideas delirantes inducido, Trastorno esquizoafectivo, Trastorno psicótico no orgánico y no especificado, Trastorno bipolar, Trastorno depresivo recurrente sin síntomas psicóticos y con síntomas psicóticos, Trastorno paranoide de la personalidad, Trastorno esquizoide de la personalidad y trastorno de inestabilidad emocional[6].

---

[4] Guija Villa; Giner Jiménez; Romero De La Cruz; Guijarro Santoro; López Aguilar. «Examen médico forense del estado mental en el juzgado de guardia», en *Cuad Med Forense* 2013;19(3-4):pp.110-114.

[5] Estudio sobre los partes de lesiones de las personas privadas de libertad. Defensor del Pueblo. Mayo 2014. https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobre-los-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf.

[6] Jaén M.J.; Moreno M.J., Trastorno mental y capacidad para entender el significado del proceso penal y de la pena. Criterios médico-periciales. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental

 © FEPSM

Se trata de diagnósticos que con frecuencia encontramos en los pacientes reconocidos en casusa penal dado que la sintomatología psicótica, especialmente alucinatoria y/o delirante y la ruptura subsiguiente de la realidad, pueden facilitar en determinados momentos y bajo concretas circunstancias, la comisión de un acto delictivo. No obstante, hay que dejar claro, como señala Lillo "que, si el paciente con TMG está debidamente diagnosticado y tratado con una satisfactoria adherencia al tratamiento, no tiene por qué ser más violento que un individuo mentalmente sano y, por tanto, su nivel de peligrosidad criminal/riesgo de cometer actos que implique daño grave sobre bienes jurídicamente protegidos, estaría en tasas equiparables a las ofrecidas por a la población general"[7].

4. MOMENTO PROCESAL DEL RECONOCIMIENTO PERICIAL PSIQUIÁTRICO

4.1. Juzgado de Guardia

En numerosas ocasiones, es el lugar en el que se inicia el contacto entre persona con trastorno mental y justicia. De entrada, hay una cuestión que llama la atención desde la experiencia y es la diversidad de opciones que consideran las Fuerzas de Orden Público (FOP). Así para un mismo hecho, por ejemplo, familiar de persona con trastorno mental que avisa por teléfono a las FOP porque el paciente se muestra agresivo y está vociferando en la ventana hacia los transeúntes arrojando objetos diversos. Ante esta situación, observamos tres posibles respuestas sin tener muy claro la razón de cada una: a) la persona es trasladada al juzgado de guardia y con frecuencia es remitida desde ahí a la Unidad de hospitalización de psiquiatría, b) la persona es traslada a la Unidad de Hospitalización de Psiquiatría y c) la persona es traslada a la Unidad de hospitalización quedando ingresada con custodia policial. Entendemos que ya desde un primer momento, se produce un sesgo en el trato a estos pacientes (no olvidemos que ya ha avisado la familia que se trata de personas con enfermedad mental) sin encontrar claramente determinada la razón que motiva a tomar una u otra decisión. Sería deseable buscar uniformidad mediante los oportunos protocolos de actuación.

Desde la perspectiva pericial, son tres las posibles actuaciones:

4.1.1. Capacidad para declarar:

Habría que diferenciar qué consideramos capacidad de declarar desde la perspectiva médica y desde la jurídica.

Médicamente, cualquier persona que no presente alteraciones de la conciencia y que no se encuentre en situación de ansiedad importante que le impida expresarse o que presente un cuadro de inquietud psicomotriz, o agitación, tendría capacidad para declarar. Otra cuestión es si lo que expresa se puede considerar real o es consecuencia de su mundo, por ejemplo, psicótico. Aparte está la posibilidad de simulación o la mentira deliberada que no son objetos de esta aproximación pues no se trata de situaciones médicas.

---

en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 137-172.

[7] Lillo R., Procedencia de las medidas cautelares en casos de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 209-234.

 © FEPSM

Jurídicamente, la capacidad para declarar debe entenderse desde una perspectiva más funcional: habría que valorar la capacidad para entender el motivo por el que se encuentra detenido, si es capaz de entender las indicaciones del abogado o del juez en su caso, si entiende quién es cada uno de los operadores jurídicos que se encuentran en el despacho en un momento determinado, si tiene capacidad para defenderse incluso mintiendo o si entiende cuáles son las consecuencias a las que se enfrenta.

En definitiva, aunque la capacidad funcional se sustente en la psicopatología, si aquella existe, una persona con trastorno mental activo puede tener capacidad para declarar, aunque los hechos que esté relatando sean consecuencia de su realidad, o fantasía, no acorde a cómo sucedieron en realidad. Podríamos considerar análogo a una mentira, pero con base en la enfermedad de la persona.

Finalmente, entendemos que, en este momento procesal, el Juzgado de guardia, no es posible realizar informe de imputabilidad. Por el momento en que nos encontramos, requiere, por posibilidades de tiempo, valorar el estado psicopatológico de la persona "aquí y ahora" con el objeto de apreciar la posible descompensación de alguna/s función/es psíquica/s que impida o dificulte la declaración como detenido. Es decir, realizamos un diagnóstico transversal. Por esa razón, no resulta posible determinar la imputabilidad en este momento ya que esta situación jurídica requiere de un tiempo prolongado de estudio con el objeto de realización de diagnóstico longitudinal para lo cual es necesario contar con documentación médica, de la que habitualmente se carece en esta situación, así como, en ocasiones, información proveniente de familiares. No olvidemos que los diagnósticos en psiquiatría, de acuerdo con las clasificaciones internacionales, tienen un componente cronológico.

4.1.2. Sustancias adictivas:

El diagnóstico de adicción requiere información longitudinal del paciente, de la cual casi siempre se carece en ese momento. Por ello, salvo que se disponga de acceso al historial médico acerca de la evolución clínica del detenido, en la mayoría de los casos lo más que puede hacerse es acreditar el estado físico y psíquico del paciente en el momento del reconocimiento, utilizando el término "según refiere" para todo aquello relacionado con el consumo de sustancias adictivas y que no podemos acreditar en nuestro reconocimiento. Con el objeto de ser lo más objetivo y trasladar la mayor información posible a los operadores jurídicos, sería deseable que el médico forense, desde la guardia, tuviese acceso al sistema informático utilizado en la red de drogas con el fin de agilizar la información básica imprescindible para la toma de decisión por parte del juez. En las Comunidades Autónomas que ello es posible, supone un elemento auxiliar de primera línea en la objetividad y aproximación a la realidad científica de los informes.

4.1.3. Medidas sanitarias:

Una situación que con cierta frecuencia encontramos en el Juzgado de guardia es el de la persona con trastorno mental que es presentada por las FOP como detenida, tras haber sido avisados por la familia. Normalmente, se trata de personas con Trastorno Mental Grave (TMG), sin conciencia de enfermedad, nula adherencia al tratamiento y consumidora de sustancias tóxicas. En este contexto, no resultan extrañas situaciones de agresividad verbal y física contra personas y objetos en el medio familiar. En momentos de difícil contención, se procede al aviso. Una vez personada las fuerzas de orden público, no es descartable que ante la situación de agresividad e inquietud psicomotriz se produzca, además, la agresión a la fuerza pública actuante con lo cual, cuando es presentado ante el Juez de guardia, el enfermo mental detenido lo sea por maltrato en el ámbito familiar y por delito de atentado a los agentes de la autoridad. En este momento, cuando se procede al reconocimiento psiquiátrico forense habrá de

 © FEPSM

valorarse hasta qué punto se aprecia psicopatología activa que suponga riesgo para el paciente o para terceros e incida en su conducta, conciencia de enfermedad, apoyo social o familiar y rechazo; en tal caso, debe ser tratado como lo que es: una persona con trastorno mental descompensado y recomendar el ingreso en la Unidad de Hospitalización de Salud Mental de referencia para valoración del caso y tratamiento si procede. En definitiva, actuar como cualquier facultativo de acuerdo con el art. 763 de la LEC.

La situación anterior se puede presentar desde otra perspectiva clínica: la persona con enfermedad mental detenida no cumple en el momento del reconocimiento criterios de ingreso en Unidad de Hospitalización aun cuando el médico forense aprecie psicopatología que requiere tratamiento de forma ambulatoria. En este caso, es posible que el Juez de guardia dicte medida de alejamiento de la familia que, por otro lado, y a pesar de las agresiones físicas y verbales es el único apoyo con que cuenta el enfermo, pasando a engrosar las cifras de personas «sin techo» con el agravante de su especial vulnerabilidad. Se trata éste de un tema preocupante desde la perspectiva médica y social y, de cara al presente artículo, judicial, pues la medida de alejamiento de su único apoyo facilita el paso de la persona con trastorno mental hacia la prisión. El mecanismo es sencillo: una vez dictada la medida de alejamiento, el paciente sin conciencia de enfermedad no acaba de comprender la imposibilidad de «volver a mi casa» por lo que acude nuevamente, quebrantando la medida y abriéndose las puertas para su entrada en prisión. Entiendo que es uno de los mecanismos, por supuesto no el único, por el que la enfermedad mental se encuentra sobrerrepresentada en prisión en relación con población general[8]. Ante esta situación, en la que el médico forense en funciones de guardia objetiva una clara descompensación psicopatológica, que no requiere ingreso hospitalario urgente de acuerdo con el art 763 de la LEC y en la cual se va a dictar una medida de alejamiento sin que el paciente tenga domicilio donde dirigirse, sería deseable no olvidar el principio del interés superior de la persona con discapacidad[9]. Protección de la persona con discapacidad en función del principio referenciado que se

---

[8] Estudio PRECA (Prevalencia en cárceles) en Vicens, Tort, Dueñas, Muro, Pérez-Arnau, Arroyo, Acín, De Vicente, Guerrero, Lluch, Planella, Sarda, «The prevalence of mental disorders in Spanish prisons», *Crim Behav Ment Health.*Dec; 21(5):321-32. doi: 10.1002/cbm.815. Epub 2011 Jun 26.

Como dato llamativo, hay que señalar que la patología psicótica se observa presente en el 10% de la población penitenciaria frente al 1% de población general. Se trata de un estudio epidemiológico descriptivo transversal. La muestra se compone de internos varones condenados de 5 prisiones españolas ubicadas en 3 comunidades españolas (Cataluña, Madrid y Aragón), cada una de las cuales acoge entre 1000-1500 reclusos. El número de internos en estas comunidades suponen el 28,8% del total en España (INE, 2010).

Criterios de inclusión: Varón, 18-75 años, penado, ubicado en módulo ordinario del centro penitenciario. Criterios de exclusión: preventivos, estar ubicado en módulo psiquiátrico penitenciario, pendiente de traslado a otro centro penitenciario, libertad en los próximos 6 meses, bajo dominio de la lengua española.

De los listados proporcionados por los centros penitenciarios, se eligió el mismo número de reclusos en cada una de las Comunidades participantes en el estudio mediante un muestreo aleatorio estratificado en una fecha índice (30 de marzo de 2007).

Setecientos ochenta y tres pacientes fueron seleccionados para el estudio; 707 (90,3%) aceptaron y fueron entrevistados y 76 rehusaron participar. De los 707 reclusos, 235 estaban en centros penitenciarios de Madrid, 222 en Cataluña y 250 en Aragón. La recogida de datos se llevó a cabo entre abril de 2007 y junio de 2008.

[9] Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York, 2006).

 © FEPSM

recoge en el art 48.1 CP[10] y la necesidad de asistencia para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (art. 25 del CP).

En el contexto anteriormente reseñado, sería deseable la existencia de Unidades de apoyo socio-sanitario para estos "enfermos-delincuentes" de tal manera que una vez se tuviese conocimiento en el Juzgado de guardia de la decisión de la puesta en libertad de esta persona, se pudiese contactar telefónicamente y de forma inmediata con la citada unidad de servicios sociales que ayuden a gestionar la posibilidad de un lugar donde dormir, comer, lavarse, en definitiva, vivir, y que desde la misma se traslade al paciente a su Equipo de Salud Mental de referencia con la toma del contacto perdido. La experiencia demuestra que cuando el paciente siente la presión judicial, es más propenso a realizar las actividades sanitarias que anteriormente se negaba. Entendemos que, en muchas ocasiones, más que crear nuevas estructuras, solo hay que coordinar las ya existentes.

4.2. Imputabilidad

Como ya ha quedado reseñado, esta actividad no puede ni debe realizarse en el juzgado de guardia ante la habitual ausencia de documentación médica. Transcurrido un tiempo prudencial, suele llevarse a cabo la/s entrevista/s necesaria/s con el investigado en aras a establecer los elementos necesarios para la determinación de la imputabilidad: existencia de anomalía o alteración psíquica, alteración de las funciones psíquicas en el momento del hecho y, finalmente, modo de actuar sobre la capacidad de conocer y actuar conforme a esa comprensión (voluntad), es decir, funcionalidad a nivel penal.

Entendemos que elemento imprescindible para realizar el informe pericial psiquiátrico de imputabilidad es el atestado realizado por las FOP. Es el documento que nos ayuda a situarnos en el momento de los hechos. No solo contiene la actuación directa de las mismas informando de cuánto vieron sino de los testigos. Se trata, por tanto, de un documento que, si bien hay que saber utilizarlo en su justa medida, resulta valioso para hacernos una idea aproximada no solo de los hechos sino de cuanto rodeó al investigado y que nos ayudará en la entrevista para evaluar más y mejor las funciones psíquicas.

Además del ya citado atestado, es necesario contar con la documentación médica del investigado. Cuando señalamos médica, nos reafirmamos en toda su extensión, incluida la psiquiátrica. Alteraciones metabólicas, electrolíticas, patología crónica, quirúrgica, pueden influir en un determinado momento sobre las funciones psíquicas. Por ello, es deseable no circunscribirse exclusivamente a la patología psiquiátrica. En ocasiones nos planteamos el desacuerdo con un diagnóstico que viene referenciado en la documentación médica y surge la pregunta ¿se debe mostrar tal circunstancia? Naturalmente; es una opinión y como tal debe reflejarse. No obstante, no debemos perder de vista que, si bien en épocas pretéritas de la psiquiatría forense se daba capital importancia al diagnóstico en función de la redacción del Código Penal, en el momento actual la importancia es relativa. El art 20.1 del Código Penal referente a las eximentes, señala "el que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

---

[10] Art. 48.1 CP. «*La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida*».

 © FEPSM

Como vemos, no menciona la patología psíquica concreta. Cualquier trastorno de las clasificaciones internacionales puede ser susceptible de ser valorado en este artículo. Lo relevante es el estado de las funciones psíquicas en el momento del hecho que modifican la capacidad de conocer y/o querer. Por ello, más que entrar en disquisiciones diagnósticas, lo provechoso resulta discutir sobre psicopatología.

No obstante, lo anterior, el diagnóstico tiene su relevancia. Existe cierta tendencia a pensar en el mundo del derecho que, por ejemplo, una persona diagnosticada de esquizofrenia puede tener alteradas sus facultades psíquicas si en el momento de la comisión del hecho estaba presente un cuadro alucinatorio y/o delirante, es decir, sintomatología positiva. Sin embargo, de no existir ésta y ser predominante la sintomatología negativa, existe la tendencia a pensar que no afecta al hecho.

Esa postura lleva con frecuencia a la creencia de que la esquizofrenia es un trastorno solo caracterizado por los primeros sin tener en consideración los segundos. Por todo ello, la explicación de un diagnóstico, modos de presentación psicopatológica y curso del trastorno, naturalmente que tiene su relevancia.

De lo hasta aquí señalado queremos destacar otro aspecto: la causalidad. Continúa cierta tendencia de pensamiento acerca de que detectar trastorno mental, especialmente Trastorno Mental Grave, equivale a la aplicación de alguna modificación de la imputabilidad. Nada más lejos de la realidad. Los pacientes no están alterados psicopatológicamente las 24 horas del día los 365 días del año. Existen momentos, épocas, de compensación y descompensación de la psicopatología y, por tanto, será deber del médico, psiquiatra y/o forense que realice la pericia, determinar si las funciones psíquicas alteraban la capacidad de conocer y/o querer, así como el grado de la posible afectación, todo ello teniendo en consideración que la psicopatología debe estar en relación con el hecho. Por ejemplo, un delirio de persecución o de envenenamiento que pudiera tener relación con la agresión a la supuesta persona envenenadora o perseguidora, no tendría afectación si lo que ha efectuado ha sido el robo de un reloj o unos pendientes por poner un ejemplo.

Finalmente, habría que realizar alguna precisión con las clasificaciones internacionales. Son habitualmente utilizadas en el mundo jurídico, pero como recuerda el DSM-5 “se redactó para satisfacer las necesidades de los clínicos, los profesionales de la salud pública y los investigadores, antes que las necesidades técnicas de los juzgados y de los profesionales que prestan servicios legales”[11]. No es asunto baladí; el desconocimiento de su utilización solo lleva a confusiones como las anteriormente reseñadas. Una cuestión es la clínica de las diferentes categorías diagnósticas y otra su relación con la causalidad y la psiquiatría forense.

4.2.1 Relación entre informe pericial psiquiátrico y consecuencias penales

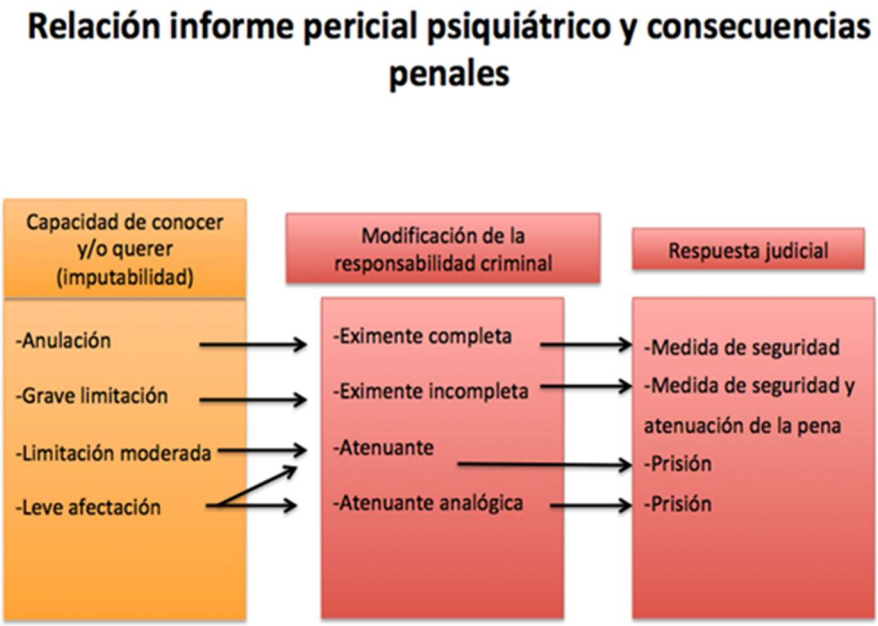
A la hora de establecer las conclusiones psiquiátrico-forenses en el informe pericial, la más determinante será aquella que establezca la afectación o no de las capacidades de conocer y/o querer y en caso afirmativo, concretar la gradación de la misma. Habitualmente, suele utilizarse tres grados: nula afectación, limitación, anulación de una de ella o de las dos. No obstante, en caso de haber mencionado la existencia de “limitación”, los tribunales solicitan mayor precisión pues en función de ello

[11] American Psychiatric Association. *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (DSM-5®), 5ª Ed. Madrid: Editorial Médica Panamericana, 2014.

© FEPSM

la modificación de la responsabilidad será diferente y la respuesta judicial también. De este modo, es necesario concretar si la limitación de la capacidad es moderada o se trata de una grave limitación.

Sin que pueda considerarse exacta, habitualmente la relación que se establece entre informe pericial y consecuencias es la siguiente:



Como apreciamos, los términos utilizados en el informe pericial comportan una determinada modificación de la responsabilidad criminal y a su vez, ésta, una respuesta judicial diferente. La importancia de reseñarlo es conocer ¿dónde finaliza el recorrido judicial del paciente con TMG al que le ha sido apreciada una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal? Dependiendo del término que empleemos, observamos que es diferente y la importancia radica en que, finalmente, el paciente puede acabar en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario (HPP), en caso de medida de seguridad privativa de libertad, o en prisión.

La diferencia es obvia desde la perspectiva de Instituciones Penitenciarias con las ventajas e inconvenientes que pueda comportar para el paciente cada uno de estos dos lugares de cumplimiento. No obstante, sí existe una diferencia de especial relevancia: posibilidad de acceso a tratamiento médico psiquiátrico. Así el paciente con TMG ingresado en HPP, se encontrará en un espacio médico-psiquiátrico con los límites de una prisión. Tendrá seguimiento especializado a través de psiquiatra, psicólogo clínico, enfermería psiquiátrica, auxiliares, monitores, educadores, resto de profesionales y los programas que se establezcan para este tipo de patología. De igual modo, podrá beneficiarse de las salidas terapéuticas a modo de una Unidad de Hospitalización de Salud Mental. Por el contrario, en

 © FEPSM

prisión, el paciente con TMG al que se le hubiese considerado una limitación moderada o una leve afectación de sus capacidades funcionales penales, en un principio, se encontrará con un seguimiento de su trastorno mental por personal médico, aunque no necesariamente especializado. Es cierto que el Protocolo de aplicación del programa marco de atención integral a enfermos mentales en centros penitenciarios (PAIEM Sept 09 y PAIEM-R Dic 13)[12] ha tratado de reconducir la situación de estos pacientes. No obstante, ni la implantación ni la aplicación es homogénea en todo el país existiendo margen de mejora en la atención de salud mental de estos pacientes.

Como vemos, la gradación de la limitación de las capacidades realizadas en informe pericial tiene unas consecuencias no solo penales sino también de asistencia a la persona con trastorno mental. Por tanto, determinar el grado de afectación debe sustraerse en lo máximo a la subjetividad y utilizar criterios lo más objetivos posibles. Para ello, resulta útil escalas como la Escala de gravedad de los síntomas de las dimensiones de psicosis evaluada por el clínico de la DSM-511. En ella se establecen ocho dominios (alucinaciones, delirios, discurso desorganizado, comportamiento psicomotor anormal, síntomas negativos, alteración cognitiva, depresión y manía) y cada uno de los cuales con posibilidad de puntuación de 0 a 4. Como decimos, se trata de una escala que, si bien está pensada para la clínica, tiene su utilidad forense en el sentido ya mencionado. A la psiquiatría, el ámbito judicial no iba a ser una excepción, se le achaca presunta falta de objetividad por la falta de pruebas objetivas, funcionales o estructurales, para emitir diagnósticos. Aunque, si bien es cierto, la falta de pruebas objetivas, la carencia de objetividad es muy discutible pues la psicopatología es una, pero para evidenciarla es necesario el conocimiento para ello. Desde esa perspectiva, la utilización de escalas como la reseñada, solo ayudan a mejorar la comprensión del caso y la toma de decisiones.

4.3 Peligrosidad

El termino peligrosidad suele asociarse a la enfermedad mental. No obstante, habría que determinar qué se entiende por aquél desde la perspectiva jurídica. Para ello tenemos que acudir al artículo 6.1 del Código Penal «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Más adelante, el artículo 95.1 del citado Código Penal, concreta “las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurran estas circunstancias:

a) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

b) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

En definitiva, nos plantea la posibilidad de reincidencia.

La asociación violencia/enfermedad mental, ya de por sí resulta arriesgada pues en medicina en general y la psiquiatría en particular y siguiendo el viejo aforismo “no hay enfermedades sino enfermos”, debemos atenernos al caso concreto. Es cierto que hay una forma de evolucionar la enfermedad, pero ello no conlleva necesariamente a la comisión de delitos. Sin ir más lejos, solo hay que pensar que de

[12] Programas de intervención con enfermos mentales.
http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/enfermosMentales.html.

© FEPSM

acuerdo con el DSM-5, la prevalencia de la esquizofrenia, como paradigma del síndrome psicótico, es del 0,3-0,7% de la población. Es decir, unas 230.000 personas en España, considerando una población de 46.000.000 de habitantes. Del mismo modo hay que recordar que de acuerdo con los datos de Instituciones Penitenciarias en septiembre de 2019 existían 59.000 presos, de los cuales de acuerdo con el estudio PRECA8, el 10% presenta algún tipo de trastorno psicótico (unas 6.000 personas). Evidentemente, es una mínima parte de la población con Esquizofrenia la que se encuentra en prisión (2,6%) por lo que no puede asimilarse el diagnóstico de trastorno a violencia, bien entendido que el ingreso en prisión no es el único parámetro que puede ser considerado para evaluar esta relación.

En relación con lo anterior, hay que dejar sentado que no hay trastorno mental con riesgo en sí mismo de provocar actos delictivos, sino que hay personas concretas con trastornos concretos que por una serie de circunstancias presentan más facilidad para reincidir2. En este sentido, señala Cañas[13]:

- En los pacientes que han sido hospitalizados por sus conductas violentas, estas se han debido a una descompensación de su psicopatología por una ausencia de conciencia de enfermedad y escasa/nula adherencia al tratamiento.
- En los pacientes tratados de forma ambulatoria en la comunidad, sin necesidad de ingreso (existe conciencia de enfermedad y realizan tratamiento), los factores de riesgo son más similares a los de las personas que delinquen sin tener un TMG: edad (joven), género (masculino), antecedentes de violencia, abuso/dependencia de drogas y rasgos antisociales de personalidad.

Probablemente la enfermedad que más se relaciona mediáticamente con la violencia es la esquizofrenia. Es posible que ello sea secundario a las características de los delitos cometidos por estas personas, frecuentemente en el ámbito familiar y que rápidamente se propagan con el subtítulo de «tenía antecedentes psiquiátricos»2. Al respecto resulta interesante resaltar algunas conclusiones de los estudios de Fazel[14,15].

- Las personas con esquizofrenia protagonizan menos del 10% de todos los actos heteroagresivos en sociedad (3,2% a 9,9% según los estudios).
- El aumento del riesgo de violencia en personas con TMG sería multifactorial siendo esencial la comorbilidad con el consumo de sustancias tóxicas. En estos casos, tiene más importancia el consumo de sustancias que la psicopatología derivada del TMG en sí misma.
- Finalmente, es importante señalar el clásico estudio MacArthur (2001)[16] cuando revela la preexistencia de conductas violentas como un elemento predictor de primer orden.

---

[13] Cañas De Paz; Franco Lovaco. «Análisis y valoración clínica de la peligrosidad del enfermo mental», en Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Psiquiatría Legal y Forense. Coordinadores Santiago Delgado Bueno y José Manuel Maza Martín. Ed. Bosch. 2013. Pp. 289-307.

[14] Fazel, Danesh. «Serious mental disorder in 23.000 prisoners: a systematic review of 62 surveys», en *Lancet*, núm. 359, 2002; pp. 545-550.

[15] Fazel, Gulati, Linsell, Geddes, Grann, «Schizophrenia and violence: systematic review and meta-analysis». *PLoS Med* 2009;6(8): e1000120.

[16] Monahan, Steadman, Silver, Appelbaum, Robbins, Mulvey, Roth, Grisso, Banks, *Rethinking Risk Assessment: The*

 © FEPSM

Los datos señaladas nos llevan a concluir, ya sea en informe pericial en casos TMG o durante el juicio de aquellas, que la peligrosidad, o mejor, el riesgo de comisión de nuevos delitos (con el fin de evitar el estigma y aproximarnos a la idea de la discapacidad en la actualidad) hay que concretarla en una persona concreta y un momento concreto de su vida para lo que hay que tener en consideración: tipo de enfermedad mental, conciencia de enfermedad, adherencia al tratamiento, preexistencia de conductas violentas y consumo comórbido de sustancias. No todas personas con enfermedad mental realizan actos violentos, solo una proporción pequeña de los mismos2.

No obstante, lo anteriormente reseñado, no debemos olvidar que cualquier persona, incluida la que presenta trastorno mental, además de factores de riesgo para repetir un acto delictivo, presenta factores protectores. Entre estos, es decisivo el apoyo social, inteligencia, trabajo, ocio, relaciones interpersonales[17]. De la objetiva interpretación de los factores protectores y de riesgo, realizaremos la aproximación más certera, imposible al 100%, sobre la "peligrosidad" o posibilidad de realización de nuevos actos delictivos de la persona con trastorno mental.

4.4. Medidas de seguridad

Se trata de una cuestión que raramente se consigna en informe pericial durante la fase de instrucción, pero que, con bastante probabilidad, en caso de posible modificación de la imputabilidad, es planteada al perito médico en la fase de juicio oral.

El artículo 101 del Código Penal señala a quiénes puede aplicarse: «sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie». Por tanto, no podemos olvidar un aspecto importante: se aplica a una persona con trastorno mental que ha cometido un delito y el mismo se encuentra relacionado con su psicopatología. ¿Estamos ante un delincuente o ante un enfermo mental? En el presente artículo, nos referimos a persona con TMG que ha cometido un delito. Por ello, el objetivo de la medida de seguridad es el abordaje de la patología que ha determinado un concreto modo de comportarse.

¿Qué aporta el Código Penal ante estas situaciones? Nos propone dos soluciones (artículo 96):

- Medidas privativas de libertad: internamiento en centro psiquiátrico o en centro de deshabituación (96.2.1ª y 96.2.2ª).
- No privativas de libertad: libertad vigilada y custodia familiar (96.3.3ª y 96.3.4ª). El art 106 establece las formas de la libertad vigilada, concretando el 106.1.k) «la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico». La custodia familiar se define como sometimiento «al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia».

¿Qué criterios serían considerados los idóneos desde la pericial psiquiátrico-forense?

MacArthur Study of Mental Disorder and Violence. 2001. New York: Oxford University Press.

[17] Senon, Jonas. *Expertise psychiatrique pénale*. EMC - Psychiatrie 2017; 14(3): 1-10 [Article 37-902-A-10].

© FEPSM

Al respecto debemos considerar varios aspectos a la hora de informar, teniendo siempre presente lo ya señalado: estamos ante una persona con enfermedad mental descompensada y que secundariamente a su psicopatología ha delinquido. Por ello, debemos tener en cuenta que, en España, de acuerdo al artículo 20.1 de la Ley General de Sanidad el abordaje de la persona con trastorno mental debe ser en el medio comunitario (es decir, ambulatorio) y multidisciplinar. Obviamente, esto no siempre es posible por lo que consideramos que hay que acudir al caso concreto y valorar aspectos ya señalados anteriormente:

- En caso de ausencia de conciencia de enfermedad, nula adherencia al tratamiento con descompensaciones psicopatológicas frecuentes y fracasos reiterados en su abordaje terapéutico, en un principio, recomiendan la medida de ingreso en centro psiquiátrico. Si además es consumidor de sustancias tóxicas y presenta antecedentes de conductas violentas, es máximo acreedor a este tipo de medida. Tras la compensación mantenida de la psicopatología y crítica de la misma, a petición de los profesionales de salud mental del centro en el que se halle ingresado, sería interesante valorar el cambio a una medida no privativa de libertad2.
- El art. 106.1.k) del CP señala otra posibilidad: “la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”. Entendemos que sería la solución recomendable para los casos de descompensaciones ocasionales de psicopatología con abandonos puntuales de tratamiento y consecuentes recaídas. Se obliga a seguimiento médico, acompañado de cuidado y vigilancia de familiar, con traslado al paciente de las consecuencias penales en que pudiera incurrir el abandono de la misma.

5. CONCLUSIÓN

El informe pericial psiquiátrico en los casos de TMG tiene una importancia decisiva, no solo en cuanto a determinación de la imputabilidad, sino la modulación de ésta. De una concreción objetiva de la misma derivará, no solo las consecuencias penales sino, incluso, el tipo de asistencia médica psiquiátrica que la persona recibirá. Realizar informes objetivos, con la utilización de escalas en su caso, ayudará a que la persona con TMG tenga respuesta judicial lo más acorde y justa posible con su verdadera situación psicopatológica.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abenza Rojo JM. El informe pericial. En Psiquiatría Legal y Forense. Director Santiago Delgado Bueno. Ed. Colex. Madrid. 1994.
2. Cañas de Paz F, Franco Lovaco B. Análisis y valoración clínica de la peligrosidad del enfermo mental. En Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Psiquiatría Legal y Forense. Coordinadores Santiago Delgado Bueno y José Manuel Maza Martín. Ed. Bosch. 2013.
3. Estudio sobre los partes de lesiones de las personas privadas de libertad. Defensor del Pueblo. Mayo 2014. https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2014-06-Estudio-sobre-los-partes-de-lesiones-de-las-personas-privadas-de-libertad.pdf.
4. Fazel S, Danesh J. Serious mental disorder in 23.000 prisoners: a systematic review of 62 surveys. Lancet 2002; 359: 545-550.

 © FEPSM

5. Fazel S, Gulati G, Linsell L, Geddes Jr, Grann M. Schizophrenia and violence: systematic review and meta-analysis. PLoS Med 2009;6(8): e1000120.

6. Guija Villa JA, Giner Jiménez L, Romero de la Cruz C, Guijarro Santoro A, López Aguilar FJ. Examen médico forense del estado mental en el juzgado de guardia. Cuad Med Forense 2013;19(3-4):110-114.

7. Guija Villa JA. La prueba pericial psiquiátrica en el proceso penal. Aspectos médico-psiquiátricos. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 297-322.

8. Jaén MJ, Moreno MJ. Trastorno mental y capacidad para entender el significado del proceso penal y de la pena. Criterios médico-periciales. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 137-172.

9. Lillo R. Procedencia de las medidas cautelares en casos de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. En Trastornos mentales y Justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal. Flores Prada A. (Director) y Sánchez Rubio A. (Coordinadora), Aranzadi, Pamplona, 2017 pp. 209-234.

10. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5). Asociación Americana de Psiquiatría. 5ª. Editorial Médica Panamericana. Madrid. 2014.

11. Monahan J, Steadman H, Silver E. Appelbaum P, Robbins P, Mulvey E, Roth L, Grisso T, & Banks S. (2001). Rethinking Risk Assessment: The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence. New York: Oxford University Press.

12. Programas de intervención con enfermos mentales. http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/enfermosMentales.html.

13. Senon Jonas. Expertise psychiatrique pénale. EMC - Psychiatrie 2017; 14(3): 1-10 [Article 37-902-A-10].

14. Vicens E, Tort V, Dueñas Rm, Muro Á, Pérez-Arnau F, Arroyo Jm, Acín E, De Vicente A, Guerrero R, Lluch J, Planella R, Sarda P. The prevalence of mental disorders in Spanish prisons. Crim Behav Ment Health. 2011 Dec;21(5):321-32. doi: 10.1002/cbm.815. Epub 2011 Jun 26.

 © FEPSM

© FEPSM

4

Trastorno Mental Grave y medidas de seguridad y protección en el Orden Civil

JOSÉ ARSUAGA CORTÁZAR

1. El TRÁNSITO DE LA JURISDICCIÓN PENAL A LA CIVIL

1.1. Tratamiento penal de los enfermos mentales e intervención civil posterior

Curiosamente, es el art. 25 Código Penal -con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo- el que define, a efectos penales, la discapacidad, al indicar que es

"*aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*".

Y persona con discapacidad necesitada de especial protección aquella

"*que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente*".

a) Tratamiento en el orden penal. Conexión con el orden civil

Existen algunas situaciones que permiten hablar de la eventual u obligatoria aplicación de un tratamiento médico psiquiátrico por los órganos de la jurisdicción penal.

En resumen, somero –por no ser el objeto principal de esta ponencia- podríamos hablar de:

1.- La situación prevista en el art. 60 CP. Es decir, cuando después de la sentencia firme se aprecie en el penado una situación duradera de Trastorno Mental Grave que le impida conocer el sentido de la pena. En tal caso: (i) El Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa. Podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad que no podrá ser más gravosa que la pena sustituida; (ii) Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

Y se afirma, finalmente, que el Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

2.- Al exento de responsabilidad penal por aplicación del art. 20.1º CP ("*El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*"), se le podrá aplicar, de acuerdo al art. 101.1 CP, si fuera necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96 (entre ellas, por tanto, la libertad vigilada). El

 © FEPSM

internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del tribunal sentenciador.

3.- En los supuestos de eximente incompleta en relación con el número 1º del art. 20 CP, el Juez o Tribunal podrá imponer, de acuerdo al art. 104, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los artículos 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento solo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito.

Insiste el apartado 2 en recordar que cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.

4.- En los supuestos en que se haya impuesto la medida (no privativa de libertad) de libertad vigilada, conforme al art. 106 CP, recordemos que consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de, entre otras, la medida prevista en su apartado K) "*La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*", lo que permite contemplar el tratamiento ambulatorio involuntario.

5.- Acordado el ingreso en un centro como medida de seguridad, el Código Penal prevé en el artículo 97 que el tribunal sentenciador, previa propuesta del Juez de Vigilancia a través de la emisión de informes anuales, pueda acordar su cese, sustitución o suspensión en atención a los resultados, lo que se hará mediante procedimiento contradictorio, teniendo en cuenta los informes de los profesionales.

6.- También en los supuestos de suspensión de la condena privativa de libertad (arts. 80-88 CP) o sustitución de la condena de la misma naturaleza (art. 89 CP) o de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad (impuestos, en muchos casos, como condición para la suspensión de la condena, art. 84.3ª CP).

Y es precisamente la Disposición adicional primera del Código Penal la muestra más indicativa de la necesidad de perfilar un tránsito desde la jurisdicción penal a la civil en el tratamiento jurídico de los enfermos mentales graves.

Indica que "*Cuando una persona sea declarada exenta de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil"*.

Es verdad que su eficacia parece condicionarse a las situaciones en que se aplica la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico, pero su propia existencia constituye un pilar –unido a la necesidad, antes indicada, de que por el juez o tribunal se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal el próximo cumplimiento de la medida- que permite considerar que el tratamiento médico y jurídico de los enfermos mentales, cuando exista la necesidad de actuar, puede tener continuidad entre las dos jurisdicciones.

 © FEPSM

b) Inconstitucionalidad de la prisión provisional o del ingreso en un psiquiátrico penitenciario del absuelto por la eximente completa de trastorno mental mientras la sentencia deviene firme

En ese tránsito o comunicación entre jurisdicciones, aunque en ocasiones se presente de forma obligada, sobresale por su cercanía temporal y significación e impacto el contenido de la reciente STC 84/2018, de 16 de julio.

Parte de los siguientes hechos relevantes y fundamentos jurídicos de aplicación:

1.- La AP de Córdoba, S.3ª, en su sentencia de 18 de mayo de 2017, absolvió al acusado de un delito de asesinato y otro de homicidio en grado de tentativa por apreciar la eximente de trastorno mental. Le impuso la medida de seguridad consistente en el internamiento en centro psiquiátrico por el plazo necesario con el límite de 12 años;

2.- El mismo tribunal dejó sin efecto la prisión preventiva del acusado y acordó en la misma resolución (auto de 20 de junio de 2017) su ingreso en la Unidad Psiquiátrica correspondiente del Centro Penitenciario hasta que la sentencia alcanzara firmeza;

3.- El razonamiento que llevó a la aplicación de tal medida fue el siguiente:

"*Aunque con carácter general dispone el art. 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que todo procesado absuelto será puesto en libertad inmediatamente, sin embargo el propio precepto se encarga de establecer como excepción la concurrencia de otros motivos legales que hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo que, por motivos de coherencia procesal, se ha de hacer extensivo a los supuestos en que, como el presente, se dicta sentencia absolutoria por haber apreciado una eximente completa de trastorno mental, acordándose en el fallo de la sentencia como medida de seguridad el internamiento del acusado en institución psiquiátrica por tiempo máximo de 12 años, en que, conforme a la interpretación integrada del art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace preciso que el acusado permanezca privado de libertad, aunque en centro o unidad de distinta naturaleza, esto es en institución psiquiátrica hasta en tanto la sentencia alcance firmeza*".

Tras desestimar el tribunal el recurso de súplica interpuesto frente a dicha resolución, se formuló recurso de amparo.

Cuestiona inicialmente el TC la cobertura legal de la decisión judicial de reclusión cautelar en la unidad psiquiátrica del Centro Penitenciario de Córdoba (donde el acusado se encontraba en prisión provisional) mientras se tramita su recurso de casación.

Recuerda inicialmente el contenido de la STC 217/2015, de 22 de octubre, dictada en un supuesto similar, pero en el que se acordó mantener en prisión provisional al acusado absuelto por aplicación de la eximente completa de trastorno mental (art. 20.1 CP) durante la tramitación del recurso de casación. Se consideró la necesidad de la previa habilitación legal de toda medida restrictiva de libertad, considerando que la medida cautelar impuesta carecía de la cobertura legal precisa de acuerdo a los arts. 381 o 504.2 LECrim. Se sigue por tanto de tal doctrina lo inapropiado de aplicar la institución de la prisión provisional para justificar la privación de libertad de una persona sometida a una medida de seguridad de internamiento (art. 101 CP). Sin embargo, en tal supuesto, el TC, tratando de evitar la incertidumbre, indicó que no cabía descartar como vía de control alternativa la del internamiento involuntario previsto en el art. 763 LEC.

 © FEPSM

Considerando tal doctrina, la aplicación al caso concreto no podía arrojar una conclusión distinta. Se vuelve a apreciar la inexistencia de habilitación, de cobertura legal, suficiente. Ni el art. 983 LECrim. que se invocaba puede ser fuente legal de la decisión, ni menos el art. 383. El primero porque reenvía, en cada caso, a la norma de cobertura que permitiera la medida cautelar, que brilla por su ausencia; el segundo, por atender a una situación o supuesto de hecho distinto. Niega también que el Reglamento Penitenciario contemple esta situación en los arts. 183 y 184, ni el art. 8.1 de Ley Orgánica General Penitenciaria, que se limita a disponer el ingreso eventual en establecimientos de "preventivos" de quienes fueren a cumplir "penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses", por tanto, una vez más, como medida ejecutiva (de corta duración).

Y recuerda que no existía unidad psiquiátrica en el Centro Penitenciario de Córdoba –señala que como establecimientos psiquiátricos penitenciarios solo hay dos, Alicante y Sevilla, y una Unidad psiquiátrica dependiente de un centro penitenciario en Brians 1, pero solo para la población reclusa de Cataluña-, devino en un hecho de imposible cumplimiento (y, en cierto modo, como una prisión provisional encubierta al quedar recluido en el módulo de enfermería).

El TC, en cualquier caso, indica la oportunidad de que el legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE), ponga fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico. Y es verdaderamente relevante su colofón: mientras ello no se produzca, la privación de libertad solo podrá venir acordada por el juez competente a través de la vía del artículo 763 LEC, que habrá de serlo en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria.

Se estima, en consecuencia, la demanda de amparo (aunque antes se había iniciado la ejecución de la medida de seguridad impuesta por haber ganado firmeza la sentencia dictada).

c) Tratamiento en el orden civil. Intervención posterior. Propuestas

El cumplimiento por los enfermos mentales de la medida de seguridad impuesta de internamiento psiquiátrico penitenciario incorpora el problema del futuro de estos pacientes cuando alcancen la plena libertad.

Es inevitable remitirse a lo que se comentará más adelante sobre el régimen civil de modificación de la capacidad, las medidas cautelares amparadas en el art. 762 LEC, el régimen del internamiento psiquiátrico del art. 763 LEC y la particular opción por el tratamiento ambulatorio involuntario.

Antes, no obstante, es oportuno detenerse sobre algunas propuestas que buscan precisamente ofrecer un canal de solución al tránsito de las personas afectadas por una enfermedad mental desde la jurisdicción penal a la jurisdicción civil, o desde el derecho penal o penitenciario al derecho civil.

-Protocolo de actuación sanitaria-judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario de Alicante

Se incorporan en la explicación de su contenido (en el apartado V) las palabras de Raquel Blanco, asesora jurídica de FEAFES-CEIFEM, relativas al problema de las personas que van a ser puestas en libertad tras la aplicación de una medida de seguridad de internamiento psiquiátrico

"En la práctica, la dificultad que tienen las personas con enfermedad mental es que normalmente la violencia que se ha desatado, si ha habido agresiones o lesiones o muertes, generalmente lo ha sido

 © FEPSM

en el seno familiar, con lo cual se le desestructura absolutamente la vida familiar. Además, han sido trasladados desde otra provincia del domicilio de residencia a Sevilla o Alicante, y cuando llega ese día que le tienen que poner de patitas en la calle le ponen literalmente de patitas en la calle. ¿Qué ocurre? Que no siente arraigo ninguno. En la provincia donde a lo mejor ha estado con cierta rehabilitación no tiene ningún nexo de unión y se encuentra desubicado de su lugar de residencia, y ni siquiera va a ser aceptado por el resto de la familia donde debería volver. En la mayoría de los casos se encuentran absolutamente desasistidos".

Se afirma más adelante, como apartado final del Protocolo, que

"*que el penado vaya a cumplir la medida de seguridad y se detecte que por los informes médicos no es posible prever que pueda hacer vida normal en libertad al permanecer el riesgo de que reincida o atente contra su propia vida, o no esté en disposición de llevar a cabo una vida normalizada, el Ministerio Fiscal tendrá que intervenir y estar en contacto con los responsables médicos del centro penitenciario, lo que habilitaría para que así lo instara en los casos en los que se prevea que, en fechas cercanas a salir en libertad por tener casi cumplida la medida, permanece la situación mental, por lo que solicitaría la medida de internamiento civil en centro especializado*".

Para atacar esta clase de situaciones, se elevan dos propuestas complementarias: (i) La creación de centros especializados a tal efecto donde puedan ingresarse a la personas que acaban de cumplir, fundamentalmente, la medida de seguridad (en su caso, en otros centros públicos o incluso privados con conciertos con la administración público-sanitaria); (ii) Que antes de poner en libertad a una persona que esté a punto de cumplir una medida de seguridad en un centro psiquiátrico penitenciario y evaluando si podría estar todavía afectada por cualquier situación de enfermedad mental, el centro debería advertir esta situación a la fiscalía del lugar de su ubicación con la antelación de tres meses, a fin de que por ésta se inste ante el juzgado de primera instancia, del lugar donde esté ubicado el centro, la medida de internamiento civil, cuando se prevea que es la medida más adecuada –en otro caso, cuando se aprecie que puede desarrollar vida normalizada con medicación controlada, no habría necesidad de acordarlo-. Podrá comprobarse, en consecuencia, que se trata de hacer eficaz aplicación del régimen dispuesto por la Disposición adicional primera de nuestro Código Penal.

-El Programa Puente Extendido (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.-Centro penitenciario El Dueso/CIS "José Hierro" Santander)

El tratamiento del enfermo mental grave sometido a medidas judiciales penales ha provocado desde hace algún tiempo la preocupación de los responsables de las instituciones penitenciarias.

No trataré –porque el objeto de estas líneas es la intervención del juez civil en el tratamiento de la persona con un Trastorno Mental Grave- de los programas existentes para el tratamiento en prisión: *Programa de Atención Integral a la enfermedad mental (PAIEM)*, en marcha en la mayoría de los centros penitenciarios, o el *Programa Puente*, que se desarrolla en los Centros de Inserción Social (CIS), en concreto en 16 de ellos, para personas que cumplen su condena penal en régimen abierto. Tampoco, en fin, del incipiente *Programa Integra*, actualmente en fase piloto, diseñado en Cantabria, para personas con discapacidad intelectual.

Pero sí del Programa Puente Extendido que, junto con la Ruta Asistencial del Trastorno Mental Grave, constituyen dos instrumentos de futuro relevantes para el tratamiento sanitario y asistencial de esta clase de pacientes.

 © FEPSM

El *Programa Puente Extendido* tiene su origen en Cantabria, en el año 2017[1].

Expresaba la Subdirectora General de Penas y Medidas Alternativa, Myriam Ortiz Tapia, en su Prólogo (1) al Programa que la sensibilización del legislador penal con el discapacitado "*no se corresponde con la realidad de los enfermos mentales que son judicializados. Por el contrario, la realidad es que se sigue instando a la Administración Penitenciaria a que ejecute medidas no privativas de libertad (libertades vigiladas, principalmente), o muchos de estos enfermos pasan absolutamente desapercibidos y son condenados –en el ámbito de la comisión de delitos menos graves o leves- a penas de trabajos en beneficio de la comunidad, o a penas de prisión, que les son suspendidas, a cambio de su intervención en un programa de diversa índole, como regla de conducta de obligado cumplimiento".*

Precisamente para ello se diseñó el Programa Puente Extendido –como sigue diciendo su Prólogo (1)- destinado para las personas con patología mental que tienen que cumplir una pena alternativa.

La iniciativa pretende dos objetivos fundamentales:

1.- El cumplimiento de la condena impuesta, respondiendo al mandato recibido de los jueces y tribunales en orden al resarcimiento –al menos simbólico- y reparación del daño realizado a la sociedad con la comisión del delito (principal eje motriz de toda pena alternativa).

2.- "Visualizar" a la persona penada, en la búsqueda de su enganche comunitario, su atención, ayuda, en lo que legítimamente debe corresponderle como enfermo mental. Se refiere al grupo de personas con esta patología que son vulnerables a la judicialización en cuanto que son pacientes, por lo general, sin conciencia de su enfermedad que sufren un proceso cronificado con etapas de agravación –con internamientos sucesivos que en ocasiones se acumula con el consumo de drogas- y que tienen una escasa red social y familiar y una escasa supervisión ambulatoria por los servicios socio-asistenciales[2].

Como el Programa busca ofrecer soluciones a los pacientes en tal situación que van a abandonar el régimen o sistema penitenciario, es relevante la detección temprana de la enfermedad mental grave, con los objetivos iniciales de evitar el riesgo de incumplimiento de la pena o medida impuesta (generalmente, trabajos en beneficio de la comunidad, pero también cuando se condiciona la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad a reglas de conducta) y procurar una red asistencial de apoyo cuando termine de cumplir su condena.

---

[1] Se aprueba como una continuidad del PAIEM y en su redacción ha contribuido como protagonista principal el Dr. Miguel Mateos.

[2] En la introducción del texto del programa se añade la falta de capital social de algunos pacientes y la elevada carga de estigma que la enfermedad mental conlleva, causas que evolucionan hacia la exclusión. Se aprecia reiteradamente que cuando protagonizan un incidente, las situaciones de descompensación se canalizan como la mera persecución del delito donde pasa inadvertida la patología, lo que se agrava cuando se tramitan como juicios rápidos y en muchas ocasiones terminan con sentencias que incluyen suspensiones o sustituciones de la pena de prisión por una pena o medida alternativa (PMA).

 © FEPSM

En resumen: cumplimiento efectivo sin quebrantamiento y enganche comunitario.

El programa (se incorpora como anexo en su totalidad) tiene tres fases bien definidas:

- Fase 1: Declaración voluntaria de problema de salud ante el SCPMA.

  El ofrecimiento de incorporación al programa se hace desde un primer instante, sin perjuicio de su inclusión una vez iniciada el cumplimiento si aparecen sospechas de la existencia de un problema de salud mental. Se realiza a través de un modelo tipo y permite el acceso a una entrevista de cribado por un profesional.

- Fase 2: Taller de Evaluación Inicial (TAEVI).

  El SGPMA genera un plan de ejecución que da comienzo con el TAEVI, que permite el cumplimiento equivalente a un máximo de 60 jornadas de TBC (puede comprender toda la pena o parte). Para reglas de conducta derivadas de la suspensión, el TAEVI sirve para realizar la propuesta del plan de intervención.

  -2.1. La entrevista de cribado, realizada por un médico/a, enfermero/a o psicólogo/a de instituciones penitenciarias, red sanitaria pública o privada colaboradora, tiene por objetivo actualizar y evaluar los problemas de salud de la persona.

  -2.2 Módulo de actividades complementarias. El profesional podrá continuar la evaluación apoyándose en otros profesionales cuando sea necesaria ampliar su información.

  -2.3 Módulo Corto para Evaluación y Planificación de Intervención (COEPI).

  -2.4 Fin del TAEVI. Al completarse la Evaluación inicial (entrevista/módulo de act. suplem./COEPI) y computarse el equivalente para la ejecución de la condena (TBC –máximo de 60 jornadas- o reglas de conducta –las actividades son parte del programa una vez que exista autorización judicial del plan de intervención con la propuesta de modificación de obligaciones).

- FASE 3: Programa de Duración Media para Evaluación e Intervención (Programa MEI).

  Con la conformidad del penado con TMG se propone continuar el cumplimiento de la condena a través de un conjunto de programas asistenciales donde se desarrollan las intervenciones psicosociales planificadas en el COEPI (incluido el tratamiento de la patología dual). Se realiza ante una entidad colaboradora acreditada por la Administración Autonómica como CRPS (Centro de Rehabilitación Psicosocial, dispositivo que responde a un “Centro de Día”, previsto en el art. 24 de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia).

  Existen cuatro intervalos previstos de duración (MEI 2, MEI 4, MEI 6 y MEI CORTO). Comienza con un nuevo plan de ejecución con la duración de cada intervalo escogido. Termina al completarse los objetivos en el intervalo asignado o por darse algún supuesto de exclusión.

-La Ruta Asistencial del Trastorno Mental Grave

El programa, para personas con Trastorno Mental Grave que no han entrado en el circuito judicial, se está elaborando para su puesta en marcha en Cantabria como parte integrante de sus servicios o

 © FEPSM

prestaciones públicas (pero en las que colaboran los Hospitales, Centros de Salud, Unidades de Salud Mental, Unidades de Conductas Adictivas, Gerencias, Servicios Sociales, Servicio Tutelar, Instituto de Medicina Legal, Instituciones Penitenciarias, Entidades salud Mental, etc.).

Trata de garantizar la continuidad de los cuidados de las personas aquejadas de tal patología evitando, en la medida de lo posible, su judicialización.

1.2. Los conflictos sobre la competencia.

La conflictividad en el control del internamiento entre el Juez penal y el civil se pone de manifiesto, por ejemplo, en los autos del TS, Sala de Conflictos de Competencia, de 22 de junio y 18 de diciembre de 2009.

En ambos casos, el Juez de Instrucción que había acordado la libertad del detenido y su internamiento confió al Juzgado de Primera Instancia que por turno correspondiera el control y duración de tal medida.

El TS entiende inicialmente que ninguna norma impide que el Juez de Instrucción controle la medida de internamiento por él acordada como sustitutiva de la prisión, ni que imponga el control de la misma por el Juez Civil.

Al contrario, la competencia de ambos, lejos de excluirse, puede concurrir, *"conservando cada orden jurisdiccional sus propias facultades en función de la diferente finalidad de la medida preventiva del proceso penal, asegurar la presencia en juicio del presunto autor de los hechos y neutralizar su peligrosidad, y del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico regulado en el art. 763 LEC, garantizar los derechos de la persona que, por razón de dicho trastorno, no esté en condiciones de decidir el internamiento por sí".*

Pero, precisamente por eso, se consideró que confiar en el Juez Civil el control de la medida acordada por el Juez Penal es una disfunción, de ahí que el Juez Penal no tenga que declinar ningún ámbito de su propia competencia, ni menos aún obligar al Juez Civil a darle cuenta del control y seguimiento del internamiento acordado*, "pues el art. 9 LECrim., y más específicamente aún su art. 763, sobre todo si se pone en relación con el apdo. 2 de su art. 508, atribuyen al Juez Penal plena competencia para acordar, controlar y poner fin a tal medida como competente que es en general para la instrucción de las causas por delito conforme al art. 87.1 a) LOPJ.".*

De tales decisiones no parece colegirse dudas sobre la oportunidad de que el Juez de Instrucción acuerde una medida de internamiento como cautela penal. Entiendo, en consecuencia, que la reciente STC 84/2018, de 16 de julio, de la que antes se ha indicado sus elementos más esenciales, implicará una revisión de la doctrina sobre las facultades del Juez Penal en la fase de instrucción.

Y sin que ello, en fin, impida que el Ministerio Fiscal promueva las actuaciones civiles oportunas de acuerdo a los arts. 757.2 y 762.2 LEC.

En el auto del TS, Sala de Conflictos de Competencia, de 24 septiembre de 2014, se discutió la competencia para autorizar un internamiento psiquiátrico. El juez de Instrucción había acordado que se procediera a la exploración en un centro médico del inculpado y se decidiera sobre la oportunidad de su internamiento en un hospital psiquiátrico de acuerdo con el art. 763 LEC por el Juez Civil.

 © FEPSM

La Sala recordó el contenido del art. 381 LECrim.[3] y, como consecuencia de ello, estima que recibirá el oportuno informe de los facultativos. Y concluye, considerando *"que es el Juez Penal el que decide si, en el propio proceso de tal índole, adopta alguna medida de carácter cautelar respecto del presunto responsable de hechos delictivos".*

Pero, en dicha situación, la Sala consideró que el Juez penal no había adoptado medida alguna que pudiera suponer privación de libertad, sino que simplemente acordó el examen psiquiátrico y delegó la decisión y su posterior control en el Juez Civil, por lo que la cuestión debía decidirse a favor de esta jurisdicción.

2. LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD. El RÉGIMEN DE APOYOS

2.1. Evolución legal de la modificación de la capacidad

Frente a lo que el Código Civil, en su redacción originaria en el Siglo XIX, disponía en orden a que ciertas enfermedades o deficiencias eran determinantes de la ausencia de autogobierno (demencia, imbecilidad, sordomudez, etc.), la ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, supuso un avance incuestionable al configurar un régimen de garantías, sustantivas y procesales, con dos objetivos fundamentales: proteger a las personas con limitación de su capacidad de autogobierno y adecuarla a la limitación real de su capacidad natural.

Como indiscutible logro fijó dos garantías de acuerdo a los arts. 199 y 200 CC: la necesidad de que la incapacitación solo se produjera por sentencia judicial y la reserva de ley para la fijación de las causas que habrían de producirla.

Y estas garantías se adornaban de un principio inspirador: la presunción de que la persona mayor de edad ostenta plena capacidad de obrar, es decir, la aptitud para realizar válidamente actos y negocios jurídicos. La capacidad de obrar, al contrario de la capacidad jurídica[4], puede modificarse por la existencia –más allá de la minoría de edad- de enfermedades o deficiencias que impidan a una persona gobernarse por sí misma.

Precisamente del art. 200 CC ("*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*"), encontramos algunas conclusiones iniciales:

a) La ausencia o limitación de la capacidad de obrar no debe confundirse con el concepto de discapacidad. La persona con discapacidad puede tener una limitación física, psíquica o sensorial, pero no tener alterada su capacidad de obrar.

b) La modificación de la capacidad es modulable, adaptada a las circunstancias de la persona en función del grado de limitación para su autogobierno.

c) A la enfermedad o deficiencia se une, como presupuesto añadido clave, la persistencia. No se corresponde con la exigencia de que la enfermedad o persistencia sea definitivamente

[3] *"Si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad»*

[4] La aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La tiene cualquier persona por el hecho de serlo.

 © FEPSM

permanente o irreversible; es suficiente con que la permanencia sea previsible en el futuro. Con diferentes grados de modificación de la capacidad han sido tratados los supuestos de enfermedades cíclicas que actúan con periodos en que se acusa más o menos intensidad.

d) Es precisamente la sentencia que la declare, tras un proceso contradictorio con plenas garantías sujeto al contenido de los arts. 756 a 763 LEC[5], la que debe determinar si la modificación de la capacidad debe ser total o parcial y el régimen de protección que se le debe dispensar; se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 LEC.

e) La sentencia tiene eficacia constitutiva y carece de eficacia retroactiva. Los actos y negocios jurídicos realizados por la persona cuya capacidad se modifica son válidos a salvo de la impugnación formalizada por quien tenga un interés jurídico atendible, bien por ausencia completa de consentimiento, o por concurrir un vicio enervante de su validez.

f) La modificación de la capacidad es variable si se alteran las circunstancias, por reintegración de la plena capacidad o por aumento o disminución del grado de la capacidad previamente modificada.

g) La ausencia completa del autogobierno y la capacidad de obrar provocará que la persona y su patrimonio quede al cuidado y guarda de un representante legal, que bien podrán ser los padres cuando se prorroga la patria potestad –en el caso de que la modificación de la capacidad se haya declarado en su minoría de edad[6]- o se rehabilita –cuando el hijo mayor soltero que conviva con sus padres o cualquiera de ellos fuese incapacitado- o el tutor o tutores designados (art. 222.2 CC).

h) La limitación parcial, la modificación parcial, de la capacidad de obrar, conllevará la designación de un curador para asistirle en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar por sí mismo en atención a su grado de discernimiento (art. 287 CC).

---

[5] Con las notas siguientes: los procesos serán de tramitación preferente a través de los trámites del juicio verbal (art. 753); las partes deberán actuar con asistencia de abogado y representación por procurador (art. 750.1); el Ministerio Fiscal será parte (art. 749.1); el objeto será indisponible por su carácter de orden público (art. 751); la competencia corresponderá al Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite (art. 756); la legitimación está regida por reglas especiales dependientes de las circunstancias (art. 757); la sentencia se dictará sin sujeción al principio de aportación de parte ni a la conformidad de las partes sobre los hechos (art. 752.1); resulta preceptiva la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz –sobre el grado de discernimiento, régimen de apoyos y régimen de tutela o guarda del demandado-, su examen personal –sobre las mismas cuestiones- y la emisión de dictámenes periciales necesarios, sin que pueda modificarse la capacidad sin previo dictamen pericial médico; estas mismas diligencias de comprobación serán preceptivas en segunda instancia en caso de que la sentencia del juzgado sea apelada (art. 759.3); y, en fin, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para la adecuada protección del presunto incapaz y su patrimonio, previa audiencia de las personas afectadas.

[6] "*Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad*" (Art. 201 CC).

 © FEPSM

2.2. La Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007)

La ratificación por España de la Convención y su publicación en el BOE (21 de abril de 2008), con su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, supuso su integración en el ordenamiento jurídico interno en virtud de lo dispuesto en los arts. 96.1 CE y 1.5 CC.

A partir de su entrada en vigor, corresponde la adecuación de las normas jurídicas vigentes para adaptarlas a su contenido.

El cambio terminológico es sustancial. El concepto de incapacitación, que todavía se mantiene en el Código Civil, queda desplazado por el de la limitación o modificación de la capacidad de obrar.

El acento fundamental debe ponerse en que se ha pasado de un sistema escasamente flexible de incapacitación a un sistema de apoyos controlado por el juez.

Sobresale la necesidad –de acuerdo al principio de proporcionalidad- de que las medidas de apoyo o protección se adapten a sus circunstancias de forma o manera que incidan de la forma más restrictiva en su autonomía personal.

La STS, Sala 1ª, de 29 de abril de 2009, se hizo eco inicial de la necesidad de aplicar los principios y normas de la Convención y su compatibilidad con el Código Civil, expresando que "*1ª Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y del artículo 760.1 LEC. 2ª La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada*".

Sigo al magistrado del Tribunal Supremo Seijas Quintana[7] cuando afirma que la Convención se hizo con la intención de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad, dice su artículo 1, son aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Como resultado deviene la instauración del modelo de apoyos puntuales a corto plazo y revisables, lo que implicará que se concrete de forma más puntual la manera de llevarlos a cabo a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Apuesta, con lógica, por una reforma legislativa del sistema en materia de incapacitación y tutela que habrá de tener

[7] "*La Convención de Nueva York. Discapacidad. Jurisprudencia del Tribunal Supremo*" Plan Estatal de Formación Continua. CGPJ, febrero de 2018.

 © FEPSM

como referencia la situación real de cada persona al margen de que se hubiera o no instado y obtenido una declaración judicial que modifique su capacidad legal.

Insiste en que considerar que la Convención no enumera ni acota los apoyos posibles o debidos. Habrán de comprender todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales, y podrán prestarse fundamentalmente por la familia, pero sin negar otros por parte de determinadas instituciones.

En definitiva, habrá de procurarse la normalización de la vida de las personas con discapacidad procurando su participación efectiva en la sociedad. En tal sentido, como sostiene la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, mientras no exista una adecuación legal, la curatela parece el mejor instrumento como modelo de apoyo y de asistencia en cuanto supone un complemento de su capacidad.

Insiste Seijas en que la capacidad para reconocer a estas personas la posibilidad de prestar consentimiento no se determina por la previa modificación legal de su capacidad, sino por sus *condiciones de madurez*, según lo dispuesto en la Convención. Ha de entenderse por tal la capacidad efectiva de discernimiento, es decir, que la persona comprenda y asuma las consecuencias derivadas del acto para el cual presta su consentimiento, que deberá concretarse en cada caso en función de las cualidades del discapacitado.

Esta concepción de la discapacidad tiene varias fuentes:

a) El artículo 25 del Código Penal, modificado por 1/2015, de 30 de marzo (que se cita en la Circular 4/2015, de la Fiscalía General del Estado), con la redacción antes señalada.

b) Su utilización en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Según la jurisprudencia del TJUE (por todas, la sentencia de 18 de enero de 2018, que reitera otras anteriores) se entiende referida a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

c) Se reitera igualmente en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

Y, en fin, como corolario concluye Seijas Quintana afirmando:

1º Que se debe evitar el automatismo en la aplicación de las medidas que proporciona el Código Civil (evitando las llamadas «sentencias de rodillo»); aplicar la terminología adecuada y, particularmente, evitar el “oficio” con que se resuelven todas estas situaciones.

2º Que es necesario que las demandas se formulen con precisión, tanto en lo que respecta a la situación del discapaz, como a las medidas de apoyo que se consideren necesarias y las personas dispuestas a prestarlos, con la elaboración de planes de tutela que faciliten un desarrollo y seguimiento actual, adecuado, flexible y gradual de la acción del tutor, dentro del marco establecido en la sentencia que establezca la tutela.

 © FEPSM

3º Que es necesario un apoyo pericial por expertos. No en vano, el art. 759.1 LEC sigue indicando la necesidad de que el tribunal acuerde la práctica de los dictámenes periciales necesarios o pertinentes, de manera que nunca se decidirá sin previo dictamen pericial médico.

A todo lo anterior hay que añadir que la corriente más moderna de asimilación y adaptación de la Convención entiende el expediente judicial de prestación de apoyos como un trámite que determine los actos que los precisan pero que prescinda de la incapacitación o de la privación de derechos. Y también que prescinda del eje tradicional de los procesos civiles y se proyecte hacia un sistema de colaboración interprofesional –o de mesa redonda- en el que intervengan profesionales especializados que aconsejen las medidas apropiadas.

La Comisión General de Codificación ha trabajado –impulsada en 2016 por el Ministerio de Justicia- en la preparación de una propuesta de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad que permita la acomodación a la Convención[8].

2.3. Doctrina jurisprudencial y orientaciones de futuro

a) Principios generales sobre la aplicación de la Convención. Régimen de apoyos

Ya he señalado los rasgos principales de la nueva orientación, que se reiteran desde el año 2009 por nuestra jurisprudencia hasta formar un cuerpo doctrinal sólido para provocar la modificación legal.

Rescato por su actualidad, en primer lugar, la STS 118/2018, de 6 de marzo, Rec. 1632/2017, cuando indica que

"La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.". La misma doctrina se manifiesta en otras muchas sentencias, por todas, las SSTS 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo.

A partir de esta doctrina general, que se reitera y que recoge los principios antes señalados, ha de concretarse la forma de apoyo más adecuada. Se dice en la STS 298/2017, de 16 de mayo, que

[8] Al día siguiente de la presentación de esta ponencia se informa de la aprobación en el Consejo de Ministros (21/9/2018) del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

 © FEPSM

"*El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. (...)*

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el art. 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC)".

La necesidad de graduar la incapacidad y personalizar el apoyo se pone de manifiesto, a título de ejemplo, en la STS 373/2016, de 3 de junio, para preferir una modificación de la capacidad apoyada en la curatela al indicar que

"Este interés viene referido a una mujer, nacida el día 27-11-1933, que padece una pseudodemencia depresiva en relación con trastorno adaptativo con un deterioro cognitivo leve que, dentro de las habilidades de la vida independiente, puede realizar tareas de autocuidado y actividades instrumentales diarias y para la salud, con la adecuada supervisión que garantice tanto la toma de medicación como la asistencia a las consultas psiquiátricas programadas; apoyos que también necesita para la realización de actuaciones económicas, jurídicas y administrativas, teniendo en cuenta que desconoce el dinero que tiene en sus cuentas y que es fácilmente influenciable por lo que podría ser engañada en la toma de decisiones de tipo económico de cantidades importantes. Como tal debe ser protegida en razón a esa incidencia efectiva que dichas limitaciones tienen en su autogobierno, de una forma irreversible, en tanto no le permiten ejercer con absoluta normalidad sus derechos como persona; situación que no pasa en este caso por la absoluta incapacitación, incluido el ejercicio del derecho de sufragio, sino por la instauración de la curatela reinterpretada a la luz de Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad por un tercero en la toma de decisiones, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención, en aquellos aspectos en los que puede ser necesario, no en todos, y que no son otros que los que la prueba ha puesto en evidencia. Ninguna otra conclusión se obtiene de los hechos que la sentencia considera acreditados.".

b) Apoyos y derecho de sufragio

Fue la STS 421/2013, de 24 de junio, la que estudió para una persona con enfermedad mental crónica con un grado de minusvalía del 65% la oportunidad de evitar la total incapacidad y la designación de tutor –que habían sido acordados en la sentencia de la Audiencia, que se casa- mediante la determinación de su capacidad, medios de apoyo a partir de la curatela y reconocimiento del derecho de sufragio.

 © FEPSM

En relación con el derecho de sufragio se afirma que

«El artículo 29 de la Convención, señala la sentencia, garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo, no obstante, su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes, al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado".

No obstante, precisamente el carácter no rutinario con que deben ser enfocadas las soluciones jurídicas para cada caso, permitió que el derecho de sufragio quedara efectivamente privado en la STS 181/2016, de 17 de marzo, al indicar que

"Ocurre en este caso, a diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 24 de junio de 2013, que tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado "de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto", antes, al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella. "Constan, señala la recurrida, datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea del 1er. ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios que se han intentado exponer, para ejercer el derecho de sufragio"".

El recurso de amparo formulado contra esta sentencia fue desestimado por auto 196/2016, de 28 de noviembre.

El Congreso de los Diputados tramita la proposición de ley de la Asamblea de Madrid para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad intelectual. La proposición trata de modificar el art. 3 LOREG que indica que carecen de derecho a voto "*Los declarados incapaces en virtud de sentencia*

 © FEPSM

firme, siempre que la misma declare la incapacidad de derecho a sufragio" para adecuarlo al art. 29 de la Convención, en cuanto sostiene que los Estados deberán asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, lo que se materializa, entre otras facultades, en el derecho y posibilidad de ejercer el voto.

c) Apoyos y capacidad para contraer matrimonio

Singular en tal aspecto resulta el contenido de la STS 597/2017, de 8 de noviembre, sobre la capacidad para contraer matrimonio.

Tras indicar inicialmente que en nuestro derecho no se contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni se exige a la persona con capacidad limitada que requiera una autorización judicial, ha de considerarse que las personas con deficiencias o enfermedades mentales pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, bien se encuentre ya incapacitada (en línea con el art. 171.4 CC) como cuando no estándolo tenga alguna deficiencia o enfermedad que lo impida. En tal sentido, el art. 56 CC exige que quienes deseen contraer matrimonio acrediten previamente que reúnen los requisitos de capacidad exigidos y si alguno de los contrayentes está afectado por anomalías psíquicas, se exige dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento.

Y continúa indicando que

"En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio (y que todavía no está en vigor) se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial, solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento. De esta forma, se refuerza el desarrollo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo art. 23 establece la obligación de los Estados parte de evitar la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio y la familia y, con este fin, reconocer "el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges".

La STS 145/2018, de 15 de marzo, estudia un supuesto singular.

Se resuelve sobre una demanda de nulidad matrimonial interpuesta por las hijas de uno de los contrayentes (el esposo) tras su fallecimiento alegando su falta de capacidad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial. El padre contrajo nupcias el 15 de enero de 2010 en la República Popular China. El 14 de junio de 2010 fue declarado totalmente incapacitado para cualquier acto de gobierno de su persona y de administración y disposición de bienes y lo sometió a tutela (nombrando como tutora a una hija). La sentencia del juzgado estima la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia.

El TS estima el recurso. Pondera las siguientes circunstancias, ahora resumidas:

1) El derecho a contraer matrimonio es un derecho derivado de la dignidad del ser humano. Vuelve a recordar el contenido del art. 23.1.a) de la Convención de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

 © FEPSM

2) La falta de consentimiento matrimonial es causa de nulidad. El ordenamiento establece controles para examinar su concurrencia: previamente, en el expediente que precede a la celebración del matrimonio, a efectos de autorizar o no su celebración (art. 56 CC); y, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin expediente matrimonial previo, en el momento de la inscripción (art. 65 CC).

3) Expresó la STS, 235/2015, de 29 de abril, que "*El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que solo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC y 756 a762 LEC)*". Esta presunción general de capacidad admite excepciones y así sucede con el matrimonio porque el art. 56 CC dispone en el párrafo segundo que "*si algunos de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su actitud para prestar consentimiento*". Antes del dictamen es posible su constatación –la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica- por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente. El dictamen se exige –en vez de negar categóricamente la incapacidad- porque la solución de nuestro derecho es la de excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio.

4) Cuando el matrimonio se celebra sin previo expediente matrimonial, el control de la validez del matrimonio se lleva a cabo en el momento de la inscripción en el Registro Civil (art. 65 CC), sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio de una acción de nulidad posterior en la que con todo medio de prueba se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio. El matrimonio en el extranjero entre un español y un extranjero puede celebrarse válidamente con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración (art. 49 CC). Lo importante es que aunque la forma establecida por la ley del lugar de celebración sea válida, conforme al art. 65 CC, es necesario, para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del matrimonio, lo que comprende tanto la capacidad matrimonial como la expresión del consentimiento matrimonial y el resto de los requisitos legales.

5) Por lo dicho, a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial, pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas.

6) Concluye la Sala afirmando la aptitud debida para contraer matrimonio, pues el cónsul no advirtió falta de capacidad para otorgar el consentimiento matrimonial y el juez le concedió autorización para interponer demanda de divorcio contra su anterior esposa, conociendo precisamente que se estaba tramitando un procedimiento de modificación de su capacidad. Se otorga mayor valor de convicción a sendas autorizaciones que al informe elaborado durante el proceso de modificación de la capacidad que refería la existencia de una enfermedad presente antes del matrimonio que le impedía gobernarse por sí mismo.

 © FEPSM

Por tratar de agotar este apartado –aunque no se trate de autorizaciones sobre la misma materia- no podemos olvidar el contenido de la STS 625/2011, de 21 de septiembre que reconoció la legitimación del tutor para ejercitar la acción de divorcio, previa la obtención de autorización judicial, en nombre de la persona con la capacidad judicial modificada, siempre que por sus condiciones no pueda actuar por sí misma y responda u obedezca a sus intereses.

d) Apoyos y capacidad para otorgar testamento (art. 665 CC)

A partir, fundamentalmente, del art. 665 CC, podemos distinguir: 1) que la sentencia que modifique la capacidad expresamente determine la incapacidad de la persona para otorgar testamento; 2) que no determine ninguna disposición, en cuyo caso el art. 665 CC indica que "*Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad*".

Pero quizá sea relevante, para profundizar sobre el particular, detenernos en la reciente STS (Pleno) 146/2018, de 15 de marzo, que, aunque, no referida a un procedimiento de modificación de la capacidad tiene unas indudables implicaciones.

La sentencia estudia la capacidad de una testadora sometida al régimen de curatela para otorgar testamento, en concreto, sobre dos testamentos notariales, el primero otorgado antes de la sentencia de modificación de la capacidad –aunque después de interpuesta la demanda por el Ministerio Fiscal- y el segundo una vez dictada la sentencia firme que declaró su sujeción a curatela por modificación de su capacidad –se afirmaba que era totalmente incapaz para actos de disposición pero no de administración- y que omitía cualquier mención a su capacidad para testar. Al TS llega la impugnación de la validez de los dos testamentos otorgados (en 1993 y 2012). La sentencia del juzgado de primera instancia declaró su nulidad. La de apelación, al contrario, estimó el recurso por entender que la sentencia de modificación de la capacidad no le privó de la facultad para testar ni quedó por ello excluida la posibilidad de aplicar el art. 665 CC. El TS confirma esta decisión y con ello la oportunidad de que una persona con capacidad de obrar modificada judicialmente cuando se cumplan las formalidades previstas en el art. 665 CC pueda otorgar testamento, pues no puede ser para ello exclusivo impedimento que se exija la intervención del curador para los actos de disposición.

Lo trascendente de la sentencia serían algunas de las observaciones razonadas que formula para alcanzar la conclusión final. Así:

1) Parte de la presunción de capacidad (arts. 10 CE, 322 CC, 760.1 LEC y Convención de Nueva York) y, en especial, para la capacidad de testar, recuerda que el art. 662 CC señala que pueden testar, todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe "*expresamente*". En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad. La disposición de bienes mortis causa no puede equipararse a los actos de disposición inter vivos y existe una regulación específica para el otorgamiento de testamento por las personas con discapacidad mental o intelectual.

2) Partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento.

 © FEPSM

3) Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento (art. 666 CC). Por eso, el testamento hecho antes de la "*enajenación mental*" es válido (art. 664). Por eso, también, el Notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685 CC).

4) Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. Es posible que el juicio notarial sobre la capacidad del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes (entre otras, sentencias de esta sala 250/2004, de 29 de marzo, 289/2008, de 26 de abril, 685/2009, de 5 de noviembre, 20/2015, de 22 de enero, 435/2015, de 10 de septiembre, 461/2016, de 7 de julio).

e) Variedad de los apoyos. Régimen de protección, asistencia y guarda

1. Medidas voluntarias preventivas. Poderes y mandatos preventivos

Las medidas que una determinada persona, en previsión de su posible discapacidad, voluntariamente haya podido adoptar deben ser preferidas a las medidas impuestas de origen judicial.

Las medidas de apoyo deben inspirarse en el respeto a la dignidad de la persona, la tutela de sus derechos fundamentales y la libre voluntad de quien las necesita. Su naturaleza es variada: la autotutela o autocuratela, los poderes preventivos, la escritura pública de autoayuda, las instrucciones previas en el ámbito de la salud, etc.

La Comisión General de Codificación insiste en proponer en sus borradores de modificación del CC y LEC, además de las medidas judiciales de apoyo, la incorporación legal de los denominados *"poderes y mandatos preventivos"* que habrán de otorgarse en escritura pública.

Serán –junto a los mandatos con eficacia a pesar de la modificación de la capacidad o de los eficaces a partir de entonces (art. 1732 CC)- disposiciones que hagan referencia a los aspectos patrimoniales y personales –incluso con referencias al futuro internamiento psiquiátrico o asistencial, autorizándolo, con condiciones o no, o mostrando su oposición- con la extensión y limitaciones que el poderdante quiera establecer y no podrán ser revocados por el curador en su día nombrado, aunque sí podrá interesar su extinción judicial, si el apoderado o mandatario, en el ejercicio de su desempeño, incurre en alguna causa que puede provocar la remoción de la curatela.

Para acreditar que se ha producido la necesidad de apoyo en cuya virtud se ha otorgado el mandato o poder se estará preferentemente a las previsiones establecidas por el poderdante; solo si creyera necesario, se otorgará un acta notarial en la que además del juicio del Notario se añadirá un informe pericial.

Al respeto a la voluntad del discapacitado se refiere la jurisprudencia actual del TS (por ejemplo, las SSTS de 1 de julio de 2014 y 19 de noviembre de 2015) recordando el art. 12.4 de la Convención en el sentido de que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

 © FEPSM

Ya la redacción vigente del CC presta atención especial a la voluntad de la persona ante su eventual discapacidad; así cuando en su art. 234 CC se afirma que "*Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*", precepto que indica que: "*Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*".

2. La tutela

La tutela es la forma de apoyo más intensa. Se relaciona y relega a las situaciones en las que no es posible considerar que el discapacitado pueda tomar decisiones por sí o con el apoyo de terceros. Por eso el art. 267 CC indica que el tutor es su representante, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia.

Se discute en la actualidad sobre si la tutela debe seguir existiendo en el ámbito de la discapacidad; más bien, si debe o no quedar reducida –que parece ser la propuesta definitiva de la Comisión General de Codificación- exclusivamente para los menores de edad no emancipados, en situación de desamparo o carentes de patria potestad, de suerte que habrá que preferir la curatela para los mayores de edad o menores emancipados con discapacidad precisos de medidas de apoyo; incluso, se valora sobre si habrá que proveer solo de un defensor judicial al que precise de medidas de apoyo ocasionales aunque recurrentes –el clásico ejemplo del anciano que necesita de un tratamiento médico al que en ocasiones se resiste-. Por ello, hoy en día se discute si el régimen de apoyos debe centrarse solo en la curatela, defensor judicial y guardador de hecho.

En cualquier caso, al margen del debate existente, el régimen de la tutela está contemplado de forma extensa por nuestro Código Civil en sus arts. 222 a 285, que en lo que se refiere al representante del discapacitado habrán de ser interpretados a la luz de la Convención. El art. 271 CC indica los supuestos en que el tutor necesitará autorización judicial, resultando especialmente relevante el 1º "*Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial*".

A la designación del tutor y el cumplimiento del orden legal de llamamientos se refieren, entre otras, las SSTS de 1 de julio de 2014 y 19 de noviembre de 2015 en los siguientes términos:

"*el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela*".

 © FEPSM

3. La curatela

a) Generalidades.

Se ha señalado antes que la curatela es apropiada como apoyo de menos intensidad y con un carácter más flexible, en cuanto que se concibe como un régimen de asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC) y para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

La curatela es una institución, de acuerdo al art. 215 CC, que puede cumplir la función de guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados. Su fundamento se encuentra en la necesidad tutelar para los casos de ausencia de una plena capacidad de obrar. Es una institución, como la patria potestad o la tutela, de guarda estable, aunque su actuación sea intermitente, al contrario que el defensor judicial, que tiene todavía, hoy en día, un carácter eminentemente provisional y subsidiario.

El art. 287 CC expresa que "*Igualmente procederá la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento*".

Su función, por suponer un complemento de capacidad que, por tanto, no suple la voluntad de la persona afectada, no es propiamente de representación, sino de asistencia y protección a través de su apoyo e intervención en los actos especificados en la sentencia.

Es más, tendemos –y así se proyecta- a un reconocimiento de la *autocuratela*, que encuentra su sentido en la disposición que una persona puede hacer, en escritura pública, en previsión de la concurrencia futura de causas que afecten a su aptitud para realizar actos jurídicos, para disponer las medidas de apoyo sobre su persona y bienes, con designación de la persona que, en su caso, deba ostentar la curatela, el régimen de actuación y el alcance de sus facultades. El propósito es que estas disposiciones vinculen al tribunal al constituir la curatela, salvo que concurran razones serias o poderosas para prescindir total o parcialmente de ellas.

La asistencia del curador debe referirse a actos concretos, dispuestos por la sentencia que la constituya. La sentencia que declare la modificación de la capacidad (art. 760.1 LEC) determinará la extensión y límites de ésta y el régimen de tutela o guarda, lo que dependerá claramente del grado de discernimiento (art. 287 CC). Si la sentencia (art. 290 CC) no determina los actos que implican la necesaria asistencia del curador (art. 288 y 289 CC), lo serán aquellos enumerados en los arts. 271 y 272 CC.

Junto a la jurisprudencia hoy en día dominante, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010 defiende que la curatela es la institución más acorde con el sistema de apoyos y asistencia debidas para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, en cuanto constituye un marco graduable a las necesidades y circunstancias de cada caso.

Hoy en día, se distingue entre una curatela meramente *asistencial* de otra más intensa que contemple también la *representativa*. Lo importante es su consideración de apoyo dinámico, nunca estático o inmutable, en búsqueda de su integración social y en la recuperación de sus facultades o habilidades, físicas o psíquicas. En la resolución judicial que el juez constituya la curatela habrá de determinar los

 © FEPSM

actos para los que la persona requiera de la asistencia o intervención del curador, atendidas las necesidades concretas de apoyos que exija.

La representación, la *curatela representativa*, solo será asumida en los concretos y excepcionales casos –que determine la resolución y, de todos modos, para los más trascendentales de disposición patrimonial o personal- en que resulte necesario por las circunstancias del discapacitado. Su sentido y finalidad es sustituir la función que, hasta ahora, y para los supuestos más extremos –aunque, ciertamente, no serán pocos-, cumplía la tutela como institución de representación derivada de una sustitución en la capacidad de obrar. En cualquier caso, los actos necesitados de asistencia y/o representación deberán ser fijados de forma precisa.

b) Soluciones concretas.

Así, en la STS de 24 de junio de 2013, se distinguía, en relación con un paciente aquejado de una esquizofrenia paranoide sin conciencia de su enfermedad ni adhesión a tratamiento farmacológico o psicoterapéutico entre:

1) su *esfera personal*, que exigía la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (sin perjuicio del régimen especial de autorización judicial prevista en el art. 763 LEC); y
2) su *ámbito patrimonial*, en cuanto que el discapacitado conserva su iniciativa, pero precisa del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. El curador estaba llamado a controlar y fiscalizar todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

En otras ocasiones, en el plano patrimonial, como estableció la SAP A Coruña, Sección 3ª, de 14 de julio de 2014, se permite que haga uso de una tarjeta bancaria, con unos límites: que sea de débito y no de crédito; que la curadora pueda fijar la cuantía máxima de disposición diaria; que, en todo caso, su límite de disposición mensual no supere los 3.000 euros; y que la curadora figure como autorizada para reducir o aumentar los límites de la disposición, salvo el mensual de 3.000 euros sin previa autorización judicial, así como suspender temporal o definitivamente el uso de la tarjeta si observarse disposiciones anómalas. O directamente se revoca el poder que el discapaz pudo otorgar en su día para la administración de sus bienes a un tercero no nombrado curador.

En el plano personal son variadas las resoluciones de nuestros tribunales que indican la necesidad de que el curador realice un seguimiento y control del tratamiento psiquiátrico vía ambulatoria, sobre todo cuando carece de la mínima conciencia de su enfermedad.

La STS 7 de febrero de 2018 extiende la actuación complementaria del curador a prestar los apoyos necesarios en el área económico-jurídico-administrativa, a excepción del manejo de dinero de bolsillo, disposiciones contractuales, como enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios y disposición de cantidades elevadas, conducción de vehículos y uso de armas, precisando asimismo supervisión para el cuidado de su salud y para actividades instrumentales cotidianas; conservando la capacidad para la higiene personal y el vestido, manejo de dinero y para discernir y emitir el voto.

 © FEPSM

En tal sentido, se establecía como medida de control que el curador debería informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal y rendir cuentas anuales de su gestión. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.

Afirma la STS de 7 de marzo de 2018 que no debe extenderse la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo y no especificarse en la sentencia recurrida cual sería la intervención del tutor, ahora curador.

4. Defensor judicial (art. 299 y 299 bis)

Se debe nombrar defensor judicial en las situaciones previstas en los arts. 299 y 299 bis CC:

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere solo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2.º En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3.º En todos los demás casos previstos en este Código (v.g, arts. 163, 181, 249, 256 y 1060). En especial, como indica el art. 299 bis, cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y hubiere de procederse a la administración de sus bienes en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento y sin perjuicio de que asuma el Ministerio Fiscal su defensa y representación.

Es una figura tradicional de naturaleza tutelar que responde situaciones de transitoriedad y subsidiariedad, en cuanto las circunstancias del art. 299 CC, y ahora el art. 27 LJV, suponen una crisis en el funcionamiento regular o normal de las instituciones de protección y guarda que deba ser suplida con la intervención del defensor, aunque coexista con la patria potestad o las instituciones tutelares.

En el art. 8 LEC, bajo el título "*Integración de la capacidad procesal*", se aborda la misma figura desde su contemplación estrictamente procesal. El supuesto de hecho es que no exista una persona que legalmente represente o asista a la persona física para comparecer en juicio, de acuerdo con el art. 7.2 ("Comparecencia en juicio y representación"), de manera que el defensor asumirá la representación y defensa hasta que se designe a la persona que asume su legal representación. No debe existir obstáculo para que su designación, a falta de una forma concreta prevista por la ley, se desarrolle a través del cauce de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, previa formación de pieza separada en el procedimiento principal en tramitación.

Como ya he mencionado la tendencia que parece proyectarse es que la figura del defensor judicial –mediante su nombramiento en un procedimiento de jurisdicción voluntaria- constituya una institución de apoyo para los supuestos en que ocasional o puntualmente se le requiera, aunque su intervención sea recurrente, en los periodos en que la necesidad se manifieste.

 © FEPSM

5. Guardador de hecho

La figura del guardador de hecho encuentra su significado en una situación también de provisionalidad que está destinada a extinguirse mediante la formalización de alguna de las formas de apoyo y asistencia tradicionales que, en cierto modo, doten de mayor seguridad jurídica a las circunstancias de la persona cuya capacidad puede ser modificada judicialmente.

No obstante, se discute en la actualidad si es necesario o no acomodar formalmente esta forma de apoyo mediante la intervención judicial. En muchas ocasiones la persona con discapacidad está bien atendida y no desea una investidura formal. Podría pensarse entonces en la intervención judicial para casos o supuestos concretos que exijan de su autorización o para requerir al guardador en cualquier instante para que le informe de su actuación o para que le rinda cuentas de su actuación, pero no para sustanciar un procedimiento general de fijación de los apoyos.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido modificaciones en el art. 303 CC, terminológicas y en aras a permitir cautelarmente la actuación del guardador o guardadores mientras se constituya la medida de protección adecuada.

Dice así: "*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.".

6. Asistencia

La figura jurídica de la asistencia aparece configurada en el Código Civil de Cataluña, que en su art. 226-1 la identifica como una figura de apoyo destinada a "*La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas*" y que podrá ser nombrada por el juez mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria y respetando la voluntad de la asistida en el nombramiento o exclusión de alguna persona para desarrollar la función.

El contenido de la asistencia deberá precisarse en el nombramiento judicial. El art. 226-2.2 distingue:

1) El ámbito personal, en el que el asistente debe velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponde al asistente recibir la información y dar el consentimiento sobre la realización de actos y tratamientos médicos cuando el asistido no haya otorgado un documento de voluntades anticipadas.

2) El ámbito patrimonial, en cuya virtud el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. El juez podrá conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las

 © FEPSM

facultades de esta de realizar actos de esta naturaleza por ella misma.

En las diversas ocasiones que los tribunales han optado por esta forma de apoyo, su adopción se ha fundado en (i) la propia voluntariedad del asistido (SAP Barcelona, S. 18ª, 13 de mayo de 2014), sin que fuera inviable el ejercicio de la función de asistencia; (ii) la no estricta vinculación de esta forma de apoyo a los supuestos de falta de capacidad; al contrario, sirve para los supuestos en que, con fundamento en el libre desarrollo de la personalidad, sea apropiado para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad, como indica el Preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (SAP Barcelona, S. 18ª, 18 de febrero de 2014); (iii) el asistente ejerce su función en lo estrictamente imprescindible para asistir al asistido, que mantiene íntegra su capacidad jurídica y de obrar para regir su persona y bienes.

7. Rehabilitación y prórroga de la patria potestad

Son dos instituciones distintas, aunque implican un mismo resultado: recuperar o mantener la patria potestad una vez que el declarado judicialmente discapacitado alcance la mayoría de edad.

Hoy en día se discute sobre la oportunidad de su vigencia por la propia rigidez de su ámbito de actuación, que puede no acomodarse bien a las exigencias que emanan de la Convención. Los padres pueden no ser las personas apropiadas para favorecer que el discapacitado logre el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en su ausencia, y su ejercicio, incluso, puede ser muy gravoso para ellos cuando se hagan ya mayores.

Por ello, se plantea la oportunidad de sustituir la prórroga o rehabilitación de la patria potestad por la curatela cuando sea necesaria para el apoyo del menor en previsión de su mayoría de edad o del mayor que exija de complemento y apoyos.

Afirma en cualquier caso en la actualidad el art. 171 CC que "*La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título*".

2.4. La esterilización de la persona con la capacidad modificada

No abandonaremos este apartado destinado, sucintamente, a situar el régimen de protección de las personas con la capacidad modificada por decisión judicial sin aludir a la figura de la esterilización.

Ha sido la reforma del Código Penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la que ha introducido la nueva redacción del art. 156.2 con el siguiente contenido

"*No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil*".

 © FEPSM

La medida de esterilización se desarrolla en la Disposición adicional primera de aquella norma

"La esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento".

En su día se planteó la inconstitucionalidad del precedente artículo art. 428.2 2º, del Código Penal de 1973, modificado por L.O. 3/1989, que despenalizó la esterilización como delito de lesiones, cuando en sustitución del consentimiento de la persona discapacitada mediaba autorización judicial.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de Pleno, 215/1994, de 14 de julio, reconoció la constitucionalidad de la norma desde su vertiente teleológica considerando su justificación y proporcionalidad.

Justificación, porque la esterilización sometida a las exigencias del Código Penal le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (artículo 10.1 CE) y a su integridad moral (artículo 15.1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (artículo 39.3 CE) inherentes a tales situaciones.

Y proporcionalidad, en cuanto que la intervención corporal prevista es necesaria para conseguir el fin legítimo que la inspira y que no entraña otras consecuencias para las personas afectadas que la privación a ser posible reversible de sus potencialidades genésicas.

Las exigencias procesales son claras: legitimación del representante legal, dictamen de dos especialistas y del Ministerio Fiscal y examen judicial de la persona afectada.

La exigencia de una tramitación contradictoria aboca, cuando no se suscite en el ámbito del propio procedimiento principal de modificación de la capacidad, a la incoación de otro posterior de carácter contradictorio, a cuyo fin servirá el procedimiento de jurisdicción voluntaria que pueda iniciarse.

Nótese en tal sentido que no se habla de un proceso contencioso, sino de carácter contradictorio. La nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, no rehúye el conflicto, sino que lo acepta y asume, modificando en este punto la tesis o idea tradicional; es evidente que se acepta la controversia como razón del expediente –en algunas situaciones es del todo evidente, como cuando se llama al juez a resolver las discrepancias en el ejercicio de la patria potestad-, con el límite de que no se trate de una controversia especialmente formalizada con un carácter de tal envergadura que obliga a articularla a través de un proceso contencioso.

3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LOS PROCESOS DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD (Art. 762 LEC)

La adopción de eventuales medidas cautelares, antes (en los supuestos de urgencia) o durante el proceso de modificación de la capacidad, tiene su fundamento en el art. 762 LEC, denominado "Medidas cautelares" y que tiene tres apartados que pueden resumirse del siguiente modo:

 © FEPSM

1) Constituye un deber del tribunal competente (es decir, el que tenga competencia objetiva y territorial para conocer del proceso principal, art. 756 LEC) que tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de modificación de la capacidad de una persona –o, en adaptación a la Convención, que requiera de apoyos para completar su capacidad- la adopción de oficio de las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

2) Realmente, la actuación de oficio del juez se limita a promover el proceso cautelar y adoptar la resolución que corresponda, sin que pueda iniciar también el proceso principal. Para ello se indica que ponga los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, verdadero legitimado activo para promover el proceso principal (art. 757.2 LEC).

3) En el mismo sentido, corresponderá al Ministerio Fiscal, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de modificación de la capacidad, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas cautelares apropiadas.

4) La regla general será su adopción con previa contradicción de las personas afectadas. Como excepción, por tanto, la audiencia será diferida. La vista, la resolución y el régimen de recursos habrán de guiarse por las normas generales del proceso cautelar; en concreto, los arts. 734, 735, y 736 LEC.

5) Nada impide que una decisión cautelar inicial sea modificada –como la desestimada después aceptada- si sobrevinieran nuevas circunstancias (art. 743 LEC).

6) El elenco de medidas es tan abierto como es el parámetro legal: las que se estimen pertinentes para proteger adecuadamente al presunto incapaz o su patrimonio. Como deberán de ser esencialmente homogéneas a las medidas definitivas de guardia y protección que pueda acordar la sentencia definitiva –principio de instrumentalidad-, podrán tener contenido patrimonial o personal. Pero no olvidemos su sentido principal: servir de instrumento a la existencia de un proceso principal de modificación de la capacidad. Sin su existencia, o sin su inicio inminente, no es posible hablar de una medida cautelar.

7) Entre ellas se incluye el nombramiento de tutor provisional —AAP Pontevedra (6ª) 1.12.2011; AAP Madrid (22ª) 18.5.2012—. En el mismo sentido, y con más razón ahora, cabría nombrar un curador provisional, o cualquiera de las formas de protección o apoyo antes mencionadas, dependiendo de las facultades que se estimaran apropiadas para complementar la capacidad de la persona a la que debe asistir. No olvidemos que cuando la necesidad del apoyo se presenta desde un inicio, la asunción de su representación y defensa corresponde al Ministerio Fiscal, y cuando al cuidado de su persona se suma el de sus bienes, el art. 299 bis indica que "*el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida".* En tal sentido, por ejemplo, no son extrañas las situaciones en que judicialmente de forma cautelar –fundamentalmente en situaciones de cierta urgencia en el que concurra un peligro serio para la salud si no se actúa con prontitud- se acuerda la designación de defensor judicial en la esfera personal para prestar consentimiento informado en el orden sanitario por representación (art. 9.3., a y b, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre) o la debida autorización para la sumisión al tratamiento médico-quirúrgico pautado para el restablecimiento de la salud del presunto discapacitado cuando éste no sea capaz de tomar decisiones.

 © FEPSM

Téngase en cuenta que también en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, se incorpora un capítulo (arts. 61 a 66) destinado a regular las situaciones en que conforme al Código Civil o a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se exija la autorización judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de las personas con capacidad modificada judicialmente.

4. EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO

4.1. El art. 763 LEC

Tras la Constitución de 1978 se introdujo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la reforma del Código Civil en esta materia. Su art. 211 incorporaba, aunque con una escueta redacción, la necesidad de control judicial del internamiento no voluntario, terminando con el enfoque legal anterior, en el que no existía intervención judicial, sino exclusivamente indicación médica, orden gubernativa (del Gobernador Civil, Jefe de Policía o Alcalde, previa certificación médica de un estado de peligrosidad para sí o los demás) u orden judicial en el orden penal[9].

La modificación del art. 211 CC por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, tuvo la virtud de sustituir al "*presunto incapaz*" por la "*persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí (el internamiento)*", lo que amplía claramente el ámbito de aplicación, desplazando la situación de discapacidad a la mera condición, permanente o temporal, de imposibilidad de decidir por sí mismo.

El avance más significativo en el tratamiento jurídico del internamiento psiquiátrico se produjo tras la incorporación de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en el año 2000.

Sin embargo, los dos primeros párrafos del apartado 1 fueron declarados inconstitucionales por la STC 132/2010, de 2 de diciembre, al no respetarse la reserva de Ley Orgánica para su regulación por afectar a derechos fundamentales. La situación creada no fue resuelta hasta la entrada en vigor del art. 2.3 de la LO 8/2015, de 22 de julio, que modificó la redacción del apartado 1 de la disposición adicional 1ª de la LEC, al decir que "*La presente ley es ordinaria a excepción de los artículos 763, 778 bis y 778 ter que tienen carácter orgánico y se dictan al amparo del artículo 81 de la Constitución*".

4.2. El "trastorno psíquico"

El art. 763.1 LEC hace mención inicial a *"El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona (…)".*

La STC 34/2016, de 29 de febrero (antes también la STC 141/2012), indica que "*El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad".*

[9] Decreto de 3 de julio de 1931. Antes se sucedieron el Decreto de 22 de abril de 1873 y los Reales Decretos de 1885, ajenos igualmente a un efectivo control judicial.

 © FEPSM

La importancia de la calificación médica y no jurídica determina la trascendencia del informe médico necesario para autorizar el internamiento.

Pero es importante no confundir el régimen y circunstancias del internamiento no voluntario con las situaciones que justifiquen la modificación de la capacidad. La misma STC 34/2016 lo recuerda, sin perjuicio de considerar que ello no puede significar "*que sean instrumentos jurídicos opuestos, ni que en ocasiones, y esta es una de ellas, no puedan operar conjuntamente en una relación de continente a contenido, cuando cabe la apertura de un proceso de declaración de incapacidad, al hilo del cual promover la inmediata adopción de la medida".*

Lo determinante en suma no es tanto que la persona esté afectada por una deficiencia o enfermedad persistente que impida o limite su autogobierno como que se presente un trastorno psíquico que justifique tal medida por una situación generalmente –sin perjuicio de que el trastorno, por su carácter definitivo o por otras circunstancias, no permita otra solución- temporal y urgente, por falta de control médico, abandono del tratamiento o situación similar, o incluso situaciones de abandono asistencial, permanente o temporal.

4.3. El internamiento asistencial

Al hilo de esto último se plantea la dificultad para integrar dentro del estricto ámbito del art. 763 LEC los internamientos de carácter o naturaleza asistencial que el juez puede autorizar para el ingreso involuntario en una residencia o en un centro geriátrico.

Una distinción parece obligada:

1. Existe una previa declaración judicial que modifica la capacidad.

Es posible que en la propia sentencia se haya autorizado su internamiento en un centro especializado, que será por su imposibilidad de discernir de carácter involuntario.

Si no es así, no cabrá adoptar, por su propia naturaleza, una medida cautelar. Pero sí establecer medidas de control y vigilancia de acuerdo al art. 216 LEC, que llama al art. 158 CC y que pueden adoptarse en cualquier procedimiento civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria.

2. No existe una previa declaración de incapacidad.

La discusión se ha centrado en determinar si es aplicable el régimen del art. 763 LEC, que parece previsto para los ingresos de carácter psíquico y no, o no tanto, para los de carácter asistencial o residencial; o, en otro caso, habría que acudir al régimen de las medidas cautelares del propio proceso declarativo de modificación de la capacidad (art. 762 LEC).

La falta de un criterio unificado –las propias dificultades surgen de la falta de un tratamiento legal debido- permite considerar las dos posturas que la práctica procesal admite identificar:

a) La que considera que no nos encontramos ante un ingreso por razón de trastorno psíquico, pues la norma parece pensada para supuestos de situaciones agudas que impongan el internamiento como única solución para, y esto es importante, lograr el restablecimiento de la salud del paciente. Situación alejada de la que presentan personas mayores con enfermedades de naturaleza neurodegenerativas con un deterioro cognitivo que progresará en el tiempo. Y por ello, resultaría obligado, en el caso de

 © FEPSM

que la persona mayor no esté en condiciones de decidir por sí el ingreso, a plantear una medida cautelar (art. 762 LEC) antes o durante el proceso de incapacitación.

b) La que considera que el deterioro cognitivo asociado a la incapacidad para decidir nos sitúa ante una situación análoga a la prevista en el art. 763 LEC que permitiría su aplicación. Se afirma así, que nos encontramos ante un privación de libertad de una persona que no está en condiciones de decidir, de lo que se colige que la falta de discernimiento es el hecho fundamental; y que los internamientos asistenciales también pueden incluirse dentro del concepto de "centro" al que alude la norma, bien entendido que el internamiento supone la presencia de barreras físicas o personales que impidan su libre abandono y que los geriátricos combinan la prestación asistencial y la clínica o médica[10].

Las SSTC 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio, se han pronunciado sobre los internamientos de las personas aquejadas de esta clase de trastornos cognitivos o neurodegenerativo[11].

En la primera, se respondía a la pregunta de si era posible "regularizar" un internamiento involuntario –en el caso de una persona en situación de gran dependencia en grado III internada en un centro residencial público de la tercera edad- producido tiempo atrás sin autorización judicial, sea en un hospital, centro socio-sanitario o residencia. El TC contesta negativamente en cuanto no supone meramente convalidar o subsanar formalidades administrativas, sino directamente la de un derecho fundamental que habría de entenderse vulnerado (art. 17.1 CE). Pero, resolviendo sobre el mecanismo apropiado para poner fin a la situación irregular existente, entendió el Tribunal que, si bien no existía base objetiva para poder afirmar que se daban razones urgentes para el internamiento del art. 763 LEC, la enfermedad diagnosticada permitía, prima facie, su subsunción en la categoría de enfermedad o deficiencia persistente del art. 200 CC para procurar que el internamiento se acordara como medida cautelar con amparo en el art. 762 LEC, sin que ello pudiera suponer dar validez al internamiento ilícito anterior.

La STS 132/2016 reitera la doctrina, en un supuesto en el que el centro sí cumplió con su deber temporal de comunicación del ingreso al juez en el plazo de 24 horas del art. 763.1 LEC, pero se consideró improcedente su sustanciación por día vía por no considerarlo urgente. No se reprocha este parecer, sino que ni el juzgado, ni la Audiencia Provincial no dispusieran lo procedente para la protección y legalización del propio internamiento, adoptándolo como medida cautelar al amparo del art. 762 LEC, anticipándose al inicio del proceso de modificación de su capacidad.

La necesidad, en cualquier caso, de una autorización judicial parece evidente, se utilice el cauce del art. 762 o 763 LEC. En cualquier caso, y como propuesta de lege ferenda, parece oportuno que, en la propuesta de modificación de las normas civiles para su adaptación a la Convención, se distinga el internamiento psiquiátrico tradicional del art. 763 LEC del asistencial no consentido –y quizás también

[10] Las SSTC 13/2016, de 1 de febrero, y 34/2016, de 29 de febrero, consideran que dentro de esta acepción es posible englobar al hospital centro socio-sanitario o, en su caso, residencia geriátrica, siempre que disponga de médico psiquiatra que efectúe la valoración del estado de la persona que ingresa y motive la necesidad del internamiento, así como los medios materiales y humanos para su tratamiento y cumplimiento de las exigencias legales y administrativas para desarrollar la actividad.

[11] Puede consultarse también la Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado.

 © FEPSM

del asistencial temporal no consentido- que permita, en el caso de que el ingreso ya se haya producido, una regularización con margen temporal más amplio que el estricto de las 72 horas.

4.4. El internamiento de menores de edad

Por último, en el caso de los menores de edad, el art. 763.2 LEC indica que "*El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.".*

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, incorpora la novedad del ingreso en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta con la previsión de utilizar medidas de seguridad y de restricción de derechos fundamentales. Incorpora, en fin, el art. 778 bis LEC: un procedimiento para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de dicha naturaleza. No obstante, la misma norma modifica la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y con ello los centros de menores con problemas de conducta, en los que se incorpora un límite: no podrán ser ingresados en ellos los menores que exijan un tratamiento especial por parte de los servicios de salud mental.

La disciplina que se incorpora para los internos en los centros de menores con problemas de conducta –con inclusión de medidas de contención o aislamiento, restricción de derechos, régimen disciplinario o administración de medicamentos- no son extensivos, por no existir una regulación similar, para los menores internados por razón de trastorno psíquico del art. 763.2 LEC.

4.5. Fórmulas procesales civiles para acordar el ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico

Esbozadas ya en las líneas anteriores, tres son las posibilidades[12]:

a) La vía estricta del art. 763 LEC

La norma determina las reglas de la competencia territorial, el trámite de audiencia de la persona afectada y las demás diligencias de prueba preceptivas, el reconocimiento del derecho de defensa y el sistema de recursos contra la decisión judicial.

La STS 141/12, de 2 de julio, (a la que se suman la STC 22/2016, de 15 de febrero, y la STS 4/2016, de 26 de enero) valoró el procedimiento de autorización en los supuestos de internamiento urgente y confirmó varios principios básicos:

1) La conformidad con el art. 17.1 de la Constitución Española impone su adopción por el juez en cualquier clase de procedimiento, se adopte con urgencia o sin urgencia. Es evidente la necesidad de una motivación reforzada.

2) El cumplimiento de las exigencias de la fase previa (fase extrajudicial) a la estricta judicial: el informe médico que acredite el trastorno psíquico y la urgencia del ingreso –sin perjuicio de que el responsable del centro médico esté facultado ab initio para tomar la decisión de internamiento-, la información o comunicación sobre la oportunidad del ingreso y sus causas al afectado o a su representante, la comunicación del ingreso al juez desde el centro en 24 horas –que comenzarán a

[12] La STC 141/2012, de 2 de julio, habla realmente de la medida cautelar de internamiento urgente del art. 762 LEC y de la oportunidad también de imponerlo como medida definitiva del art. 760.1 LEC.

 © FEPSM

correr desde que materialmente se produce contra su voluntad o cuando siendo inicialmente voluntario se exterioriza su cambio de criterio- y el control judicial posterior sobre la necesidad de continuación y sobre su propio contenido.

3) La importancia de la función judicial de información sobre la situación procesal y material del internado y el ejercicio y la extensión de su derecho de defensa. La posición activa de información que del juez se exige se materializa, antes o, a más tardar, durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC. El derecho de defensa que se le reconoce comprende, desde luego, el de proponer las pruebas que estime oportunas para contradecir el internamiento o evitar su autorización. El régimen de la defensa y representación se define por la remisión que el art. 763 LEC hace al art. 758, en consecuencia, es el mismo que el previsto para los procedimientos de modificación de la capacidad. Su ejercicio es facultativo: si no quiere o no puede, el Ministerio Fiscal defenderá sus intereses. Se le conceden tres grados sucesivos o escalonados de protección: 1) por procurador y abogado libremente designado o designado por el turno de oficio si es su interés; 2) por procurador y abogado designado por su legal representante si está sometido a un régimen de guarda legal; 3) cuando no quiera o no pueda, por su estado psíquico, nombrar defensor, su defensa y representación será asumida por el Ministerio Fiscal –cuando no haya instado el expediente- o un defensor judicial –si fue el promotor-, de acuerdo al art. 758 LEC.

4) La necesidad del examen directo y personal por el juez –generalmente en el propio establecimiento hospitalario; nunca debe suponer que el internado debe ser puesto a disposición del juez como si un detenido se tratara- y la consideración de prueba pericial del informe médico imperativo.

5) La indeclinable intervención del Ministerio Fiscal. El TC reconoce su consideración de parte necesaria en todo caso, tanto para instar, proponer pruebas y formular recursos, como para ser oído cuando el internamiento haya sido interesado por un tercero o provocado de oficio por el juez, y ello tanto por su condición de defensor de los derechos humanos en juego como por ser parte de los procesos sobre la capacidad de las personas (art. 749.1 LEC). También le reconoce la condición de representante y defensor del afectado (art. 758 LEC) cuando no sea el solicitante de la medida, cuando no interese el nombramiento de representante y defensor o no pueda hacerlo por su estado psíquico, de suerte que nunca exista un vacío en su asistencia jurídica.

6) El carácter temporal de la medida y su control posterior. El juez está obligado a adoptar las medidas que sean acordes con la decisión alcanzada y, sobre todo, las necesarias para proteger al internado (SSTC 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio). Habrá de valorar si la medida era adecuada cuando se adoptó, pero también cuando se practican las pruebas judiciales. Impone que se acuerde o ratifique –o la continuación o no del internamiento cuando haya o no de mantenerse tras los informes que periódicamente habrán de remitirse- el internamiento o se deniegue, poniéndole en tal caso en libertad. Y cuando la situación personal así lo aconseje acordará de oficio la eventual adopción de medidas cautelares para garantizar su protección de acuerdo al art 762 LEC. Más allá de los supuestos en que no se acuerde mantener el internamiento, el alta podrá ser decidida por el facultativo competente cuando hayan desaparecido o mitigado las causas iniciales del ingreso, comunicándolo inmediatamente al tribunal.

7) La consideración de improrrogable del plazo de 72 horas para practicar las diligencias y decidir sobre el internamiento. Por estar afectado el art. 17.1 de la Constitución Española en cuanto

 © FEPSM

supone una limitación del derecho fundamental a la libertad[13], su vulneración legitimaría para la utilización del procedimiento de "habeas corpus".

De acuerdo con las exigencias clásicas del TEDH (por todas, la sentencia de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp), junto con la prueba de la enajenación mental real demostrada por informe médico ante la autoridad competente y con la amplitud suficiente para legitimar el internamiento, es necesario que la perturbación persista durante la situación de privación de libertad, de forma que no podrá prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno psíquico que dio origen al mismo.

En su Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, sobre Modificaciones Legales en Orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental, el Defensor del Pueblo alertaba de que la regulación más detallada del internamiento no ha venido acompañada de un régimen de garantías de los derechos fundamentales afectados durante el periodo de estancia en el centro. En tal sentido, al hilo de las voces que doctrinalmente entendían que el sometimiento a un tratamiento o a una terapia especialmente agresiva exigiría una autorización judicial, recomienda la reforma del art. 763 LEC para ser completado en tal sentido. Indica que debería contemplarse 1) una autorización judicial para los supuestos en que el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánicas u otras restrictivas de la libertad individual u otros derechos fundamentales; y 2) un control judicial cuando hubieran de aplicarse tratamientos invasivos, especialmente cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación del paciente que no está en condiciones de decidir por sí mismo[14].

---

[13] Que el internamiento no voluntario conlleva una privación de libertad es una característica que reiteran tanto el TEDH (como consecuencia del art. 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que indica que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que el propio Convenio establece, entre los que se encuentra el del internamiento de un enajenado) como el TC.

[14] Estima Carrillo López, Marc ("Incapacitación versus libertad. La posición del juez ante el internamiento no voluntario" Cuadernos Digitales de Formación 60-2008 12, CGPJ) que la actuación de la administración sanitaria ha de procurar que los medios empleados sean los más adecuados para su curación. Se trata de una garantía de medios no de resultados, a través del empleo de los medios restrictivos de la libertad que sean proporcionales a la finalidad perseguida, de acuerdo con las aportaciones que la ciencia médica haya hecho en este campo (lex artis). Entre esos medios no se excluye -ciertamente- el uso de la fuerza (la contención) siempre que esté destinada a procurar la aplicación de la terapia prescrita. Se han de tratar de medidas restrictivas tomadas con el paciente, que respeten el test de proporcionalidad y, por tanto, que resulten inevitables en ausencia de otras menos contundentes de carácter alternativo. Y todo ello, siempre bajo el control judicial, puesto que el juez o el tribunal no puede ser ajeno a lo que ocurra con el enfermo una vez que éste haya decidido su ingreso forzoso en un centro.

La STEDH de 24 de septiembre de 1992 (Caso Hercezgfalvy c. Austria), estableció la posibilidad de aplicar medidas de fuerza por las autoridades médicas, ya que "las concepciones médicas existentes son, en principio, decisivas en un caso semejante (la aplicación de métodos de contención); no podrá considerarse inhumana o degradante una medida aconsejada por una necesidad terapéutica...".

Esta posición, sin olvidar desde luego el control judicial del internamiento, se ve confirmada también en la obra "*Psiquiatría y Ley: preguntas y respuestas*" Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, año 2016 (págs. 148-149), en cuanto que se considera que la autorización de ingreso incluye el tratamiento que el médico estima necesario para el control del enfermo (entendida la contención como parte del tratamiento y con otra finalidad), siguiendo, en todo caso, los principios de proporcionalidad y límite temporal. La misma respuesta debe darse a los supuestos de aplicación, como tratamiento, de una terapia electroconvulsiva (TEC).

 © FEPSM

b) La adopción de las medidas cautelares específicas del proceso de modificación de la capacidad del art. 762 LEC

Es realmente discutible que a su amparo pueda fundarse el internamiento involuntario del presunto incapaz por razón de trastorno psíquico, que está sujeto a lo especialmente previsto en el artículo 763 LEC.

Otra cosa sería que no se tratara de un internamiento estrictamente derivado de un trastorno o padecimiento psíquico, como antes he señalado, para los supuestos de deterioros cognitivos fruto de enfermedades de carácter generativo.

Así se hizo para acordar el ingreso en un centro sanitario o adecuado a las circunstancias del caso en el AAP La Rioja (1ª) de 8.9.2011; y así lo acordó para su ingreso en un geriátrico la SAP A Coruña (5ª) de 8.6.2012, o de Pontevedra (6ª) de 8.6.2011. Se decantan también por esta solución las SSTC 34/2016, de 29 de febrero, y 132/2016, de 18 de julio, como cautela precisa previa, coetánea o posterior al inicio de un proceso de modificación de la capacidad con amparo en el art. 762 LEC.

Nótese que en las situaciones en las que es necesario el nombramiento urgente de un defensor judicial con amparo en el art. 299 CC, la solución por aplicar el régimen de la medida cautelar de los arts. 158 y 762 LEC puede ser el cauce más apropiado para evitar un conflicto competencial en la medida en que la Ley de Jurisdicción Voluntaria atribuye la resolución al Letrado de la Administración de Justicia, sin perjuicio de poderse recurrir en la forma ordinaria a través del recurso de revisión (art. 20.2 LJV).

En ocasiones, el art. 762 LEC ha servido para acordar el sometimiento obligatorio a tratamiento ambulatorio, medida menos grave que el internamiento y que constituye un mecanismo tuitivo de la persona (en sentido favorable se pronunciaron los AAP Asturias (7ª) de 7.6.2012 y AAP Castellón(2ª) de 28.3.2012).

c) La adopción en la propia sentencia que modifique la capacidad y establezca el régimen de apoyos, y, en su caso, las medidas de protección adecuadas (STC 34/2016, de 29 de febrero), o la adopción con posterioridad como una medida propia de su ejecución

5. El TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO (TAI)

5.1. Medida de seguridad en el orden penal.

El artículo 101 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, indica –al principio de esta ponencia ya se señaló- que a la persona declarada exenta de responsabilidad penal conforme al número 1 del artículo 20 "*se le podrá aplicar la medida de internamiento para su tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que presente, o cualquier otra de las medidas no privativas de libertad previstas en el apartado tercero del artículo 96 del mismo texto legal*"[15].

Entre las medidas de seguridad no privativas de libertad contamos con la libertad vigilada. El art. 106, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, indica que consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna de las medidas

[15] Están exentos de responsabilidad penal, "*1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*"

 © FEPSM

previstas en los apartados a) a k). Nos interesa la prevista en el apartado k): "*la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico*". Estamos, por tanto, pero como medida de seguridad del orden penal, ante una figura que incorpora la oportunidad de seguir un tratamiento médico sin necesidad de internamiento.

5.2. Intentos de regulación expresa en el orden civil[16]

No encontraremos mención expresa a un tratamiento ambulatorio involuntario (conocido como TAI) en nuestra legislación civil o procesal civil.

No obstante, existieron dos proyectos relevantes de incorporación, ambos sin resultado.

La más importante propuesta se formuló como Proposición de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para Regular los Tratamientos no Voluntarios de las Personas con Trastornos Psíquicos, presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió en el año 2004[17]. Se pretendió la adición de un apartado quinto al artículo 763 LEC con la siguiente redacción:

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

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

La segunda propuesta tuvo lugar en el año 2006 al socaire del proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Los tratamientos ambulatorios involuntarios se incorporaban en sus artículos 84 a 87. El capítulo se titulaba "*de la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos*" y el art. 84, que definía su ámbito de aplicación, permitía la inclusión tanto de los tratamientos no voluntarios por razón del trastorno psíquico como de los periodos de observación para el diagnóstico, cuando la salud del paciente lo requiriese y no tuviera capacidad de decisión[18].

---

[16] Existen claros exponentes internacionales de aplicación del TAI, como la denominada Ley Kendra de Nueva York de 1999, la Ley Laura de California de 2002, el Acta 2007 de Salud Mental del Reino Unido, etc.

[17] La iniciativa era de FEAFES (Confederación de Familiares de Pacientes con Enfermedad Mental), integrada en el CERMI (Comité Español de Representantes de personas con discapacidad).

[18] A la legitimación se refería su art. 85, y a la solicitud y al procedimiento el art. 86 –que desembocaba en una comparecencia del solicitante, el paciente y Ministerio Fiscal-, sin perjuicio de que el juez debía de recabar informe del forense, así como las pruebas que se estimaran relevantes sobre la falta de capacidad de decidir del paciente, la información clínica del mismo y el plan de tratamiento actual.

A la resolución se aludía en el art. 87, que en lo fundamental indicaba que habría de dictarse por auto motivado en el que (i) debería tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, psicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico; y (ii) se establecerían los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o, en su caso, cesar la continuidad de estas medidas.

 © FEPSM

En el ámbito de Cataluña existió también un intento de incorporación en el Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en concreto, en su art. 212.2.5º.

5.3. Práctica procesal civil

Que hayan resultado baldíos los intentos por incorporar un tratamiento específico y singular en el ámbito civil no significa que no haya existido una práctica procesal que lo aplique, siquiera minoritaria, siguiendo el principio de mínima intervención o de "*quien puede lo más puede lo menos*" (lo más sería el internamiento psiquiátrico involuntario).

En cualquier caso, la base de la decisión debería de cumplir los siguientes presupuestos:

1) Propuesta médica motivada con plan de tratamiento.
2) Audiencia del paciente.
3) Informe forense y del Ministerio Fiscal.
4) Decisión judicial motivada que determine el plan de tratamiento, el dispositivo sanitario responsable de su aplicación y la fijación de los criterios de supervisión y control.

La situación médica que pudiera hacer posible el TAI pasa por la acumulación de las siguientes situaciones: (i) paciente con Trastorno Mental Grave; (ii) sin conciencia de enfermedad; (iii) con limitada o nula adherencia al tratamiento; (iv) sin apoyo familiar para lograrlo –sea porque carece o imposibilidad de sus familiares o allegados-; y (v) con reiterados ingresos en la unidad correspondiente de psiquiatría.

Pionera en la utilización del TAI fue la magistrada Aurora Elósegui al frente del Juzgado de Primera Instancia de Donostia-San Sebastián especializado orgánicamente (art. 98 LOPJ) en esta materia desde el año 1999[19], sirviéndose de un protocolo cuyo contenido ha servido de base para otras experiencias. En Valencia existió una apuesta similar. También en Alicante se ha aprobado un protocolo de actuación sanitaria judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario.

En el ámbito de las Audiencias Provinciales pueden citarse como resoluciones favorables a la adopción de la medida bajo el amparo que proporciona el art. 762 LEC los autos de la Sección 10 de la AP de Valencia de 14 de diciembre de 2010, 10 de abril de 2017 y 14 de marzo de 2018, así como los ya citados autos de la AP de Asturias (7ª) de 7 de junio de 2012 y de la AP de Castellón (2ª) de 28 de marzo de 2012. Por su extensión, también es apropiado citar el auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Gijón de 4 de mayo de 2012.

Los argumentos legales que habitualmente se citan como legitimadores, a falta de una norma expresa, del tratamiento ambulatorio involuntario son los siguientes:

1) El contenido del art. 762 LEC, integrándolo como una medida cautelar de menor intensidad que el internamiento forzoso del art. 763 LEC; y el art. 158 CC en su aplicación a personas con la capacidad judicial modificada. Como fundamentos añadidos –quizás más primarios- de la justificación

[19] La intervención se centra en la entrevista –en la que se exploran las capacidades del afectado y se busca su acuerdo- y si surge un incumplimiento se insiste en procurar la vigencia de la autorización por los trabajadores sociales y las propias llamadas telefónicas desde el juzgado.

 © FEPSM

del tratamiento ambulatorio involuntario pueden citarse:

2) El Convenio Europeo (Convenio de Oviedo) sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 (BOE 20 de octubre de 1999). Su artículo 5 recuerda –por ser principio fundamental el consentimiento a la intervención sanitaria- que la intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, pudiendo revocarlo libremente en cualquier momento. Sin perjuicio de ello, por lo que ahora nos importa, su art. 7 permite aplicar un tratamiento a una persona que sufra un Trastorno Mental Grave sin su consentimiento cuando la omisión del tratamiento conlleve el riesgo de resultar gravemente perjudicial para su salud.

3) 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 los arts. 8 y ss. –referidos, lógicamente, a toda clase de pacientes- se trata del consentimiento informado y los supuestos en que se puede intervenir sin su existencia: cuando exista riesgo inmediato y grave para su integridad física o psíquica –piénsese que, en ocasiones, la decisión de no someterse a un tratamiento no es libre ni voluntaria, sino producto de su misma enfermedad-. No puede tampoco obviarse los supuestos en que el consentimiento puede expresarse por representación (art. 9.3), precisamente cuando el paciente no tiene capacidad para consentir el tratamiento médico a criterio del médico responsable de la asistencia o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

4) El artículo 3 de la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa define el tratamiento (art. 2) como la intervención física o psicológica sobre una persona con trastorno mental que tenga un propósito terapéutico en relación al mismo. A los tratamientos e internamientos involuntarios en centros psiquiátricos les dedica el capítulo tercero.

5) La Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, del Defensor del Pueblo, sobre Modificaciones Legales en orden a Reforzar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental. Entre las cuestiones que aborda se encuentra la cuestión relativa a si el actual marco de derecho permite solicitar la autorización judicial para los supuestos en que se haya prescrito por un facultativo un determinado tratamiento que la persona con una enfermedad mental no acepta. El Defensor señala que el artículo 6 del Convenio de Oviedo y el artículo 9 de la Ley 41/2002 son suficientes para abordar el problema del rechazo al tratamiento y el riesgo grave para la integridad física y psíquica del enfermo. En cualquier caso, el informe recuerda las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta cuando se interese el auxilio judicial para la administración de un tratamiento médico involuntario: (i) Necesidad de un informe médico que aconseje la aplicación de ese tratamiento; (ii) Deberá constar que se ha dado al enfermo la posibilidad de cumplir voluntariamente ese tratamiento; (iii) Será necesario haber agotado previamente los recursos médico asistenciales y sociales como alternativa al tratamiento que se pretende imponer; (iv) La responsabilidad en la administración de un tratamiento involuntario corresponderá únicamente al personal sanitario encargado del paciente; (v) Deberá potenciarse en el enfermo el mayor grado de autodeterminación posible y de responsabilidad personal frente a sus decisiones, respetando en la medida de lo posible sus deseos y opiniones; (vi) La intervención del juez deberá ser únicamente de carácter instrumental, como autoridad competente de velar por la protección de los derechos humanos del paciente sometido involuntariamente a un

 © FEPSM

tratamiento ambulatorio, que asegure su procedencia únicamente en los casos en que la ausencia de dicho tratamiento repercuta en el perjuicio grave de su salud o de la salud de quienes le rodean.

En las Jornadas de fiscales especializados en la protección de personas con discapacidad y tutelas, celebradas en Madrid los días 18 y 19 de octubre de 2009, se alcanzaron unas conclusiones favorables a la validez del tratamiento ambulatorio involuntario[20].

Sin embargo, su aplicación ha sido y es controvertida.

---

[20] Con el siguiente texto: "1º. Son condiciones mínimas indispensables para que se proceda a autorizar el TAI:

- Trastorno mental severo/grave.

- Efectividad documentada del plan terapéutico.

- Negativa del paciente a realizar tratamiento.

- Capacidad limitada para entender la información sobre su situación y los graves riesgos que conlleva para sí mismo o para otros, a causa de su estado mental.

- Ausencia de criterios de urgencia de tratamiento.

2º. En aquellos supuestos en los que se den los requisitos y condiciones arriba descritos, y siempre que se observen que ya se han producido, o se prevea o así se atisbe, el que se produzcan sucesivos, intermitentes y constantes internamientos, con la intensidad de privación de derechos que de ellos se derivan, se deberán solicitar informes médico forenses o facultativos acerca de la conveniencia del sometimiento a tratamiento ambulatorio como medida alternativa al internamiento, para la mejor protección del enfermo mental o de la persona afecta de trastorno psíquico. En estos casos, el Centro Sanitario, para la continuación del tratamiento fuera del Centro de ingreso, deberá pedir la autorización judicial de la medida.

3º. En todo caso, será preciso con carácter previo a la adopción de la medida de tratamiento ambulatorio que se recaben los siguientes informes:

- La falta de capacidad de decidir del enfermo.

- La información clínica del mismo.

- El plan de tratamiento.

- La necesidad y conveniencia del tratamiento.

- Los mecanismos de control y supervisión del tratamiento.

4º. Cuando de los informes facultativos así se desprenda, la solicitud de sometimiento a tratamiento ambulatorio deberá ser instada por los representantes del Ministerio Fiscal, bien aprovechando el cauce del procedimiento de modificación de la capacidad, cuando así proceda; o bien, cuando baste el mero tratamiento ambulatorio para la protección del discapaz, por los trámites de las medidas cautelares del art. 762 LEC.

5º. La sumisión a tratamiento ambulatorio tendrá una finalidad preventiva, esto es, para evitar el ingreso hospitalario futuro, tomando en consideración la evolución anterior del paciente, por lo que se deberán recabar los informes facultativos necesarios que determinen los extremos relativos a su administración y duración, para de este modo poder en la solicitud fijar el alcance y duración del tratamiento.

6º. En aquellos supuestos en los que exista Tutor o Representante legal nombrado como consecuencia de haberse dictado una sentencia de modificación de la capacidad, la persona o institución de apoyo, el tutor o representante legal no podrá acordar por sí sin la previa autorización judicial, el sometimiento a tratamiento ambulatorio.

7º. El informe médico forense deberá adecuarse, como contenido mínimo, al escrito-solicitud, que se acompaña"

 © FEPSM

Quizá la motivación más relevante de los contrarios a su práctica sea la ausencia –todavía más cuando los intentos de regulación han resultado infructuosos- de una norma que concrete –en paralelo a la prevista en el art. 763 LEC para el internamiento forzoso- las líneas siquiera fundamentales de la actuación judicial y su combinación con la actuación médica, lo que resulta de especial relevancia cuando con la medida se pretende afectar a la libertad y autonomía del enfermo a decidir sobre su estado de salud y tratamiento adecuado.

Pero a esta justificación se suman otras causas[21]: (i) Una normativa específica del tratamiento ambulatorio involuntario supondría incorporar una norma discriminatoria y estigmatizante; (ii) En muchas ocasiones la causa de declinar el tratamiento puede ser por motivos de consideración, como los importantes efectos secundarios que originan; (iii) Su incorporación podría provocar inhibición de los profesionales sanitarios en su responsabilidad y la falta de intervención del afectado en su programa de tratamiento; (iv) Por su carácter forzoso podría comprobarse su sujeción al tratamiento farmacológico, pero no su adherencia a un plan terapéutico o rehabilitador.

Indicaba el fiscal Santos Urbaneja[22] que realmente el art. 763 LEC regula las garantías del internamiento involuntario, no las circunstancias principales que afectan a su autorización: quién y cómo ha de indicarlo, quién debe realizar el traslado. Algo semejante ocurre con el tratamiento involuntario ambulatorio: ¿Dónde se realizará el tratamiento?¿Qué pasa si al paciente no se le encuentra? ¿A quién corresponde ir a buscarlo? ¿Qué pasa si se opone? Se muestra contrario a que todos estos extremos se dejen para su determinación a un protocolo o manual de buenas prácticas. Apunta dos razones: 1) Los protocolos no son más que declaraciones de buenas intenciones. Carecen de fuerza legal vinculante, por lo que no es fácil que los tribunales obliguen al incumplidor a realizar aquello a lo que se comprometió; 2) Los protocolos no pueden regular materias que por su importancia están sometidas a reserva legal, incluso a reserva de ley orgánica, con las que pudieran entrar en conflicto.

La polémica subsiste aun después de reformarse el Código Penal para incorporar como una de las medidas de libertad vigilada el tratamiento médico externo o de someterse a un control médico periódico. La oportunidad que brinda la modificación sustantiva y legal para su adecuación a la Convención sería un momento idóneo para estudiar su inclusión en la legislación civil, procesal civil o sanitaria.

---

[21] Algunas de ellas sostenidas por la AEN (Asociación Española de Neuropsiquatría) en el Documento aprobado por su Junta Directiva en su reunión de los días 28 y 29 de enero de 2005.

[22] "*Sobre la judicialización de los tratamientos ambulatorios. Razones para una oposición y contrapropuesta*". Córdoba, 2004.

 © FEPSM

© FEPSM

Conclusiones

PRIMERA MESA REDONDA

Problemas médicos y jurídicos en el seguimiento clínico – terapéutico del Trastorno Mental Grave

Dentro del repaso histórico que se realiza, merece mención destacada la conocida como "Reforma Psiquiátrica", sobre la cual conviene concluir que:

a) La segunda mitad del siglo XX marcó el inicio de un cambio de paradigma en la atención a las enfermedades psiquiátricas bajo.

b) La Reforma Psiquiátrica en los años 60 y 70 del siglo pasado aportó: una reflexión novedosa sobre planificación asistencial, así como la modificación de recursos y estructuras de asistencia psiquiátrica En este contexto, los manicomios constituían estructuras anacrónicas difícilmente defendibles.

c) La realidad efectiva de la reforma fue muy dispar en los diferentes países e incluso dentro de un mismo país. En España la Reforma Psiquiátrica se desarrolló a partir de 1985.

El proceso de desinstitucionalización de los pacientes de larga estancia ubicados en los hospitales psiquiátricos desveló importantes diferencias entre ellos y subrayó la necesidad de estructuras comunitarias muy diversas. Este proceso también dio lugar al nacimiento de una nueva terminología más relacionada con necesidades asistenciales y de gestión que con elementos nosológicos. Uno de los nuevos términos es el de Trastorno Mental Grave (TMG).

Los objetivos generales para las intervenciones en pacientes con TMG pueden agruparse en: Detección e intervenciones precoces, establecer los cuidados en crisis, ubicación y tipos de intervención, estabilización y manejo de los problemas físicos y mentales, así como el apoyo a la recuperación, autonomía y compromiso.

La continuidad de los cuidados se realiza en base a dos modelos de abordaje: los sistemas de gestión de casos y el conocido como Tratamiento Asertivo Comunitario.

Algunos de los principales problemas en el marco asistencial del TMG son: insuficiente reforma de la asistencia primaria, incremento continuo de la demanda sobre los Centros de Salud Mental, saturación de los Servicios Sociales e insuficiente desarrollo de equipamientos comunitarios y de orientación a la rehabilitación/reinserción.

Entre los aspectos Psiquiátrico – Legales que deben subrayase con relación al TMG encontramos:

a) La capacidad en estos pacientes para la toma de decisiones sanitarias.

b) La segunda institucionalización o el riesgo de transinstitucionalización o reinstitucionalización.

c) El grave problema de la victimización de los pacientes con trastornos mentales.

La realidad del TMG es compleja, al tratarse de un término que se justifica más por razones asistenciales que propiamente diagnósticas, refleja una realidad especifica de difícil abordaje y con una

 © FEPSM

compleja problemática asociada. Resulta imprescindible que se siga analizando, tipificando y promoviendo su identificación en los medios no sanitarios para su correcto tratamiento.

Medidas cautelares a tomar en la instrucción de sujetos con Trastorno Mental Grave

Un sujeto con un Trastorno Mental Grave (TMG) es, en primer lugar, un ciudadano; en segundo lugar, un ciudadano enfermo; y, en tercer lugar, un ciudadano aquejado de un tipo de enfermedad peculiar (R. Bercovitz, 1976). A pesar de ello, el Derecho Penal no renuncia a actuar, sometiéndolos a juicio e incluso adoptando medidas cautelares que conllevan la privación de libertad.

Un término clave, el de peligrosidad, legitima socialmente la actuación del Derecho Penal respecto de los que no son penalmente responsables. El concepto de peligrosidad no respeta la etiología ni la fisiopatogenia de la enfermedad mental, sino que se fundamenta en el historial biográfico, el destino individual y la predeterminación, al tiempo que le otorga una condición de inmovilidad y de resistencia al cambio.

En el caso que tratamos solo nos interesan las medidas cautelares personales que procuran la sujeción del imputado al procedimiento penal.

a) La prisión provisional. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de la difícil compatibilidad entre prisión provisional y los que carecen de toda capacidad de culpabilidad (191/2002). A lo anterior, se suma el tema de dónde materializar esa eventual privación de libertad provisional para los que carecen de capacidad de responsabilidad, si en centros psiquiátricos penitenciarios, o en zonas específicas del centro penitenciario.

b) La observación por médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Estamos ante una prueba pericial relativa a las posibles enfermedades mentales o patología psiquiátrica del afectado, así como a indagar sobre si estas han podido influir en sus facultades mentales intelectivas o de autodeterminación a la hora de la comisión del delito. Por tanto, no se trata de una medida cautelar sustitutiva o alternativa a la prisión.

c) Medida de internamiento alternativa o sustitutiva de la prisión provisional: en este sentido no existe en nuestra jurisdicción una específica medida de internamiento alternativa a la prisión provisional, aunque lo más razonable sería adecuar la privación de libertad cautelar a las necesidades del enfermo mental, previsiblemente inimputable. No debe incurrirse en la nefasta comparación entre incapacidad y enajenación. Otra medida para tener en cuenta sería la prisión domiciliaria.

¿Debe someterse a juicio al no imputable? ¿Sería un juicio justo? Parece obvio que cuando el acusado, por las razones o patología que sea, no tiene capacidad para comprender la acusación, ni para poder comunicar eficazmente con su defensa letrada, ese juicio entrañaría una flagrante infracción del derecho a la defensa y de la tutela judicial efectiva. Es decir, carecería de las garantías necesarias de un juicio justo.

En nuestro ordenamiento actual nos encontramos con las siguientes situaciones confusas y contradictorias. Al que enfermare tras cometer el delito, cualquiera que fuere éste, no pudiendo ejercer adecuadamente su defensa, se le archivará la causa; al que careciere de capacidad de culpabilidad al cometer el hecho, si persiste esa situación en el tiempo, tampoco se le habrá de enjuiciar si la causa

 © FEPSM

se sigue por los trámites del proceso ordinario (reservado para los delitos más graves), aunque continuará hasta sentencia si se tratare de un procedimiento abreviado a fin de imponerle una medida de seguridad. No es posible someter a juicio, cualquiera que sea su finalidad, a ninguna persona que a fecha del enjuiciamiento se encuentre bajo los efectos de alguna patología mental que le prive de la capacidad procesal. Se han propuesto distintas líneas de actuación cuando se trata de un inimputado desde el archivo provisional, con comprobaciones periódicas del inimputable y reapertura en el caso de que se recobrase la capacidad necesaria o archivo definitivo si la situación fuera de irreversibilidad; hasta la celebración a toda costa del juicio para imponer una medida de seguridad, basado en normas más pensadas para el procesamiento civil que penal.

Las medidas de seguridad son la respuesta penal para el sujeto sin capacidad de culpabilidad o para delinquir, y que pese a todo se le priva de derechos. Situación que presenta serios inconvenientes: se trata de una auténtica sanción, cuando lo importante sería determinar la patología del sujeto y su tratamiento correcto; se utiliza el derecho penal para fines que no le son propios; solo sirve para calmar lagunas asistenciales y sociales; ni siquiera el tratamiento es obligatorio ni puede ser impuesto; el diseño del sistema permite detectar una tensión entre fines de reeducación y reinserción y la defensa social de los potencialmente peligrosos, en la que se acaba imponiendo la segunda.

SEGUNDA MESA REDONDA

Informe psiquiátrico-forense de los sujetos con Trastorno Mental Grave en la fase de instrucción

Con la prueba pericial psiquiátrica se pretende analizar el psiquismo de la persona, detectar psicopatología, relacionarla con normas jurídicas y que los profesionales que van a desarrollar su trabajo cuenten con elementos suficientes y objetivos para desarrollar su función.

El objeto de la pericia debe de estar muy bien reflejado en la solicitud judicial para conocer la concreta necesidad judicial. El perito que debe de llevar a cabo esta prueba debería tener formación psiquiátrico forense, es decir, estar formado en psiquiatría y en las implicaciones que el trastorno mental puede conllevar ante los tribunales de justicia. Lo lógico es solicitar la pericia psiquiátrica a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses. El mejor método para realizar la pericia es la entrevista clínica a fin de llegar a la detección de psicopatología, el establecimiento del diagnóstico y posterior concreción de los objetivos de esta: capacidad para declarar, imputabilidad, medidas de seguridad, peligrosidad, descartar anomalía psíquica, etc.

Como ya se ha comentado, el Trastorno Mental Grave tiene una complicada conceptualización, pero se entiende que la sintomatología es fundamentalmente psicótica con lo que ello conlleva de ruptura de la realidad y dificultad para capotar la realidad de las cosas o actuar conforme a esa comprensión.

El momento procesal del reconocimiento pericial psiquiátrico en el Juzgado de Guardia, debe cumplir, al menos, dos requisitos básicos: privacidad y medios suficientes. Desde la perspectiva pericial encontramos tres posibles actuaciones:

1) Que el sujeto tenga capacidad de declarar, es decir, que sea capaz de entender el motivo por el que se encuentra detenido, las indicaciones del abogado o del juez, que sepa quién es cada uno de los operadores jurídicos que se encuentran en el despacho en un momento determinado y si es capaz de defenderse incluso mintiendo o si entiende cuáles son las consecuencias a las que se enfrenta.

 © FEPSM

2) Respecto a la presencia de adicción lo más que puede hacerse es acreditar el estado físico y psíquico del paciente en el momento del reconocimiento, utilizando el término "según refiere" para todo aquello relacionado con el consumo de sustancias adictivas.

3) Medidas sanitarias para tener en cuenta en pacientes con TMG llevados por FOP al juzgado por agresiones verbales y/o físicas en el medio familiar. Cuando en el reconocimiento psiquiátrico forense se aprecie psicopatología activa que suponga riesgo para el paciente o para terceros, que no tenga conciencia de enfermedad, ni apoyo social o familiar debe ser tratado como lo que es: una persona con trastorno mental descompensado y recomendar el ingreso en la Unidad de Hospitalización de Salud Mental de referencia para valoración del caso y tratamiento si procede. Pero a veces no cumple con estos criterios para ingreso aun cuando el médico forense aprecie psicopatología que requiere tratamiento de forma ambulatoria. En estos casos, el Juez de Guardia dicta medidas de alejamiento de su familia, que a su vez es el único apoyo social. Un tema preocupante no resuelto, para lo que sería deseable la existencia de Unidades de apoyo socio-sanitario para estos "enfermos-delincuentes".

Respecto a la determinación de Imputabilidad, esta no puede ni debe hacerse en el Juzgado de Guardia, puesto que en este momento procesal solo se realiza un diagnóstico transversal.

La peligrosidad es otro de los campos de batalla de los TMG. A este respecto, hay que dejar sentado que no hay trastorno mental con riesgo en sí mismo de provocar actos delictivos, sino que hay personas concretas con trastornos concretos que por una serie de circunstancias presentan más facilidad para reincidir. Probablemente la enfermedad que más se relaciona mediáticamente con la violencia es la esquizofrenia. Pero hay que tener en cuenta que las personas con esquizofrenia protagonizan menos del 10% de todos los actos heteroagresivos en sociedad. El aumento del riesgo de violencia en personas con TMG sería multifactorial siendo esencial la comorbilidad con el consumo de sustancias tóxicas.

Las medidas de seguridad a tomar pueden ser privativas de libertad o no, siempre teniendo en cuenta la conciencia de enfermedad y la adherencia al tratamiento por parte del enfermo. A este respecto, se coincide en que lo importante en estos casos de enfermos con TMG que cometen delitos es valorar: Historia de descompensaciones psicopatológicas e ingresos hospitalarios, la conciencia de enfermedad, la adherencia al tratamiento, el apoyo social, la comorbilidad, el consumo de sustancias tóxicas y, por supuesto, otras patologías psiquiátricas.

Trastorno Mental Grave y medidas de protección y seguridad en el ámbito del Derecho civil

En el tránsito de la jurisdicción penal a la civil se observa:

a) El art. 25 del Código Penal (CP define, a efectos penales, la discapacidad y persona con discapacidad necesitada de especial protección).

b) Hay situaciones que permiten hablar de la eventual u obligatoria aplicación de un tratamiento médico psiquiátrico por los órganos de la jurisdicción penal.

c) Es precisamente la Disposición Adicional Primera del CP la muestra más indicativa de la necesidad de perfilar un tránsito desde la jurisdicción penal a la civil en el tratamiento jurídico de los enfermos mentales graves. El legislador debe poner fin a un delicado vacío normativo, regulando la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico.

 © FEPSM

d) El cumplimiento por los enfermos mentales de la medida de seguridad impuesta de internamiento psiquiátrico penitenciario incorpora el problema del futuro de estos pacientes cuando alcancen la plena libertad. En este sentido, algunas propuestas que buscan ofrecer un canal de solución al tránsito de los enfermos mentales desde la jurisdicción penal a la civil, son: el Programa Puente Extendido y la Ruta Asistencial del TMG, que constituyen dos instrumentos de futuro relevantes para el tratamiento sanitario y asistencial de los enfermos mentales graves.

En lo que se refiere a la modificación de la capacidad y régimen de apoyos, debemos centrar nuestra atención sobre:

a) La ausencia o limitación de la capacidad de obrar no debe confundirse con el concepto de discapacidad.

b) De la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, nos interesa destacar: el concepto de incapacitación, que todavía se mantiene en nuestro CC, queda desplazado por el de la limitación o modificación de la capacidad de obrar; se ha pasado de un sistema escasamente flexible de incapacitación a un sistema de apoyos controlado por el juez; habrá de procurarse la normalización de la vida de las personas con discapacidad procurando su participación efectiva en la sociedad; en base a la doctrina jurisprudencial, ha de concretarse la forma de apoyo más adecuada en relación al derecho de sufragio, la capacidad de contraer matrimonio y la capacidad de otorgar testamento.

c) Entre la variedad de los apoyos se destacan: las medidas voluntarias preventivas, la tutela, la curatela, el defensor judicial, el guardador de hecho, la figura jurídica de la asistencia, la rehabilitación y prorroga de la patria potestad.

d) Dentro del régimen de protección de las personas con capacidad modificada por decisión judicial se precisa, que la figura de la esterilización cuente con una nueva redacción en el art. 156.2 de CP.

Las medidas cautelares de los procesos de modificación de la capacidad pueden resumirse en:

a) Constituye un deber del tribunal competente la adopción de oficio de las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio. Deben limitarse a promover el proceso cautelar y adoptar la resolución que corresponda poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

b) Corresponde al Ministerio Fiscal solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas cautelares apropiadas.

c) La regla general será su adopción con previa contradicción de las personas afectadas.

d) Nada impide que una decisión cautelar inicial sea modificada.

e) Las medidas serán las que se estimen pertinentes para proteger adecuadamente al presunto incapaz o su patrimonio. Entre ellas se incluyen: el nombramiento de tutor provisional, de curador provisional, o cualquiera de las formas de protección de apoyo ya mencionadas.

 © FEPSM

Al abordar el internamiento psiquiátrico debe advertirse que:

a) La importancia de la calificación médica y no jurídica determina la trascendencia del informe médico necesario para autorizar el internamiento.

b) Lo determinante no es tanto, que la persona esté afectada por una deficiencia o enfermedad persistente que impida o limite su autogobierno, como que se presente un trastorno psíquico que justifique tal medida por una situación generalmente temporal y urgente por falta de control médico, abandono del tratamiento o situación similar, o incluso situaciones de abandono asistencial, permanente o temporal.

c) Existen dificultades legales para los internamientos de carácter o naturaleza asistencial que el juez puede autorizar para el ingreso involuntario en una residencia o centro geriátrico.

d) El caso específico de los menores de edad está regulado en nuestro ordenamiento jurídico.

e) Las fórmulas procesales civiles para acordar el ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico son: la estricta del art. 763 de la LEC, la adopción de las medidas cautelares específicas del proceso de modificación de la capacidad del art. 762 de la LEC y la adopción en la propia sentencia que modifique la capacidad y establezca el régimen de apoyos y, en su caso, las medidas de protección adecuadas o la adopción con posterioridad como una medida propia de su ejecución.

El tratamiento ambulatorio involuntario merece las siguientes conclusiones:

a) Estamos ante una figura que incorpora la oportunidad de seguir un tratamiento médico sin necesidad de internamiento.

b) No encontramos mención expresa a un tratamiento ambulatorio involuntario en nuestra legislación civil o procesal civil.

c) Ha existido una práctica procesal que lo aplique siguiendo el principio de mínima intervención. En cualquier caso, la base de la decisión debería de cumplir los siguientes presupuestos: propuesta médica motivada con plan de tratamiento, audiencia del paciente, informe forense y del Ministerio Fiscal, y decisión judicial motivada que determine el plan de tratamiento, el dispositivo sanitario responsable de su aplicación y la fijación de los criterios de supervisión y control.

d) Los argumentos legales que habitualmente se citan como legitimadores, a falta de una norma expresa, del tratamiento ambulatorio involuntario son los siguientes: el art. 762 de la LEC, el Convenio Europeo sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, el art. 3 de la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la Recomendación 107/2005 del Defensor del Pueblo, sobre Modificaciones Legales en orden a Reformar y Garantizar los Derechos de las Personas que Padecen una Enfermedad Mental.

 © FEPSM

© FEPSM