



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Régimen jurídico del tratamiento forzoso del trastorno psíquico

Gema Vico Fernández



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència *Reconeixement- SenseObraDerivada 3.0. Espanya de Creative Commons.*

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia *Reconocimiento - SinObraDerivada 3.0. España de Creative Commons.*

This doctoral thesis is licensed under the *Creative Commons Attribution-NoDerivatives 3.0. Spain License.*



TESIS DOCTORAL

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRATAMIENTO FORZOSO
DEL TRASTORNO PSÍQUICO

Gema Vico Fernández

Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Civil

Director/Tutor: Prof. Dr. D. Carlos Villagrasa Alcaide
Profesor titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona

Quiero expresar mi agradecimiento a todas las personas que han colaborado y a las que me han animado a lo largo del proceso de elaboración de esta tesis.

RESUMEN

En los internamientos involuntarios aparece incluido un derecho de la personalidad, la libertad personal, que tiene la consideración no sólo de derecho fundamental en el artículo 17 de la Constitución, sino también de principio supremo de nuestro sistema social y democrático de derecho.

A partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, se instauró un sistema de control judicial de los internamientos frente al sistema anterior de mero control administrativo.

El artículo 211 del Código Civil reformado por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reguló expresamente el internamiento de los menores de edad.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó, a su vez, el artículo 211 del Código Civil, pasando a regular “el internamiento por razón de trastorno psíquico”, en su artículo 763. La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010 declaró la inconstitucionalidad de la parte de este precepto que posibilita la decisión del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, dado que, al ser constitutivo de una privación de libertad, debería haberse regulado mediante ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución, instando al legislador a regular esta materia mediante ley orgánica.

El tratamiento jurídico de los internamientos involuntarios guarda una estrecha relación con el de los tratamientos médicos realizados sin contar con la voluntad de las personas afectadas. El Tribunal Constitucional considera que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona forma parte de su derecho fundamental a la integridad física, reconocido en el artículo 15 de la Constitución.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica regula el consentimiento informado en los artículos 8 y siguientes, que prevén también los casos en que los facultativos pueden intervenir sin el consentimiento del paciente y aquellos en que el

consentimiento se otorgará por representación respecto de los menores de edad y de personas que no tengan capacidad para prestar el consentimiento.

El artículo 10.2 de la Constitución establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Dentro de estos tratados, podemos destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpreta, la Convención de Derechos del Niño de 1989, el Convenio de Oviedo de 1997 y la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006.

De acuerdo con la legislación aplicable, así como con la jurisprudencia, podemos destacar la necesidad de su reforma para adecuarla a la Constitución, cumpliendo el requerimiento que efectuó el Tribunal Constitucional en la sentencia 132/2010, y que exige asimismo la adecuación a los Convenios Internacionales firmados por España.

RESUM

En els internaments involuntaris s'inclou un dret de la personalitat, la llibertat personal, que rep la consideració no només de dret fonamental a l'article 17 de la Constitució espanyola, sinó també de principi suprem segons el nostre sistema de dret social i democràtic.

A partir de la Llei 13/1983, del 24 d'octubre, de Reforma del Codi Civil en matèria de tutela, s'instaurà un sistema de control judicial dels internaments enfront el sistema anterior de mer control administratiu.

L'article 211 del Codi Civil reformat per la Llei orgànica 1/1996, del 15 de gener, de protecció jurídica del menor, va regular expressament l'internament dels menors d'edat.

La Llei 1/2000 del 7 de gener, de processament civil, va derogar, al seu torn, l'article 211 del Codi Civil, i va passar a regular "l'internament per raó de trastorn psíquic" per l'article 763. La sentència del Tribunal Constitucional 132/2010 va declarar la inconstitucionalitat de la part d'aquest precepte que possibilita la decisió de l'internament no voluntari per raó de trastorn psíquic, ja que, com que és constitutiu d'una privació de llibertat, hauria d'haver estat regulat mitjançant llei orgànica, de conformitat amb el que disposa l'article 81 de la Constitució, i insta el legislador a regular aquesta matèria mitjançant llei orgànica.

El tractament jurídic dels internaments involuntaris manté una relació molt estreta amb el dels tractaments mèdics que es fan sense considerar la voluntat de les persones afectades. El Tribunal Constitucional considera que el consentiment del pacient a qualsevol intervenció en la seva persona forma part del seu dret fonamental a la integritat reconegut a l'article 15 de la Constitució.

La Llei 41/2002, del 14 de novembre, bàsica, reguladora de l'autonomia del pacient i dels drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica regula el consentiment informat en els articles 8 i següents, que preveuen

també els casos en què els facultatius poden intervenir sense el consentiment del pacient i aquells en què el consentiment s'atorga per representació amb relació als menors d'edat i persones que no tinguin capacitat per prestar-lo.

L'article 10.2 de la Constitució estableix que les normes relatives als drets fonamentals i les llibertats que la Constitució reconeix s'han d'interpretar de conformitat amb els tractats i acords internacionals sobre les mateixes matèries que l'Estat espanyol hagi ratificat.

Entre aquests tractats destaquen el Conveni europeu de drets humans de 1950 i la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans que també l'interpreta; la Convenció de drets del nen de 1989; el Conveni d'Oviedo de 1997, i la Convenció internacional dels drets de les persones amb discapacitat de 2006.

D'acord amb la legislació aplicable, així com amb la jurisprudència, hi destaca la necessitat de reformar-la a fi i efecte d'adequar-la a la Constitució complint així el requeriment que va efectuar el Tribunal Constitucional en la sentència 132/2010 i que al mateix temps exigeix l'adequació als convenis internacionals signats per l'Estat espanyol.

ABSTRACT

The right to personality and personal freedom are included in involuntary internments. These are not only governed by a fundamental right under Article 17 of the Spanish Constitution, but also by the supreme principle according to our system of social and democratic right.

According to the Law 13/1983, effective October 24th of the Reform of the Civil Code regarding matters of guardianship, a system of judicial internment control was established with respect to mere previous administrative checks.

The 211 article of the Civil Code reformed by the Organic Law 1/1996, effective January 15th on the Legal Protection of Children, expressly regulated the commitment of minors.

The 1/2000 Law of January 7th on civil prosecution repealed, in turn, the 211 article of the Civil Code, and started to regulate the “internment due to psychiatric illness” by Article 763. The Constitutional Court’s ruling 132/2010 declared the unconstitutionality on the part of this precept that enables the decision of involuntary internments due to mental disorder, considering that it is constitutive of a deprivation of liberty, should have been regulated by organic law, as agreed upon in Article 81 of the Constitution, and urges the legislator to regulate this matter by means of organic law.

The legal treatment of involuntary internments connects with those of medical treatments made without considering the will of the affected persons. The Constitutional Court considers that the patient’s consent in any event regarding its own person is part of its fundamental right to integrity recognized in Article 15 of the Constitution.

The 41/2002 Law, effective November 14th, on basic regulation on the autonomy of the patient and of rights and obligations in matters of information and clinical documentation regulates the informed consent in the Articles 8 and the following, which also covers the cases in which doctors can act without the patient’s consent and those in which the consent is given by the representation in relation to minors and people who does not have the capability to provide it.

Article 10.2 of the Constitution establishes that the rules regarding fundamental rights and liberties recognized by the Constitution are interpreted in accordance with the international treaties and agreements thereon ratified by the Spanish State.

Among these treaties prevail the 1950 European Convention of human rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights which also interpret them; the 1989 Convention on the Rights of Children; the 1997 Oviedo Treaty, and the 2006 Convention on the Rights of persons with disabilities.

According to the applicable law, as well as jurisprudence, the need is stressed to upgrade it in order to adapt it to the Constitution this way fulfilling the requirements the Constitutional Court made in the sentence 132/2010 and that at the same time demands the adaptation of the international agreements signed by the Spanish State.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	13
1. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO.....	21
1.1. El régimen jurídico derivado del derogado artículo 211 del Código Civil estatal.....	28
1.2. Consideraciones sobre las medidas aplicables al internamiento involuntario desde los derechos de la personalidad.....	34
2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO.....	41
2.1 Delimitación conceptual y doctrinal.....	61
2.2 Ámbito de aplicación subjetiva de la normativa reguladora del internamiento involuntario.....	74
2.3. Clases de internamiento involuntario: internamiento involuntario urgente e internamiento involuntario ordinario.....	85
2.4. Aproximación al procedimiento judicial aplicable.....	98
2.5. Líneas jurisprudenciales destacadas.....	114
3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.....	121
3.1. Delimitación conceptual y doctrinal.....	129
3.2. Tratamiento ambulatorio involuntario.....	140
3.3. Aproximación al procedimiento judicial aplicable.....	166
3.4. Líneas jurisprudenciales destacadas.....	175

4. RELEVANCIA DE LA MINORÍA DE EDAD EN EL INTERNAMIENTO Y EN EL TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.....	193
4.1. Incidencia de la capacidad de obrar de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos de la personalidad en el ámbito sanitario.....	201
4.2. El Internamiento involuntario de personas menores de edad en el procedimiento civil.....	231
4.3. Consecuencias jurídicas de los tratamientos e intervenciones médicas de personas menores de edad que exigen internamiento o tratamiento ambulatorios involuntarios.....	252
4.4. Internamiento y tratamiento terapéutico en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas menores de edad.....	294
CONCLUSIONES.....	307
BIBLIOGRAFÍA.....	325

INTRODUCCIÓN

La Constitución española garantiza en el artículo 43, dentro de los principios rectores de la política social y económica del Estado español, el derecho a la protección de la salud, estableciendo que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de prestaciones y servicios necesarios”, pero también debe garantizar la libertad, reconocida como derecho fundamental en el artículo 17. Como hipótesis de partida de este trabajo se plantea el problema de saber cuándo este valor superior de nuestro sistema social y democrático de derecho sentado en nuestra Constitución, la libertad, debe ceder para proporcionar adecuadamente esa asistencia social y sanitaria necesaria. La cuestión alcanza especial importancia y complejidad en el internamiento de las personas con diversidad funcional, siendo preferible utilizar estos términos en sustitución de otros con semántica peyorativa, como tradicionalmente se ha hecho con los de “discapacitados”, “minusválidos” o “inválidos”.

El tratamiento de los internamientos involuntarios forma parte de otro marco jurídico más amplio, el de los reconocimientos, las intervenciones facultativas y la asistencia que se realicen sin contar con la voluntad de las personas objeto de los mismos, por razones de carácter sanitario y social.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional básico consagrado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Este principio tiene un papel esencial en el ámbito de la capacidad de obrar de las personas, cobrando especial relevancia en relación con la toma de decisiones en materia sanitaria de personas con diversidad funcional y se refiere a la capacidad de las personas de decidir libremente y adoptar aquellas decisiones que afecten a su vida, siempre respetando los límites de la ley, los derechos de los demás y el orden público.

Según el artículo 10.2 de nuestra Constitución, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Entre estos tratados, podemos destacar el Convenio

Europeo de Derechos Humanos de 4 de octubre de 1950, que en su artículo 5 se refiere al “internamiento de los enajenados”. Debe asimismo tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta dicho convenio.

La materia de los internamientos psiquiátricos y tratamientos ambulatorios involuntarios es especialmente compleja, ya que afecta no solo al derecho sino también a la medicina. En su tratamiento, incluso si se aborda exclusivamente dentro de los límites del derecho, están implicadas diversas disciplinas como el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho penal y el derecho procesal, entre otras.

Tanto los internamientos como los tratamientos ambulatorios involuntarios implican, como requisito previo, que la persona a la que se apliquen sufra un trastorno psíquico. Mientras que lo que puede considerarse como comportamiento “normal” varía según cada cultura, los trastornos mentales suelen tratarse de una manera uniforme. Así, sin ánimo de exhaustividad, trastornos identificados como la demencia, la psicosis, la depresión o el trastorno obsesivo-compulsivo han sido descritos de forma similar en todas las épocas y lugares, y están presentes en estudios epidemiológicos de todo el mundo. Actualmente, se utilizan dos obras de referencia para el diagnóstico de las enfermedades mentales: el que tiene en cuenta la clasificación internacional de enfermedades (CIE), que publica la Organización Mundial de la Salud; y el llamado DSM, que publica la Asociación Psiquiátrica Americana.

Con el título “Aspectos sustantivos del internamiento involuntario de los enfermos mentales y del tratamiento ambulatorio involuntario”, tuvimos ocasión de presentar, en el año 2009, un primer trabajo de investigación sobre esta materia al objeto de obtener el Diploma de Estudios Avanzados con el que se culminaron los estudios de doctorado. En la presente tesis, se amplían los temas que ya fueron objeto de un inicial análisis en ese anterior trabajo de investigación, haciendo ahora una especial referencia a la regulación existente sobre el internamiento y el tratamiento ambulatorio involuntario de las personas menores de edad, teniendo en cuenta tanto la legislación interna sobre esta materia, contenida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los

artículos 271 y 273 del Código Civil, como la normativa internacional basada en los convenios internacionales ratificados por España en materia de protección de menores, entre los que destaca, la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y que marcan el inicio de un nuevo paradigma en relación con el tratamiento jurídico del menor, basado en un mayor reconocimiento del papel que desempeña en la sociedad y de un mayor protagonismo para el mismo como titular pleno de derechos subjetivos.

Otro de los aspectos sobre los que se ha incidido especialmente a la hora de realizar la proyectada ampliación del trabajo ha sido el estudio, con una mayor profundidad, de la legislación que se refiere a esta materia en el derecho civil de Cataluña, teniendo en cuenta que la regulación contenida en su día en los artículos 255 y 219 del Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, fue derogada y sustituida por la Ley 25/2010, de 20 de julio, del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia. A tal efecto, hemos procedido a recopilar y estudiar los dictámenes e informes previos a su aprobación para poder realizar una adecuada interpretación de los preceptos de la ley que están relacionados con la materia estudiada.

Además de la Ley del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y la Familia, se han ido produciendo novedades significativas en esta materia. En este sentido, hay que destacar la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 132/10, de 12 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del citado artículo 763.1, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida solo puede regularse por ley orgánica. No obstante, el Tribunal Constitucional indicó que esta declaración de inconstitucionalidad no implicaba su declaración de nulidad, dado que esta última crearía un vacío en nuestro ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material, aunque instaba al legislador a que regulase esta materia mediante ley orgánica, requerimiento que fue reiterado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio.

Asimismo analizamos en el presente trabajo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y que suponen un primer paso en la evolución hacia el pleno reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad. El Instrumento de ratificación por España de la citada Convención fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008 y el Instrumento de ratificación de su Protocolo facultativo un día después, entrando ambos en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de la legislación española para hacer efectivos los derechos que recoge la Convención.

Con esa finalidad de trasposición, se aprobó la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

En este mismo sentido, y con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, que establece la necesidad de que los estados adopten las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad, la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estableció que el Gobierno remitiría un proyecto de ley a las Cortes Generales en el plazo de un año desde su entrada en vigor, sin que a fecha de hoy se haya procedido a cumplir con lo establecido en tal disposición.

Durante el mes de julio de 2015 se han publicado la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y la

Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Estas leyes han introducido novedades en la materia objeto de este trabajo, dentro de las que cabe destacar la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, o la exigencia de autorización judicial para internar a los menores de edad en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, así como la modificación de determinados artículos del Código Civil que regulan la capacidad de obrar de los menores de edad.

Teniendo en cuenta estas recientes modificaciones, nos planteamos como objetivo de esta tesis doctoral realizar un análisis de la normativa interna existente sobre los internamientos involuntarios y tratamientos ambulatorios involuntarios a los que pueden ser sometidos personas con capacidad de autogobierno limitada, con la finalidad de comprobar si esta normativa cumple con los requisitos exigidos por nuestra Constitución y con los **convenios internacionales** ratificados por España.

Aunque en este trabajo nos hemos centrado básicamente en el estudio de esta materia desde la óptica del derecho civil, también nos tenemos que referir a la regulación de la materia que se contiene en otras áreas del derecho, teniendo en cuenta la legislación tanto internacional como estatal y autonómica. Asimismo, al tratar la jurisprudencia sobre la materia nos hemos referido a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, sin detrimento de las resoluciones destacadas de otras jurisdicciones, incluyendo un análisis de las resoluciones de las Audiencias Provinciales que se han considerado relevantes, así como de las sentencias del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para la elaboración de esta tesis se ha seguido una metodología dogmática, sin dejar de lado la relevante interpretación jurisprudencial de la normativa reguladora a través de su aplicación a casos concretos.

En cuanto a la estructura, este trabajo de investigación se divide en cuatro partes. En la Primera y Segunda partes, se trata, en primer lugar, de los antecedentes legislativos en materia de internamiento involuntario, con especial

atención al estudio del artículo 211 del Código Civil, como antecedente legislativo inmediato de la regulación actual. A continuación, se analiza la regulación actual sobre la materia contenida fundamentalmente en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referida al Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, refiriéndonos asimismo a la Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional 132/10, de 12 de diciembre, que ha declarado la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del citado artículo 763.1, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, por no haber sido regulados mediante ley orgánica.

En este trabajo, no solo hemos tenido en cuenta la legislación referida al internamiento y la interpretación que de la misma ha dado la doctrina, sino que también hemos dado una especial relevancia al estudio de la jurisprudencia en esta materia, incluyendo dentro de la misma la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional que se debe considerar esencial en esta materia, ya que delimita las garantías esenciales que debe tener un internamiento para que pueda ser considerado regular, y también nos hemos referido a la jurisprudencia denominada menor de las Audiencias Provinciales.

En la Parte tercera del trabajo, dedicada al tratamiento ambulatorio involuntario, tiene especial relevancia 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, de 4 de abril de 1997, que fue ratificado por España en el año 1999, publicándose el instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999. En este convenio, que forma parte del ordenamiento jurídico español, se basa la legislación española actualmente vigente sobre la materia, que está contenida fundamentalmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

En el Convenio se considera esencial el consentimiento del paciente en las intervenciones sanitarias, y se señala en su artículo 5 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 retirar en cualquier momento libremente su consentimiento.

A la hora de defender la viabilidad del tratamiento ambulatorio involuntario como una medida directamente aplicable por la autoridad judicial, es imprescindible tener presente lo dispuesto en el artículo 7 del citado Convenio, que trata precisamente de personas que sufran trastornos mentales al disponer que “la persona que sufra un trastorno mental grave solo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como los medios de elevación de recursos”.

En la cuarta parte, dedicada a la relevancia de la minoría de edad en el internamiento y en el tratamiento ambulatorio involuntario, se estudia su concordancia con los derechos de los menores de edad, además de tomar en consideración la relevancia incuestionable de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, haciendo mención especial a la capacidad de obrar de las personas menores de edad en relación con los derechos de la personalidad, al efecto de los internamientos involuntarios y tratamientos e intervenciones médicas a las que pueden ser sometidas, y se analizan las especialidades en esta materia.

El artículo 162 del Código Civil estatal, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, exceptúa de la representación legal de los progenitores que ostenten la potestad parental de sus hijos menores no emancipados “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”. Dentro de estos derechos personalísimos se incluyen, sin duda, los que se relacionan con su internamiento, así como con los tratamientos e

intervenciones médicas a los que puedan ser sometidas las personas menores de edad.

Finalmente, a partir de lo desarrollado en esta tesis, podemos concluir, en relación con la hipótesis de partida, que el derecho fundamental de la libertad solo puede ceder a favor de la protección de la salud en casos excepcionales y cumpliendo los requisitos que se analizan, derivados de nuestra Constitución y de la normativa internacional aplicable en esta materia. Tras analizar tales requisitos, así como la legislación interna que resulta aplicable, concluimos que la normativa interna actualmente vigente debería ser reformada, a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en nuestra Constitución y en los textos internacionales. Así, se considera necesaria la regulación de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, cumpliendo de esta forma con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución, y asimismo se considera necesaria la completa adaptación de nuestra legislación a los convenios internacionales ratificados por España, en especial a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1. ANTECEDENTES DEL TRATAMIENTO JURÍDICO ACTUAL DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

El tema del internamiento de los que legalmente llegaron a ser llamados “locos o dementes” se abordó en España mediante los Reales Decretos de 2 de mayo de 1855 y de 19 de mayo del mismo año. Por el primero, se aprobó el reglamento orgánico para el régimen y gobierno interno del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, que regulaba el sistema de admisión de enfermos; y, en el segundo, se contenían las normas para el ingreso de “los dementes en los manicomios del Estado, provinciales y particulares”.

En estos dos reales decretos se observaba la preocupación del legislador por tratar de garantizar la libertad de las personas, y resultaban destacables la intervención judicial y los controles gubernativos y médicos que se establecían.

Este marco legal fue sustituido por el Decreto de 3 de julio de 1931, cuya normativa reguló el régimen de asistencia e internamiento de los “enfermos mentales” hasta la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.

El Decreto de 3 de julio de 1931 admitió el internamiento con fundamento en la prescripción facultativa junto con la conformidad y solicitud por escrito del pariente, representante legal o persona con quien el enfermo conviviera. Cabía, además, la posibilidad de que la persona permaneciera indefinidamente internada en el establecimiento psiquiátrico sin que mediara declaración judicial alguna sobre su incapacitación.

Con este decreto los médicos pretendieron establecer un sistema eficaz para atender rápidamente a los enfermos necesitados de tratamiento en régimen de internamiento. Esta regulación contemplaba tres modalidades de ingreso: voluntario, por indicación médica y por orden gubernativa o judicial (art. 8). De los internamientos involuntarios, el realizado por indicación médica (art. 9) podía llevarse a cabo contando con un certificado médico en el que se hiciera constar la existencia de la enfermedad y la necesidad de internamiento¹,

¹Castro y Bravo, Federico de (1952): *Derecho Civil de España*, partell-1º, *Derecho de la Persona*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, pág. 285: “No se advierte la justificación jurídica de que una persona pueda ser reducida a la condición de cosa por sólo un certificado

además de una solicitud de ingreso dirigida al director del centro psiquiátrico, firmada, bien por el pariente más cercano del paciente o su representante legal, bien por las personas con quienes aquel conviviere en defecto de parientes. El mencionado director resolvía acerca del ingreso, sin necesidad de oír al interesado, y la intervención del juez se limitaba a devolver sellado al establecimiento el ejemplar duplicado del parte de ingreso.

En los supuestos de urgencia podía producirse el ingreso prescindiendo de estos requisitos, bajo la responsabilidad del director del centro psiquiátrico, pero este debía notificarlo al gobernador en el término de veinticuatro horas, acompañando certificado médico en el que debían hacerse constar los motivos.

Correspondía al citado director decidir acerca de la salida, pero esta podía también producirse a petición de los familiares o del representante legal, salvo que concurriera un estado de peligrosidad, en cuyo caso la decisión debía tomarla la autoridad gubernativa.

Entre las garantías previstas se establecía, en primer lugar, que este tipo de internamiento solo debía llevarse a cabo como medio de tratamiento y en ningún caso como privación correccional de libertad. Por otra parte, el facultativo que emitiera la certificación médica debía ser ajeno al centro y no podía ser pariente dentro del cuarto grado del solicitante del ingreso, de los médicos del centro, ni del propietario o administrador de este.

En el ingreso involuntario por orden gubernativa para observación, se requería, únicamente, que un médico certificara el estado de peligrosidad o bien el peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada.

El papel reservado al órgano judicial era meramente pasivo, sin que el informe que, en el plazo máximo de seis meses, debía serle remitido por el director del

médico y que pueda continuar indefinidamente privada de libertad sin una declaración judicial. Parece estar ello en contradicción con el espíritu de leyes fundamentales”.

centro psiquiátrico implicare una decisión del juez sobre la prosecución o no del internamiento².

Bercovitz destacó la marginación a la que sometía el ordenamiento jurídico a las personas con problemas de salud mental, señalando que el ordenamiento jurídico solo toma las máximas precauciones frente a la persona con problemas de salud mental cuando considera que puede ser peligroso o cuando coinciden en él circunstancias ajenas a su enfermedad que la sociedad considera dignas de protección, como ocurre cuando esta persona es titular de un patrimonio importante. Por el contrario, si tales circunstancias no se producen, las previsiones legales para protegerle son claramente insuficientes.

Asimismo, Bercovitz puso de manifiesto cómo en España se encerraba a las personas con problemas de salud mental en los establecimientos psiquiátricos, con lo que se lograba una incapacitación mucho más fuerte que la prevista en el Código Civil, sin ningún tipo de garantías. Afirma que cuando se nos dice que la persona internada pero no incapacitada es plenamente capaz civilmente, se afirma algo que en el plano jurídico debe ser defendido, pero ello no es obstáculo para que a la hora de la verdad, y aunque ello sea contrario al derecho, una persona recluida dependa para todo de los encargados de su reclusión. Entendemos que esta afirmación puede ser perfectamente aplicable a la regulación actual de los internamientos, ya que se trata de procedimientos independientes, en los que no es necesaria la incapacitación de la persona internada y en los que no existe ninguna regulación sobre la situación jurídica que determine los derechos de la persona internada en un establecimiento psiquiátrico.

La incapacitación y la tutela del Código Civil aparecen como instituciones de carácter fundamentalmente patrimonial³, aunque la existencia de un patrimonio

²García García, Lucía (2000): "Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento". Valencia: *Revista General del Derecho*, págs.197-199.

³Vivas Tesón, Inmaculada (2013): "Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de *legeferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces. En *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José RamsAlbesa*. Madrid: Dykinson, pág. 1662 considera que la discapacidad en el Código Civil está esencialmente patrimonializada, pues no importa tanto la persona como la conservación del

importante tampoco determina automáticamente la incapacitación y tutela cuando su titular padezca un trastorno psíquico. Esto solo se produce cuando ello es necesario para obtener el adecuado rendimiento económico de ese patrimonio o bien cuando sea necesario realizar determinados actos de disposición de bienes comprendidos en ese patrimonio, lo que normalmente quedará reservado al juicio de quienes lo administren de hecho.

El Código Civil está inspirado en la ideología liberal fruto de su época. Es un texto protector de la propiedad, de la libre contratación, en el que destaca cómo esta concepción penetra en todas las instituciones, incluso en las que aparentemente se encuentran más alejadas de los aspectos patrimoniales. Así ocurre con la protección de las personas con problemas de salud mental, donde el Código Civil no se ocupa en el fondo de sus personas, sino de sus patrimonios, ya que la persona del Código Civil no es el ciudadano de la calle, sino el ciudadano propietario⁴.

Durante la vigencia del Decreto de 3 de julio de 1931, que fue modificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932 y por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932, se estableció un sistema de internamiento involuntario de “enajenados” sometido a la sola autorización administrativa. De este modo, la persona susceptible de ser internada por el trastorno mental que padecía se hallaba indefensa ante el sistema administrativo.

Esta situación fue objeto de críticas muy duras⁵ y, además, colisionaba con el derecho a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución, y con principios recogidos en convenios internacionales ratificados por España.

patrimonio y, a partir de la declaración judicial de incapacitación la facilidad para obtener prueba para impugnar la validez de los actos realizados por el incapacitado en su perjuicio.

⁴Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1976): *La marginación de los locos y el derecho*. Madrid: Taurus, págs. 32-37.

⁵Lete del Río(1985) considera que la normativa “incurre en el grave y peligroso defecto de sustraer al control judicial el internamiento, con claro detrimento de la libertad y seguridad de la persona, al atender sólo a consideraciones médicas y administrativas, y olvidando los preceptos jurídicos sustantivos...”. (Lete del Río, José Manuel (1985): “El internamiento del presunto incapaz”. En Albaladejo, Manuel (dir.) (1985):*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IV, artículos 181-332. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 200).

La regulación vigente del internamiento involuntario es fruto de sucesivas reformas surgidas al amparo de los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y también al amparo de las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por nuestro Tribunal Constitucional. Con la actual regulación que tiene su origen más inmediato en La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, se dota al mismo de la garantía derivada del control judicial del internamiento involuntario⁶.

La promulgación de la Constitución Española en 1978 implicó, tanto para los discapacitados psíquicos como para los físicos, el establecimiento de una política social económica de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, y la necesidad de protegerlos, especialmente en el disfrute de los derechos reconocidos en el título I, lo que se consolidó con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que estableció el principio general de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación de las personas con problemas de salud mental a las demás personas, consagrando su derecho a la información así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, en su artículo 5.1 establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que taxativamente enumera en los apartados a)-f) y en virtud del procedimiento establecido por la ley. El apartado e) se refiere al “internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”, considerando, por tanto, que el internamiento de un “enajenado” es una

⁶ Díez-Picazo y Ponce de León y Gullón Ballesteros (2003) consideran, al analizar los internamientos involuntarios, que “se trata de medidas que deben estar rodeadas de garantías, pues no es insólito el caso en que personas sanas y cuerdas han sido objeto, en establecimientos médicos, de lo que penalmente hay que denominar <detenciones ilegales>, especialmente a merced de parientes sin escrúpulos y de facultativos complacientes”. (Díez Picazo y Ponte de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio (2003): *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*. Madrid: Tecnos, pág. 251).

privación de libertad. Sobre esta base se reformó el Código Civil por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se dio redacción originaria al artículo 211 del Código Civil, y se produjo el primer ajuste al artículo 17.1 de la Constitución, al determinarse los casos y la forma en que podía restringirse la libertad individual, disponiéndose un sistema de internamiento bajo control judicial.

Respecto a los internamientos anteriores a la ley citada, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 104/1990, de 4 de junio, lo siguiente:

La exigencia actual de una autorización judicial del internamiento de las personas por razones de salud, no significa que todos los internamientos anteriores, autorizados gubernativamente, puedan entenderse irregulares o ilegítimos, al margen de la operatividad de los controles judiciales periódicos legalmente previstos y de la posibilidad de revisión judicial de esos internamientos en función de la situación concreta de salud mental de esas personas. De este modo no puede cuestionarse en este momento la inconstitucionalidad del internamiento sino en la medida en que se ponga en duda la necesidad de mantenimiento de ese internamiento, que no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista una situación de perturbación mental real con un carácter o magnitud que lo justifique.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, por tanto, abandona el control administrativo de los internamientos de presuntos incapaces, instaurándose el control judicial en el artículo 211 del citado texto. Esta ley originó numerosos problemas interpretativos y de aplicación práctica, pues dispuso un solo precepto, el artículo 211, para sustituir treinta y cinco disposiciones del Decreto de 1931, lo que resultaba insuficiente para resolver todas las cuestiones de fondo y procedimentales que se suscitaban en su aplicación. Ello llevó a la doctrina a considerar aconsejable no prescindir totalmente de los criterios del Decreto de 3 de julio de 1931, en cuanto fuesen compatibles con la protección de los derechos fundamentales establecida constitucionalmente⁷.

⁷García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental...* (op. cit., págs. 200-201).

La regulación de los internamientos involuntarios contenida en el artículo 211 del Código Civil fue modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, siendo dicho artículo derogado y sustituido por el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado la inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la citada ley, sin que dicha declaración de inconstitucionalidad conlleve la nulidad, por lo que se evita el vacío normativo, instando el Tribunal Constitucional al legislador a que regule esta materia mediante ley orgánica.

1.1 EL RÉGIMEN JURÍDICO DERIVADO DEL DEROGADO ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL ESTATAL

El texto original del artículo 211 del Código Civil, tras la reforma de 24 de octubre de 1983, era el siguiente:

El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia, hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización, y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4 el juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

El término *internamiento* se refiere a la acción de encerrar o recluir a una persona en un sitio, en el interior de un espacio⁸. El precepto no indicaba nada en cuanto al sitio o lugar del encierro; pero, si se tiene en cuenta que se refiere al presunto incapaz, y que la incapacitación puede proceder, según el artículo 200 del Código Civil, de cualquier enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a una persona gobernarse por sí misma, “habrá que entender referido el internamiento a cualquier centro o institución en el que se lleve a efecto el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación o la reinserción de quien sufre dichas enfermedades o deficiencias”⁹.

Esta norma planteó numerosas dudas de interpretación puestas de relieve por la doctrina, entre las que podemos destacar las siguientes:

⁸ Zarraluqui Sánchez-Ezarrriaga, Luis (2007): “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”. En *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo II Capacidad. Barcelona: Bosch, pág.309.

⁹ Lete del Río, José Manuel (1985) “El internamiento del presunto incapaz”. En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales...* (op. cit., pág. 201).

a) El primer problema surgía en cuanto a la expresa alusión del artículo 211 del Código Civil respecto a quién podría ser objeto de la medida, “el presunto incapaz”. La dicción legal y su encuadramiento dentro del título dedicado a la incapacitación podían llevar a entender por presuntos incapaces a los que se hallen afectados de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (artículo 200 del Código Civil), quedando excluidas, en principio, aquellas situaciones que legalmente no fueran constitutivas de presunta incapacidad. El tenor literal llevaba a que los incapaces naturales, incluidos los menores de edad, y los incapacitados, pudieran quedar excluidos de ese marco normativo, aunque se considerase deseable su aplicación, lo que se defendía por una gran parte de la doctrina, que entendía que el artículo 211 del Código Civil debe aplicarse por analogía también a estos menores de edad en régimen de patria potestad, y que debe extenderse su aplicación tanto a presuntos incapaces como a incapaces en general, lo que supone una protección homogénea para todos ellos.

Frente a una interpretación literal de estos preceptos, que hubiera conducido a considerar aplicable el artículo 211 al internamiento de los presuntos incapaces y los artículos 271.1 y 273, al internamiento de los incapacitados, el artículo 271.1 del Código Civil recoge la obligación del tutor de recabar la autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o en un centro de educación o formación especial, siendo de aplicación asimismo el artículo 273, por el cual el juez, antes de autorizar el internamiento, debe oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuera mayor de doce años o en el caso de que lo considerara oportuno, además de recabar los informes que le sean solicitados o que estime pertinentes.

Se sostuvo en el plano doctrinal que el artículo 211 era también aplicable a las personas sometidas a tutela, lo que permitía extender a estos casos el procedimiento de urgencia regulado en este precepto. En todo caso, el control periódico previsto en el tercer párrafo del artículo 211 se aplicaba a los internamientos de las personas sometidas a tutela, como se desprende de la mención que dicho párrafo efectuaba al artículo 269.4, relativo al deber del tutor de informar anualmente al juez sobre la situación del tutelado. No parece,

en cambio, posible sostener que en estos casos el tutor viniera obligado a informar, no con una periodicidad anual, sino semestral¹⁰.

b) Por otro lado, se hacía notar que la medida del internamiento no necesariamente debía estar conectada con la incapacitación del sujeto, pudiéndose plantear al margen y sin necesidad de que se promoviera expediente de incapacitación. Así, se señala que puede internarse y ser internada cualquier persona, haya sido o no incapacitada judicialmente, y la declaración de incapacidad no implica que la persona deba ser internada, pues internamiento e incapacitación no tienen necesariamente que coincidir, si bien pueden producirse ambas situaciones respecto de una misma persona.

El internamiento y la incapacitación, por tanto, pueden coincidir o no, pues es posible que el juez deniegue la autorización para el internamiento o alce este si se hubiera producido y que se proceda a la incapacitación, o, a la inversa, que autorice el ingreso en el establecimiento o centro y, en cambio, no sea procedente la incapacitación.

También se plantearon dudas en cuanto al procedimiento aplicable en dicho precepto, ya que el artículo 211 del Código Civil no establecía quién estaba legitimado para promover el internamiento de una persona, destacándose como una de sus principales deficiencias la falta de previsión de plazo alguno para las actuaciones judiciales, ni en los supuestos normales ni en los de urgencia. Otras deficiencias que se señalaron fueron: (i) el incluir como único control judicial ulterior al momento del internamiento, salvo iniciativas de oficio o a instancia de parte, la información a la que se refería el último párrafo del artículo 211 del Código Civil, cada seis meses, y (ii) la ausencia de una regulación de la salida de la situación de internamiento, de modo que quedaba sin resolver si únicamente el juez podía autorizar la salida y, si no era así, quién estaba legitimado en cada caso para ello¹¹.

¹⁰ Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y socio sanitarios*. Granada: Comares, págs. 43-45.

¹¹ EgusquizaBalmaseda, M.^a Ángeles (1999): "El internamiento involuntario de los enfermos mentales: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999". En *Repertorio del Tribunal Constitucional*, n.º 3, pág. 2605.

De acuerdo con la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el procedimiento que había que aplicar a las diversas actuaciones judiciales previstas en el artículo 211 era el de jurisdicción voluntaria, lo que remitía a la aplicación de los artículos 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Se planteó la posible aplicación del artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Relativo a la Transformación del Expediente en Contencioso cuando el sujeto cuyo internamiento se instara se opusiera a dicha medida. Para unos, la literalidad de este precepto suponía que debía seguirse dicho procedimiento conforme a las reglas del juicio de menor cuantía. Otros autores, en cambio, estimaban que se debía continuar con el expediente de jurisdicción voluntaria también en el supuesto de que existiera oposición.

Se puede considerar que la regulación de los internamientos involuntarios por el artículo 211 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, debe ser valorada negativamente, en cuanto que dicho artículo era totalmente insuficiente para proporcionar una regulación adecuada de la materia. Las deficiencias más importantes de esta legislación se puede considerar que estribaban en los siguientes aspectos¹²:

a) La falta de determinación de los sujetos y causas por las que se podía aplicar el régimen de internamiento involuntario previsto en el artículo 211 del Código Civil estatal.

b) La falta de regulación de los supuestos en los que debía cesar el internamiento.

c) La falta de delimitación de las personas legitimadas para promover el internamiento y para finalizarlo, así como falta de claridad aplicable al procedimiento por el que se regulaban los diversos supuestos de internamiento.

¹²Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1984): "La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud". En *Anuario de Derecho Civil*, volumen 37, n.º 4, págs. 970-973.

d) La falta de determinación de quién está obligado a comunicar los internamientos de urgencia, limitándose el artículo 211 del Código Civil a establecer que, en los supuestos de internamiento de urgencia, “se dará cuanto antes al juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas”, sin que se determinen los plazos en los que se han de producir las actuaciones judiciales.

e) La inexistencia de regulación alguna de los tratamientos y reconocimientos involuntarios o forzosos cuando estos no implicaban internamiento de la persona, aunque se trata de un tema que afecta también a la capacidad de las personas y a la salvaguarda de su salud y de su libertad.

Para solucionar todas estas deficiencias, que en gran medida se mantienen, como veremos, a lo largo de este trabajo con la regulación actual, se propone la creación de un texto legal unitario, que establezca una regulación coherente y completa en la materia que cubra todo el campo de la asistencia sanitaria y social involuntaria. La materia tiene suficiente entidad y especificidad para requerir una regulación recogida en un texto normativo unitario, dado que resulta evidente que esta materia no puede quedar recogida únicamente en el Código Civil, o en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 211 fue reformado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. La necesidad de establecer una normativa de protección del menor en consonancia con los tratados internacionales suscritos por España motivó una adecuación de las normas del Código Civil que supuso una nueva redacción del párrafo primero del artículo 211¹³.

La reforma de 15 de enero de 1996 tuvo dos finalidades. La primera fue sustituir la expresión “internamiento de un presunto incapaz”, que el precepto utilizaba, por la de “internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”. Importante

¹³ “El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al juez y en todo caso dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios asistenciales del menor”.

consecuencia de la reforma fue, por tanto, la desaparición de la necesaria correlación entre la incapacitación y el internamiento de personas afectadas por enfermedades o trastornos mentales o psíquicos. Con ello, se refuerza el carácter dual de esta medida, de modo que debe quedar restringido el ámbito del artículo 211 únicamente para los supuestos de personas presuntamente incapaces, incapacitadas o no tributarias de incapacitación que, en un momento dado, sufren una alteración psíquica que requiere tratamiento que conlleve el internamiento de la persona.

La segunda finalidad se refería al internamiento de menores de edad, supuesto para el que, tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se estableció que se debía realizar “en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

Con respecto a las cuestiones procedimentales, se remitía, en su disposición adicional tercera, a la jurisdicción voluntaria la tramitación de las actuaciones judiciales que fueran pertinentes, estableciéndose en el apartado tercero de dicha disposición adicional que “la oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento sin conversión en contencioso”.

El artículo 211 del Código Civil fue derogado y sustituido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que pasó a regular los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico en su artículo 763.

1.2 CONSIDERACIONES SOBRE LAS MEDIDAS APLICABLES AL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DESDE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Uno de los problemas tradicionales que se planteaba en torno a los derechos de la personalidad radicaba en la identificación de tales derechos, ya que no aparecían enumerados en ningún texto jurídico. Al trasladar la cuestión a la perspectiva de los derechos fundamentales, resulta más fácil de precisar, por cuanto en los artículos 15 a 29 de la Constitución se alude explícitamente a los “derechos fundamentales y libertades públicas”.

No todos los derechos recogidos en esos preceptos tienen relevancia desde el punto de vista jurídico privado, planteándose también la posibilidad de ciertos derechos de la personalidad que carecen de la condición de derechos fundamentales, como son el derecho al nombre o el derecho a conocer el propio origen biológico.

La eficacia en las relaciones privadas de los derechos fundamentales no puede resolverse de modo absoluto. Los derechos fundamentales nacieron originariamente como derechos de libertad para ser ejercitados frente a los poderes públicos y no frente a los particulares. Se considera que los derechos fundamentales solo vinculan a los particulares de forma indirecta, en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquellos, a través, fundamentalmente, de la legislación o de las decisiones judiciales, al conocer de las controversias entre particulares¹⁴.

En los internamientos involuntarios aparece afectado un derecho de la personalidad, el derecho de la libertad, que tiene la consideración de derecho fundamental garantizado en el artículo 17 de la Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia 129/99, de 1 de julio, se ha pronunciado sobre las garantías que han de rodear la adopción de la medida de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico. La situación de hecho que da lugar al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad objeto de esta sentencia

¹⁴Verdera Server, Rafael (2012): *Lecciones de derecho civil. Derecho civil I*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 224-225.

es la existencia de un procedimiento de internamiento que es instado por una trabajadora social que tiene conocimiento, en su actividad profesional, del grave trastorno que sufre la madre de un menor de edad, y tras el examen médico que de esta se efectúa en un centro de salud, en el que se informa además que la persona afectada es socialmente peligrosa. Esta evaluación médica será ratificada por el médico forense, designado por el juez como perito judicial, a los efectos previstos en el artículo 221, párrafo 2, del Código Civil, para valorar el estado mental de aquella, al dictaminar que la enferma presentaba “síntomatología correspondiente a un cuadro psicótico agudo, con ideación delirante”. Tras otras consideraciones, se concluía que resultaba conveniente el internamiento de la examinada.

El magistrado del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 6 de Orihuela (Alicante) planteó la posible contradicción de lo dispuesto en el artículo 211, párrafo segundo, del Código Civil, con lo previsto en los artículos 24.1, 24.2 y 17.1 de la Constitución, y dio traslado de los autos al Ministerio Fiscal y a los promotores del procedimiento para que alegasen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, elevándose posteriormente la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

Los problemas suscitados por la cuestión de inconstitucionalidad habían sido dos. Por una parte, dado que el internamiento involuntario afectaba al derecho fundamental de la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución, requería una ley orgánica. Por otra parte, el procedimiento regulado en el artículo 211 del Código Civil no preservaba los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, especialmente en cuanto al derecho de no padecer indefensión y al derecho a un proceso con todas las garantías y a utilizar los medios de prueba pertinentes.

En la primera de las cuestiones, el Tribunal Constitucional decidió que la exigencia de ley orgánica se refiere solamente a aquellos derechos y libertades públicas que requieren un desarrollo de la Constitución, por lo que podía afirmarse que el citado artículo 211 del Código Civil no contenía ninguna regulación encaminada a delimitar y definir el derecho a la libertad personal. Así, la citada sentencia establece lo siguiente:

[...] la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el art. 211 del Código Civil” [...]. “Es obvio que la decisión de internamiento solo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible solo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1 de la Constitución” [...], “el párrafo segundo del artículo 211 del Código Civil no es, sin embargo la norma que en nuestro derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos. Esta posibilidad se establece y disciplina en el párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el supuesto ahí contemplado.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, el Tribunal Constitucional entiende que de la conjunción del artículo 211 y de las disposiciones de las leyes 13/1983, de 24 de octubre, y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, así como de la remisión a la disposición de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la jurisdicción voluntaria, podía deducirse que había en todo caso que oír al presunto afectado por trastornos psíquicos, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que pudiera aportar datos de interés. Asimismo había que oír el dictamen de un facultativo y practicar todo tipo de pruebas. La sentencia consideró, además, que la defensa de la persona se encontraba asegurada por la posibilidad de que ella misma, o quien tuviera un interés legítimo, se opusiera a la solicitud de internamiento y, de acuerdo con el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pudiera, en último caso, apelar la resolución. También destaca que la resolución judicial tiene carácter transitorio, y es obligada la revisión de oficio, como mínimo cada seis meses, de la decisión de internamiento.

Concluye la sentencia en el fundamento jurídico 4:

[...] en definitiva, el panorama normativo que acaba de describirse, y que entendemos de obligado cumplimiento, pone de manifiesto la inexistencia de las deficiencias denunciadas por el órgano judicial proponente de la cuestión. La privación de libertad que supone todo internamiento del artículo. 211 del Código Civil se ajusta a las exigencias

derivadas del artículo 17.1 de la Constitución en la medida en que solo puede ser acordada en virtud de autorización judicial, adoptada en virtud de una norma previa que regula su actuación. En efecto, el procedimiento de adopción de la decisión judicial de internamiento encuentra en las disposiciones contenidas en el propio artículo 211 del Código Civil y en los artículos. 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil un desarrollo conforme con los derechos fundamentales reconocidos en los dos apartados del artículo 24 de la Constitución, toda vez que se asegura la audiencia de la persona afectada, se hace posible su oposición al internamiento y concluye con una autorización de naturaleza transitoria necesariamente revisable en plazos de tiempo razonables y solo adoptada tras haberse acreditado, mediante la práctica de las pruebas oportunas y tras oír el dictamen de, al menos, un facultativo, que la medida de internamiento aparece como la más conveniente en beneficio del propio afectado y de la comunidad.

Considera esta sentencia que el internamiento en un centro psiquiátrico solo es acorde con el derecho fundamental a la libertad bajo las siguientes condiciones:

a) Haberse probado de forma convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real. El internamiento solo puede realizarse previa autorización judicial

b) Que la perturbación revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento.

c) Debe controlarse la persistencia de la perturbación, ya que el internamiento solo puede prolongarse en tanto en cuanto siga subsistiendo el trastorno.

d) En cualquier caso, el internamiento habrá de adoptarse en un procedimiento judicial contradictorio, en el que exista posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada.

Los anteriores argumentos que hemos expuesto por los que el Tribunal Constitucional desestimó la cuestión de inconstitucionalidad planteada no fueron asumidos por unanimidad, formulándose un voto particular por el magistrado D. Pablo García Manzano. Este magistrado, en la primera de las cuestiones planteadas, referida al problema esencial de si el artículo 211 del Código Civil, en cuanto ley ordinaria, vulnera el artículo 17.1 en relación con el artículo 81.1 ambos del Texto Constitucional, por requerir rango de ley orgánica la materia regulada en el precepto legal cuestionado, manifiesta que su discrepancia se produce en relación con el argumento, de carácter jurídico-formal, de que el párrafo segundo del artículo 211 del Código Civil no es la norma que en nuestro derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos. Argumenta el magistrado en su voto particular que los párrafos segundo y primero del artículo 211 del Código Civil son inescindibles, dado que los escuetos trámites del párrafo segundo, examen del presunto incapaz y dictamen facultativo, constituyen presupuestos *sine qua non* del procedimiento y son los que permiten valorar que la medida del internamiento involuntario se adopta legalmente. En consecuencia, viene a entender que el contenido mínimo de la protección de ese derecho también comprende esos trámites.

También alude el magistrado a que no cabe afirmar que el primer párrafo del artículo 211 del Código Civil haya sido elevado a la categoría de ley orgánica, pues el carácter propiamente orgánico de la norma antes citada, es decir, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tan solo es predicable de los preceptos aprobados con tal rango en el cuerpo normativo que constituye esencial objeto del legislador orgánico, mas no cabe extender tal rango formal a preceptos que no constituyen el objeto del legislador orgánico, como son los atinentes a modificaciones de dos cuerpos legales, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en cuanto yuxtaposición normativa al cuerpo legal con carácter de orgánico no participan, en rigor, de su mismo rango, pese a estar contenidos en una ley aprobada formalmente como tal.

Desde una perspectiva puramente procesal, la interpretación conforme que lleva a cabo la sentencia mayoritaria para afirmar la constitucionalidad del precepto cuestionado, integrando el párrafo segundo del artículo 211 del Código Civil con las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria, no son, según este magistrado, suficientes para apoyar tal solución.

La indeterminación del presupuesto habilitante de la medida de internamiento, la ausencia de concreta previsión sobre los sujetos legitimados para instar el internamiento, la imprecisión respecto del juez competente, la falta de efectiva oposición por parte del sujeto afectado que carece de medios para la libre designación de letrado y procurador que le defienda y represente, y que no puede gozar del beneficio de justicia gratuita, al no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador, son suficientes razones para que este magistrado concluya que, en su opinión, procede la sustitución de la escueta regulación contenida en el artículo 211 Código Civil por otra más acomodada a las exigencias constitucionales, garantizando de tal modo que el derecho fundamental a la libertad de toda persona sea objeto de la adecuada previsión legal en una norma con rango de ley orgánica, en la que se contengan, de manera precisa, los casos y la forma en que la privación de libertad en que consiste el internamiento involuntario por razón de enfermedad mental ha de producirse.

La influencia más perceptible de esta sentencia sobre la regulación del internamiento se aprecia en los trámites procedimentales incluidos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, que es la norma que deroga y sustituye en la regulación de los internamientos por razón del trastorno psíquico al artículo 211 del Código Civil. Así, este precepto incorpora todo el aparato de garantías que había inferido la Sentencia 129/1999, de 1 de julio, de las lacónicas disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria, interpretadas conforme a la Constitución¹⁵.

¹⁵Marín López, Juan José (1999): "Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)". En *Derecho Privado y Constitución*, n.º 13, pág. 230.

Las sentencias 131/2010 y 132/10, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional han declarado la inconstitucionalidad tanto del párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, como del artículo 763.1 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infringir los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución.

En el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, el Tribunal Constitucional se remite a la aplicación de la doctrina sentada en su Sentencia 129/1999, de 1 de julio, y declara en base a la misma la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que permiten la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, al tratarse de una medida privativa de libertad incluida dentro del ámbito del artículo 17 de la Constitución, solo puede regularse mediante ley orgánica conforme establece el artículo 81 de la Constitución.

La declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de los preceptos indicados, pues ello generaría una situación de vacío normativo, limitándose el Tribunal Constitucional a instar al legislador a regular la medida de internamiento involuntario mediante ley orgánica.

La sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio, siguiendo la doctrina de las sentencias 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, ratifica la insuficiencia de la regulación normativa ordinaria y asimismo reitera en su fundamento jurídico tercero el requerimiento ya efectuado al legislador en las anteriores sentencias:

Instamos entonces al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo¹⁶.

¹⁶“Si el viejo refrán de <a la tercera va la vencida> responde a la realidad, harían bien los grupos parlamentarios y los restantes poderes públicos en atender la admonición del Tribunal Constitucional y afrontar, de una vez por todas, que el tema del internamiento de cualquier persona, en cualquier tipo de centro, con visos de continuidad superior al periodo de las setenta y dos horas propio del habeas corpus, exige la regulación mediante ley orgánica y que

2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

El artículo 17 de nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad y a no ser privado de ella si no es con la observancia de lo establecido en ese mismo precepto y en los casos y en la forma previstos en la ley. De conformidad con lo previsto en el artículo 10.2 de la Constitución, los derechos fundamentales, y en este caso la libertad, deben interpretarse de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales vigentes en España por virtud de lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución.

En el marco internacional, las Naciones Unidas han desarrollado una importante labor para el reconocimiento y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, en su inicio no encontramos tratados internacionales que hagan referencia a los derechos de las personas con discapacidad. Así, ni la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, suscrita en Nueva York el 10 de diciembre de 1948, ni los Pactos Internacionales de los Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificados por España por instrumento de 13 de abril de 1977 y publicados en el BOE de 30 de abril de 1977, recogen disposición alguna que haga referencia a los derechos de las personas con discapacidad.

Podemos distinguir, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, la sucesión de diversos modelos de la discapacidad. Conforme a la concepción biológica, también denominado *modelo médico de la discapacidad*, las personas con discapacidad eran tratadas como sujetos de asistencia y tutela y como seres dependientes. Esta concepción es sustituida en los años cincuenta por la llamada *concepción rehabilitadora*, en la que el protagonista es el individuo que debe ser objeto de tratamiento médico rehabilitador: en los supuestos en que no se consigue esta rehabilitación, las personas quedan en situación de dependencia.

dicha cuestión, aunque otra cosa pueda parecer, es posiblemente más importante y trascendente que la mayor parte de las iniciativas de los últimos tiempos, respecto de la afirmación y desarrollo de la libertad como derecho fundamental constitucionalmente sancionado y consagrado desde 1978, aunque a algunos todavía hoy pueda parecerlas una cierta novedad". (Lasarte Álvarez, Carlos (2012): "El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)". En *Diario La Ley*, n.º 7968, pág. 14).

En la década de los setenta se ve la necesidad de un cambio hacia el modelo de integración. Esta nueva perspectiva trata de considerar a las personas con discapacidad como sujetos y no como objetos. Este modelo social o concepción de derechos humanos tiene como objetivo último el conseguir que las sociedades respeten la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias. Para ello, se considera necesario que exista un cambio en el entorno social que elimine todas las barreras, ya sean ideológicas, mentales o de otro tipo, que imposibilitan esta igualdad. Por otra parte, se considera necesaria la participación de las personas con discapacidad en la defensa o promoción de sus derechos humanos.

La evolución del derecho internacional, especialmente en el marco de las Naciones Unidas, va a ser el reflejo de las anteriores concepciones sobre la discapacidad. Así, las primeras medidas adoptadas en el marco de las Naciones Unidas responden a la concepción biológica de la discapacidad y pueden ser calificadas como medidas de beneficencia.

En la década de los setenta, la situación empieza a cambiar con la adopción, en 1971, de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, a través de la Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971, de la Asamblea General, que constituye el primer texto que desde las Naciones Unidas reconoce derechos de forma específica a las personas con discapacidad¹⁷.

En 1975 es proclamada la Declaración de los Derechos de los Impedidos, mediante la Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre, de la Asamblea General¹⁸.

Mediante Resolución de la Asamblea General 37/52, de 3 de diciembre de 1982, se adoptó el programa de acción mundial para los “impedidos”¹⁹.

¹⁷<<http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/2856> (XXVI)> [consulta: 01/04/2015].

¹⁸<<http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/3447> (XXX)> [consulta: 01/04/2015].

¹⁹<<http://www.un.org/esa/socdev/enable/diswps00.htm>>[consulta: 01/04/2015].

Terminada la década de los años ochenta, se aprobaron las directrices de Tallin para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos, incorporadas por la Asamblea General como anexo de su resolución 44/70, de 8 de diciembre de 1989²⁰.

La Asamblea General, en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991²¹, adoptó los principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, estableciendo las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud mental.

Las normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 20 de diciembre de 1993²², aunque no es un texto de obligado cumplimiento, supone el instrumento internacional más importante en el ámbito de las Naciones Unidas hasta la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Son un primer paso en la evolución hacia la perspectiva de los derechos humanos de la discapacidad

El Instrumento de Ratificación de la citada Convención por España fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008; y el Instrumento de Ratificación de su Protocolo Facultativo, en el Boletín Oficial del Estado de 22 de abril de 2008. Ambos entraron en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento, y de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de la legislación española para hacer efectivos los derechos que recoge la Convención.

²⁰ <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/44/70&Lang=S>> [consulta: 01/04/2015].

²¹ <<http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/46/119>> [consulta: 01/04/2015].

²² <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=498>> [consulta: 01/04/2015].

Así, con esta finalidad se ha dictado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social²³.

El concepto de *persona con discapacidad* se recoge en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme a la cual:

Las personas con discapacidad incluyen a 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 que las demás.

La definición refleja el modelo social de discapacidad, al considerar persona con discapacidad no a la que tiene un impedimento físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo, sino a aquella que, a causa de diversas barreras puestas por la sociedad que interactúan con dichos impedimentos, no puede participar plena y efectivamente en la sociedad en igualdad de condiciones que las demás. Lo que provoca la discapacidad son las barreras sociales no los impedimentos físicos, mentales intelectuales o sensoriales²⁴.

El artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad, estableciendo la necesidad de que los estados parte aseguren, en condiciones de igualdad con las demás personas, que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad, y no

²³ Muñoz García(2014) considera que esta ley se perfila con una clara declaración de intenciones, por cuanto constituye un claro reto unificador en las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. (Muñoz García, Carmen (2014): "Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (1)". En *Diario La Ley*, n.º 82221, sección Tribuna: pág. 3).

²⁴ Cardona Llorens, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo (2006): "El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad". En Ferrer Lloret, Jaume; Sanz Caballero, Susana. (coords.) (2006): *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 191.

sean privadas de libertad, ilegal o arbitrariamente; también, que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de libertad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, partiendo de una definición abierta de la discapacidad, establece como finalidades y obligaciones de los estados miembros la eliminación de las barreras, a fin de hacer posibles el ejercicio de los derechos y la participación efectiva de las personas con discapacidad, en condiciones de igualdad con los demás miembros de la sociedad, en todas las esferas de la vida. De este modo, se pretende promover y salvaguardar la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad.

Esta convención otorga un valor especial a la autonomía de las personas con discapacidad, formulando en su artículo 19, y por primera vez en un instrumento internacional²⁵, su “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, proclamó en su artículo 21 la no discriminación por razón de discapacidad; y en su artículo 26, el reconocimiento del derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración tanto social como profesional y su participación en la vida de la comunidad.

El fracaso del proyecto de constitución europea impidió en un primer momento que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se convirtiese en derecho positivo europeo. Aun así, posteriormente el Tratado de Lisboa, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que fue firmado por España el 13 de diciembre de 2007 y ratificado por Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, la recoge en su texto

²⁵García Garnica, María del Carmen (2013): “Título IX. De la incapacitación”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.) (2013): *Comentarios al código civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 2043.

y dispone en su artículo 6.1 que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶ tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

En el contexto del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, contiene referencias a los derechos de las personas con discapacidad. Así, podemos destacar su artículo 5.1 e), que recoge el derecho a la libertad y la seguridad de los enajenados mentales. Es, asimismo, de especial relevancia la jurisprudencia derivada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que interpreta el citado convenio.

A través de esta jurisprudencia se ha ido realizando una verdadera labor integradora que ha ido colmando las lagunas existentes en nuestra legislación. De este modo, se han determinado, entre otras cuestiones, que el derecho a la defensa del presunto incapaz obliga al nombramiento del abogado, si así se solicita, a la audiencia sobre la medida de internamiento psiquiátrico, a la notificación de las resoluciones judiciales y a la interposición de los recursos judiciales procedentes.

La vulneración tanto de la letra del Convenio como de la doctrina derivada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá ser alegada directamente ante nuestros tribunales, siendo causa de impugnación del acto de internamiento a través de los recursos ordinarios o extraordinarios, así como a través del recurso de amparo, o del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A tenor del artículo 17.1 de la Constitución, una persona solo puede ser privada de su libertad en los casos y en la forma previstos en la ley. La norma se refiere al derecho a la libertad y seguridad, en términos generales; por lo tanto, ningún tipo de privación de libertad, y el internamiento es uno de ellos, se encuentra excluido de la obligación de que se realice con las debidas garantías y en los supuestos legalmente establecidos.

²⁶El Diario Oficial de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010, contiene el texto consolidado de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Todo derecho tiene sus límites, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional. En el tema que nos ocupa, la limitación de la libertad encuentra su razón de ser, su justificación, en la necesidad de proteger la vida y la salud del enfermo afectado por algún trastorno psíquico.

Las limitaciones al ejercicio de los derechos no pueden conllevar, en modo alguno, menosprecio para la estima que todo ser humano se merece. La dignidad de la persona, que se le concede por el mero hecho de serlo, está en íntima conexión con el artículo 15 de la Constitución, que no solo protege el derecho a la vida, sino que prohíbe la tortura y los tratos degradantes, con vistas a preservar aquella dignidad, cuya relevancia es tal, que es considerada en dicho texto legal como fundamento del orden político y la paz social.

Dentro de los límites en el ejercicio de los derechos, debe tenerse en cuenta el Principio de Proporcionalidad, que, si bien no viene mencionado de forma expresa en la Constitución, exige el cumplimiento de tres requisitos:

1. Idoneidad o adecuación al fin perseguido por la actuación que limite el derecho.
2. Necesidad de la medida, porque no pueda ser suplida por otra igualmente eficaz.
3. Proporcionalidad, en sentido estricto, que alude a una relación equilibrada entre los bienes en conflicto.

Según establece el Tribunal Constitucional:

[...] el principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento jurídico un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas

constitucionales. [...]. El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable [...], es el de los derechos fundamentales²⁷.

El Tribunal Constitucional entiende –incluida en el artículo 17.1 de la Constitución– la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios, cuando la autoridad judicial la acuerda bien como medida cautelar en un proceso ya iniciado, o bien como medida definitiva impuesta en sentencia. Así el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia 141/2012, de 2 de julio, establece que la privación de libertad que se produce en los internamientos involuntarios ha de respetar las garantías que exige la protección del derecho fundamental reconocido en el artículo 17 de la Constitución, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España, conforme establece el artículo 10 de la Constitución.

Dentro de estos tratados internacionales cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de ese mismo año, que establece, en su artículo 5.1. e), que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad, sin que nadie pueda ser privado de su libertad, salvo en los casos que enumera y con arreglo al procedimiento establecido en la ley. Dentro de estos casos se incluye la privación de libertad, conforme a derecho de un “enajenado”.

Para que esta privación de libertad sea considerada legal, según doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifica ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. La privación de libertad no puede prolongarse si no persiste la perturbación²⁸. De esta forma, el internamiento psiquiátrico constituye una privación de libertad justificada, que debe autorizarse

²⁷Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, fundamento jurídico tercero y, en el mismo sentido, Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 161/1997, de 2 de octubre, fundamento jurídico octavo.

²⁸Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra Holanda, apartado 39.

judicialmente, como una concreción del amparo que los jueces y tribunales prestan a la protección de los derechos y libertades fundamentales.

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 124/2010, de 29 de noviembre, en el Recurso 3278/2006, se refiere a la necesidad de cesar el internamiento cuando conste la curación o desaparición del estado de peligrosidad en el ámbito de las medidas de seguridad privativas de libertad²⁹. El recurso de amparo objeto del recurso se dirige contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2006, que absolvió al demandante de los delitos de asesinato e incendio por los que había sido condenado por la Sala Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid, al apreciar la Sentencia del Tribunal Supremo la concurrencia de la eximente completa por incapacidad de culpabilidad prevista en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, precepto que establece la exención de responsabilidad penal para “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”. El Tribunal Supremo aplicó a este caso la medida de internamiento en centro psiquiátrico para tratamiento médico prevista en el artículo 101 del Código Penal, por tiempo máximo de 20 años. Añadió que tal medida de internamiento no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años desde su adopción.

En el fundamento de derecho cuarto, el Tribunal Constitucional establece la necesidad de cesar el internamiento cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que lo motivó, correspondiendo al Tribunal Penal realizar los sucesivos controles a tal fin.

En cuanto a la aplicación de las medidas de seguridad, según el fundamento jurídico quinto, el artículo 101 del Código Penal establece que al sujeto exento

²⁹Muñoz Conde, Francisco (2010): Derecho Penal: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.595, considera que “ si el internamiento del enfermo mental que delinque se basa en su peligrosidad criminal y no en el delito, posiblemente resultaría más realista excluirlo del internamiento penal y remitirlo al acordado civilmente, evitando el fraude de etiquetas”.

de responsabilidad criminal, conforme al artículo 20.1 del Código Penal³⁰, se le podrá aplicar, si fuera necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o para educación especial en el centro adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable. A este fin, el juez o el tribunal sentenciador fijarán en la sentencia el límite máximo.

Quien quede sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o del tribunal sentenciador, el cual, previa propuesta del juez de vigilancia penitenciaria, podrá mantener, decretar el cese, sustituir o dejar en suspenso la medida de seguridad, conforme al procedimiento contradictorio que regula el artículo 97 del Código Penal. En este artículo se establece la obligación del juez de vigilancia penitenciaria a elevar, al menos anualmente, alguna de las anteriores propuestas.

La sentencia objeto del recurso establece la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, lo que es contrario a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el artículo 97 del Código Penal, por lo que el Tribunal Constitucional procede a anular la sentencia objeto del recurso exclusivamente en la previsión de que la medida de seguridad impuesta no podrá ser revisada hasta que no hayan transcurrido ocho años de internamiento.

El artículo 20, apartado primero, de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, exime de responsabilidad a la persona que en el momento de cometer la infracción penal, “a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión”.

La regulación de las medidas de seguridad se contiene en el título cuarto del libro primero del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El artículo 101 del Código Penal prevé que a la persona exenta de responsabilidad criminal, conforme al número primero del artículo 20, se le

³⁰YzquierdoTolsada, Mariano (1997): *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson, págs..469-471.

podrá aplicar, si fuera necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a su tipo de anomalía o alteración.

El Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (121000065³¹) establecía una profunda reforma de la regulación de las medidas de seguridad contenida en los artículos 95-108 del Código Penal, abandonando el criterio actualmente vigente, según el cual las medidas de seguridad no pueden resultar más graves que las penas que serían aplicables al delito cometido si la persona hubiera sido criminalmente responsable.

En la propuesta de modificación de los citados artículos se entendía que el límite de la medida de seguridad se encontraba en la peligrosidad del autor. El plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad consistente en internamiento en centro psiquiátrico se establecía en cinco años, aunque se preveía la posibilidad de prorrogar ese plazo sucesivamente cuando resultara imprescindible por la existencia de una probabilidad elevada de comisión de delitos de especial gravedad.

El grupo parlamentario socialista presentó la enmienda número 647³², por la que proponía la supresión de los apartados quincuagésimo séptimo a septuagésimo quinto del artículo único, que establecían la modificación de los artículos 95 a 108. Esta propuesta de supresión fue aceptada en el informe de la ponencia³³.

La ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, no establece ninguna modificación en la regulación de las medidas de seguridad. Por ello, el internamiento en centro psiquiátrico que pueda establecerse como medida de

³¹<http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1> [consulta: 10/04/2015].

³²<http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-2.PDF#page=1> [consulta: 10/04/2015].

³³<http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-3.PDF#page=1> [consulta: 10/04/2015].

seguridad, en el supuesto de que la persona sea declarada exenta de responsabilidad penal conforme al apartado primero del artículo 20, no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado criminalmente responsable. En la sentencia deberá establecerse el límite máximo de duración de la medida de seguridad.

Para considerar la legalidad del internamiento, en primer lugar, ha de valorarse si el derecho interno se ajusta a la letra del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, y a los presupuestos que ha ido marcando reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto en su adopción como en su ejercicio. En segundo lugar, y partiendo de la base de que el derecho interno se ajusta a las directrices del Convenio, el internamiento ha de haberse acordado conforme a ese derecho interno, tanto en el procedimiento como en el fondo³⁴.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha derogado el artículo 211 del Código Civil en su disposición derogatoria única 2.1 y ha integrado dentro de su propia regulación el “internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico”.

Entendemos que existe una incorrecta ubicación de la normativa sobre el internamiento involuntario, ya que, aunque en él han de considerarse normas procesales, al regular el procedimiento necesario para acordarlo y su ratificación, también existen normas de derecho puramente sustantivo, las que regulan la posibilidad de privar de libertad a una persona por razón de trastorno psíquico, aunque esté sometida a patria potestad o tutela, y la de hacerlo con urgencia sin autorización judicial, destacando las normas civiles de derecho sustantivo sobre los aspectos puramente procesales³⁵.

³⁴ <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["34806/04"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-139067"\]}"> > \[consulta: 30/05/2015\] Vid. apartado 148 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Asunto X c. Finlandia, número 34806/04.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

³⁵ Lasarte Álvarez, Carlos (2007): *Principios de derecho civil: Parte General y Derecho de la persona*. Madrid: Marcial Pons, pág. 246.

La regulación del internamiento involuntario se contiene en la actualidad en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado la inconstitucionalidad de los incisos iniciales de los párrafos primero y segundo del citado artículo, al no tener el rango normativo de ley orgánica necesario para regular el derecho fundamental a la libertad.

El Tribunal Constitucional no cuestiona el contenido de la regulación del internamiento involuntario, sino que insta al legislador a que regule esta materia por ley orgánica y sin que la declaración de inconstitucionalidad suponga la nulidad de los incisos afectados, permitiendo que estos incisos sigan vigentes hasta que sean sustituidos por otros preceptos con rango de ley orgánica.

El punto de partida de este precepto es que el internamiento por razón de trastornos psíquicos de personas que no estén en condiciones de decidirlo por sí mismas, aunque estén sometidas a patria potestad o a tutela, requiere autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde residan las personas afectadas por el internamiento. Se debe observar que el internamiento no lo ordena la autoridad judicial, sino que lo autoriza cuando estima que procede, según prescripción facultativa. Por tanto, es el médico quien decide el internamiento. La función jurisdiccional asignada en este precepto es autorizar y no decidir ni ordenar el internamiento.

La referencia a la tutela es una novedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la patria potestad ya se encontraba mencionada en el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Ahora bien, la ley no deroga el artículo 271.1 del Código Civil, por lo que la autorización judicial continuará siendo también necesaria en los casos previstos en dicho precepto; es decir, para internar al tutelado en un establecimiento de educación o de formación especial, la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco deroga el artículo 273 del Código Civil, que prevé unos trámites procedimentales específicos para la concesión de esa autorización al tutor.

Estos trámites han de entenderse vigentes tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en todo aquello que suponga una especialidad respecto al procedimiento regulado en el artículo 763 y, desde luego, continúan vigentes en su totalidad cuando la autorización judicial solicitada sea para ingresar al tutelado en un establecimiento de educación o formación especial, pues tal caso no guarda ninguna relación con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que está únicamente referido al internamiento por razón de trastorno psíquico³⁶.

El médico a quien corresponda adoptar la decisión sobre el internamiento debe evitar situaciones extremas: por una parte, la dejación de su responsabilidad, pues no ingresar a quien lo necesita podría dar lugar, en su caso, a la exigencia de responsabilidad por un delito de omisión del deber jurídico de asistencia sanitaria previsto en el artículo 196 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este precepto se sanciona el incumplimiento de un deber de índole profesional castigando al profesional que “denegare asistencia”; es decir, al que no realizase o prestare la asistencia que se le pida o solicite, omitiendo el cuidado o tratamiento necesario. La aplicación de este precepto requiere que la falta de asistencia ocasione un grave riesgo para la salud personal, pero no su efectiva lesión. Para que la omisión sea punible, es preciso, además, que el profesional esté obligado a prestar asistencia, pues es el incumplimiento de este deber el origen de la omisión.

Es importante destacar que supone un grave error invocar la falta de autorización judicial previa para proceder al ingreso urgente de una persona con graves problemas de salud mental. La exigencia de este requisito carece de toda base jurídica y puede dar lugar a responsabilidades profesionales, si durante ese tiempo se producen agresiones a terceros o al propio paciente.

³⁶Marín López, Juan José (1999): “Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil...” (*op. cit.*, pág. 226).

En el otro extremo, un internamiento injustificado puede ser particularmente grave, no solo por afectar a la libertad personal, con la posible comisión de un delito de detención ilegal, sino también por las repercusiones negativas en la salud mental del afectado por la medida³⁷.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de este al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida. Esta ratificación deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal. De esta forma se soluciona una de las críticas que se habían vertido sobre la regulación anterior, contenida en el artículo 211 del Código Civil, sobre la que diferentes autores señalaron la importancia de fijar un plazo al juez para resolver sobre el internamiento, lo que consideraban que era sobre todo importante en los internamientos de urgencia.

Antes de conceder la autorización, el tribunal debe oír a la persona afectada, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o sea solicitada por el afectado por la medida. Se debe oír el dictamen de un facultativo y practicar cualquier prueba que se estime relevante.

De acuerdo con lo que había prevenido la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, el internamiento del menor de edad ha de realizarse siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia del menor.

Hay que tener presente que el ámbito de estos ingresos se reduce únicamente al estrictamente terapéutico, por indicación médica y debido a trastornos o deficiencias psíquicas, puesto que los menores de edad en situación de desamparo o aquellos cuya guarda corresponda a la Entidad Pública por resolución judicial o por entrega voluntaria de sus progenitores o tutores, cuando, por causas graves y transitorias, no puedan cuidar al menor de edad y

³⁷García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental...*(*op. cit.*, págs., 306-309).

soliciten la guarda de la Entidad Pública, durante el plazo y en los términos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil estatal, añadido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, pueden ser internados en centros no de salud mediante el llamado “acogimiento residencial”. El artículo 172 ter del Código Civil estatal, también añadido por la anterior ley, establece que la guarda se realizará mediante acogimiento residencial únicamente cuando el acogimiento familiar no sea posible o conveniente para el interés del menor de edad. No está prevista la previa autorización judicial para que los menores de edad puedan ser internados en estos centros.

Por el contrario, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece como novedad importante la regulación de los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en los que esté previsto como último recurso la restricción de libertades y derechos fundamentales. El artículo 2 de la citada ley modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introduciendo un nuevo artículo 778 bis en el cual se regula el procedimiento para obtener la autorización judicial necesaria para poder internar a un menor de edad en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta a los que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se cierra estableciendo la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, así como de emitir un informe periódico cada seis meses, a no ser que el tribunal señale un plazo inferior. Una vez recibidos los informes, el tribunal, previa, en su caso, la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, acuerda lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente. No dice nada el precepto

sobre qué se ha de hacer en el supuesto de que los parientes o el tutor se opongan a la salida. En estos supuestos hay autores que consideran que puede ser conveniente la intervención judicial³⁸.

En Cataluña, el internamiento psiquiátrico se regulaba en el artículo 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Para describir el ámbito de aplicación de la preceptiva autorización judicial, se hablaba del “internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad en una institución adecuada y cerrada”. Con ello parece que se quería hacer hincapié no tanto en el origen del trastorno, para no ceñirlo exclusivamente al psiquiátrico, como en la privación efectiva de libertad, admitiendo que pudiera ser cualquier centro adecuado al trastorno psíquico, pero que fuera cerrado³⁹.

La regulación actual del internamiento involuntario en Cataluña se contiene en los artículos 212-4, 212-5 y 212-6, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y la Familia. El apartado 4 regula la necesaria autorización judicial para internar a una persona en un establecimiento especializado por razón de trastorno psíquico o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva, cualquiera que sea su edad. Suprime, por tanto, respecto a la regulación contenida en el derogado Código de Familia, la necesidad de que el establecimiento sea cerrado.

En los supuestos de urgencia, conforme dispone el artículo 212.5 del libro segundo del Código Civil de Cataluña, no será necesaria la autorización judicial previa. La urgencia debe ser constatada por un facultativo y debe fundamentarse en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo o su integridad física o psíquica o la de otras personas. El director del establecimiento donde se haga el internamiento debe comunicarlo a la autoridad judicial del lugar donde se halle el centro médico en un plazo de veinticuatro horas, a fin de que la autoridad judicial ratifique o deje sin efecto

³⁸Roca Gullamón, Juan (1991): *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, tomo I. Madrid: Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, pág. 664.

³⁹ Sancho Gargallo, Ignacio (2000-2001): “Internamientos por trastorno Psíquico”. En Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel; Eifá Soler, José María y Valls Gombáu, José Francisco (coords.) (2000-2001): *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Iurgium, pág. 3467.

ese internamiento en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que recibe la comunicación.

La revisión de la necesidad del internamiento se producirá en un plazo que no puede exceder de dos meses desde la ratificación de esa medida privativa de libertad, por lo que es necesario que en este plazo el director del establecimiento informe periódicamente sobre la situación de la persona internada. Precisamente, a petición del director del establecimiento, la autoridad judicial puede acordar, dada la situación de la persona internada, que los informes posteriores se emitan en intervalos superiores, sin que puedan exceder de seis meses.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha regulado la revisión del internamiento pero no se establece ninguna norma sobre el control de las condiciones en las que se desarrolla la atención en régimen cerrado. Ello plantea especiales problemas en cuanto a la utilización de medios mecánicos de contención y de salas de aislamiento, que podrían llegar a afectar a la dignidad humana y a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.

El Decreto de 3 de julio de 1931, publicado el 7 de julio de 1931 en la *Gaceta de Madrid* número 188, contemplaba este supuesto y sometía la utilización de los medios mecánicos de contención a la previa intervención facultativa. En tal sentido, en su artículo 3 b) consideraba una condición indispensable para el funcionamiento de todo establecimiento psiquiátrico, público o privado, que en ningún caso, y sin orden explícita del médico, se utilizaran medios físicos coercitivos, tales como camisas de fuerza y ligaduras.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece ningún control de las condiciones en las que se desarrolla el internamiento, y, singularmente, de la garantía de los derechos fundamentales de las personas internadas. Por ello, se hace necesaria una norma que regule, con la amplitud necesaria, no solo los ingresos en centros de internamiento de naturaleza sanitaria, social y sociosanitaria, sino también otros aspectos relacionados con las condiciones de dicho internamiento: en concreto, las garantías del respeto a los derechos fundamentales y los requisitos y el procedimiento a seguir para la limitación de estos derechos cuando ello se hace inevitable, ante la necesidad

de proteger otros bienes como la vida, la salud y la integridad física de las personas internadas.

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y su reglamento, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, regulan con detalle las condiciones de la permanencia en estos establecimiento en sus diversas vertientes: figuran, entre otros muchos aspectos, el derecho a la intimidad, el derecho a comunicarse con el exterior del centro y la recepción de visitas (artículos 51-53 de la ley), el disfrute de permisos de salida (artículo 47 y 48 de la ley) y los supuestos en que pueden utilizarse medios de coerción e imponerse la sanción de aislamiento en celda, así como las garantías aplicables para ello (artículos 41-45 de la ley).

Además, el juez de vigilancia penitenciaria, conforme establecen los artículos 76 a 78 de la citada ley orgánica, tiene específicamente encomendada la salvaguardia de los derechos de los internos, a cuyo efecto debe acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que aquellos formulen en lo que atañe a los derechos fundamentales y a los demás derechos que se reconocen en el ámbito penitenciario. Dicha autoridad judicial deviene, de este modo, una pieza clave para la garantía de estos derechos.

Nada similar existe, en cambio, para las personas que se encuentran internadas en centros cerrados de naturaleza sanitaria, social o sociosanitaria. Así las cosas, no es, ni mucho menos, exagerado decir que las personas que cumplen penas de prisión tienen mejor garantizados sus derechos fundamentales que las personas con enfermedad mental, atendidas, en régimen cerrado, en establecimientos de salud mental.

Parece persistir, por tanto, la divergencia en la conciencia social sobre la situación de unos y de otros, existente respecto de los reclusos en centros penitenciarios e inexistente en relación con los internados en estos centros sanitarios, sociales o socio sanitarios, que ya fuera puesta de manifiesto por la

doctrina en la década de los setenta y en los comienzos del decenio de los ochenta⁴⁰.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su artículo 1.6 modifica la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, añadiendo a dicha ley el capítulo IV, en el título II, dedicado a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

La ley establece medidas de seguridad que pueden consistir en la contención mecánica o en la contención física del menor de edad, en su aislamiento o en registros personales o materiales, y establece, asimismo, los supuestos en los que pueden aplicarse, en los artículos 28-30. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 27, corresponde al director del centro, o a la persona en la que este haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad que deberán ser motivadas y notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal, y podrán ser recurridas por el menor de edad afectado por la medida, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá después de recabar un informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.

Asimismo, se establecen en la ley normas sobre el régimen disciplinario, sobre la administración de medicamentos, sobre el régimen de visitas y permisos de salida, así como sobre el régimen de las comunicaciones.

Consideramos que hubiera sido conveniente regular de una forma similar las garantías aplicables en los supuestos en los que sea imprescindible la restricción de los derechos de las personas internadas en los centros de carácter sanitario, ya que en estos supuestos no existe ninguna norma que regule las condiciones en las que se desarrolla el internamiento.

⁴⁰Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (*op.cit.*, págs. 116-117).

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINAL

El internamiento por razón de trastorno psíquico:

[...] puede definirse como una privación de libertad en centro psiquiátrico especializado, autorizada judicialmente con toda una serie compleja de garantías, con el objeto de aplicar una terapia psiquiátrica sobre la persona afectada por trastorno psíquico, cuando esta no tenga capacidad de decidir por sí y exista un grave riesgo para su salud”⁴¹.

La falta de concreción en la legislación de importantes cuestiones que afectan al internamiento involuntario, como la falta de determinación de las causas o motivos que pueden dar lugar al internamiento –dado que sigue sin definirse el supuesto de hecho del mismo–; la falta de determinación de los centros a los que se aplica y la falta de determinación de las personas que están legitimadas para instar el procedimiento de internamiento involuntario, hace que existan importantes discrepancias doctrinales sobre las anteriores cuestiones⁴².

Entendemos que existe una incorrecta ubicación de la normativa sobre el internamiento. Esto es así porque, aunque han de considerarse normas procesales: las que atañen, por ejemplo, a la intervención de la autoridad judicial y a los trámites necesarios para acordar el internamiento o la ratificación del realizado con urgencia, y normas propiamente sustantivas: por ejemplo, la posibilidad de privar de libertad a una persona por razón de su trastorno psíquico, aunque esté sometida a patria potestad o tutela, y la de hacerlo con urgencia sin autorización judicial, en el internamiento por razón del trastorno psíquico pesan o priman las normas civiles sobre los aspectos puramente procesales. Por ello, la decisión de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 es francamente criticable, pese a que la nueva regulación mantenga los

⁴¹González Granda, Piedad (2009): *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*. Madrid: Reus, pág. 162.

⁴²*Ibidem*, pág. 165.

mismos criterios normativos de fondo que fueron incorporados al Código Civil estatal por la Ley 13/1983, de 24 de octubre⁴³.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional podemos extraer las garantías que deben presidir todo internamiento por razón de trastorno psiquiátrico:

1. El internamiento ha de venir motivado por una perturbación mental del interesado, que deberá quedar acreditada por medio de un dictamen médico.
2. El número 3 del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refuerza la anterior garantía, con la exigencia de una previa exploración de la autoridad judicial a la persona afectada por la medida. Se trata de un requisito de inmediación. Esta exploración judicial asegura la audiencia de la persona afectada, que vendría exigida por el artículo 24 de la Constitución.
3. Esta perturbación mental debe ser de tal carácter o magnitud que justifique la privación de libertad, bien porque impida a quien la padezca la vida en sociedad, bien porque la propia sociedad sea quien tenga que protegerse con el fin de garantizar la seguridad de los demás ciudadanos.
4. El internamiento psiquiátrico necesariamente ha de ser acordado por resolución judicial, en la que se justifiquen los motivos por los que se acuerda esta medida.
5. El internamiento así acordado será revisado periódicamente por el juez, por lo menos cada seis meses, una vez vistos los informes médicos recabados al efecto y practicadas las diligencias que se estimen imprescindibles. El internamiento solo puede prorrogarse en

⁴³Lasarte Álvarez, Carlos (2007): *Principios de derecho civil I...* (op.cit, pág. 246, a favor de esta opinión; y, en contra de esta opinión, Ganzenmüller Roig, Carlos (2007): "El internamiento involuntario". En *Derechos de las Personas con Discapacidad*, volumen. I. *Aspectos Jurídicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 370. Este último autor destaca que la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil supone la regulación de la figura del internamiento en una ley procesal, y se corrigesu incorrecta ubicación en el Código Civil).

la medida en que persista la situación de perturbación que justificó el ingreso⁴⁴.

El Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

[...] Según el art. 17.1 de la Constitución nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la ley. Dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida desde luego la detención regular [...] de un enajenado, a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: La regularidad de esa detención depende a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (art. 211 Código Civil), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...], debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad. El examen de la regularidad del internamiento que se cuestiona nos ha de llevar, por tanto, a examinar, si ese internamiento está autorizado judicialmente y si, además, esa autorización se basa razonablemente en una situación efectiva y actual de perturbación mental que justifica el mantenimiento de la situación de internamiento⁴⁵.

El Tribunal Constitucional establece las condiciones que debe reunir el internamiento urgente, regulado en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Sentencia de la Sala Segunda 141/2012, de 12 de julio⁴⁶.

⁴⁴Se refiere a las citadas garantías Sancho Gargallo, Ignacio (2000, 2001): "Internamientos por trastorno Psíquico"... (*op. cit.*, pág. 3468).

⁴⁵Tribunal Constitucional (Sala Segunda): Sentencia número 104/1990, de 4 junio, fundamento jurídico 2.

⁴⁶El fundamento jurídico 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 141/2012, de 2 de julio, destaca el interés público que existe a la hora de resolver el caso planteado, a pesar de la petición del recurrente de archivo del procedimiento:

El examen del fondo del recurso, tal como queda así delimitado, no ha de quedar interferido porque el demandante, ya terminada la tramitación del proceso de amparo, haya presentado un escrito pidiendo el archivo del recurso por la pérdida de interés legítimo. Dicha solicitud de desistimiento ha de ser rechazada con base en la doctrina

Se configura como presupuesto objetivo de la medida que la persona afectada por ella presente un trastorno psíquico, a lo que debe unirse la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. Asimismo, la procedencia de la medida y su duración deben satisfacer los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

Podemos distinguir una fase extrajudicial del internamiento urgente, así como una fase judicial. La fase extrajudicial, según el fundamento jurídico quinto de la sentencia, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifica el internamiento inmediato, debiendo quedar plasmado por escrito para que pueda ser objeto de control posterior por la autoridad judicial.
- b) Información al afectado o su representante sobre los motivos del internamiento.
- c) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y las causas que lo justificaron, en el plazo máximo de veinticuatro horas. Las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. En todas las ocasiones en que el centro médico incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, el afectado podrá acudir al procedimiento de *habeas corpus* regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.
- d) Control posterior sobre el centro. Desde el momento en que el centro comunica a la autoridad judicial competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, la persona internada pasa, a efectos legales, a disposición del órgano judicial.

de este Tribunal que atempera el carácter rogado atribuido a esta Jurisdicción constitucional, cuando, <razones de interés público, vinculadas a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales>, determinan la necesidad de hacer un pronunciamiento expreso sobre el fondo del asunto pese al abandono de la pretensión de parte.

En cuanto a la fase de control judicial en el internamiento urgente, el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece un plazo de 72 horas, desde que el centro comunica al juzgado competente la adopción de la medida de internamiento urgente, para resolver el caso, con la finalidad de que en ese plazo el juzgado practique las pruebas necesarias y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación.

El juicio de ratificación comprende tanto la consideración del estado mental del interno en el mismo momento en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, y, asimismo, incluye el examen de la procedencia del internamiento en el momento de su adopción por parte del responsable sanitario.

Las garantías de la fase judicial del internamiento urgente son, según establece el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, las siguientes:

- a) La autoridad judicial ha de informar al interno o su representante legal de su situación material y procesal y, conforme regula expresamente el apartado 3 del artículo 763, deberá ser informado de su derecho a contar con abogado y procurador en ese trámite, así como de su derecho a la práctica de pruebas.
- b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno, la autoridad judicial proveerá la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él.
- c) Una de las fundamentales garantías la constituye el límite temporal de 72 horas del que dispone la autoridad judicial para resolver. Este plazo se configura como improrrogable, sin que pueda mantenerse el internamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida, sin que quepa alegar excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, y sin que pueda considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y resulte confirmatorio. Vencido el plazo no desaparece la facultad de la autoridad judicial para ordenar el internamiento, pero, si este se adopta, deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de

que una vez producida la ratificación deba ejecutarse la orden judicial. Por tanto, la superación del plazo de las 72 horas conllevará la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 de la Constitución.

El órgano encargado de la supervisión de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; esto es, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado ante él por el Estado español en septiembre de 2011, en relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona, regulado en el artículo 14 de la Convención, se manifiesta en los siguientes términos:

[...] Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias ex post facto para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos”.

El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado⁴⁷.

En cuanto a los derechos y libertades de la persona internada, debemos indicar que la situación de especial desvalimiento que caracteriza a los pacientes internados en los centros psiquiátricos requiere una vigilancia aún mayor en el control del respeto a sus derechos fundamentales. La enfermedad mental puede justificar la restricción de libertad, medida ya de por sí suficientemente

⁴⁷ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>>. Vid. puntos 35 y 36. [consulta: 07/04/2014].

grave, pero el resto de sus derechos civiles no sufren derogación alguna⁴⁸. No debe olvidarse que nuestro Texto Fundamental reconoce expresamente la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema y, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, prohíbe los tratos inhumanos o degradantes.

Es cierto que corresponde a los facultativos decidir sobre los medios terapéuticos a emplear para preservar la salud del paciente ingresado; pero las limitaciones al ejercicio de sus derechos, basados en la relación de sujeción especial a la que se halla sometido, solo serán admisibles en la medida en que resulten indispensables para el cumplimiento de aquella finalidad.

El artículo 5.4 del Convenio Europeo consagra el derecho de la persona internada a interponer recurso ante un tribunal, el cual deberá resolver en breve plazo y ordenar su puesta en libertad si la detención hubiere sido ilegal. Asimismo, el afectado por la medida de internamiento tiene derecho a comparecer ante un juez para ser oído.

El derecho a ser informado supone que la persona internada puede comunicarse con toda autoridad pertinente, así como con un abogado; es más, tiene la posibilidad de enviar correspondencia sin que pueda ser abierta. No debemos olvidar que el internamiento se equipara a la detención, y un presunto delincuente ha de ser informado, en el momento de su detención, tanto de sus derechos, como de las causas de la misma. Con más razón el enfermo ingresado debe gozar de las mismas garantías. En consecuencia, habrá de ser informado, en el más corto plazo, si en el momento de su internamiento no estuviese en condiciones de recibir tal información.

⁴⁸ García García, Lucía (2006): "Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos". En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, pág. 78: "[...] el enfermo, no por serlo queda despojado de sus derechos; las limitaciones serán las estrictamente indispensables para llevar a cabo el diagnóstico y el tratamiento terapéutico adecuado al caso".

El artículo 5.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos e Informaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece lo siguiente:

[...] el paciente será informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”; y, según el apartado 3 del artículo 5: “[...] cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información, se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

A la vista de los términos taxativos en los que se pronuncia la ley, el deber de informar no admite ninguna excepción: sus únicos límites son la voluntad y la capacidad del paciente para recibir la información. En todo caso, la información en sí misma se configura como un derecho autónomo del paciente e independiente de la existencia o no de consentimiento por su parte.

En cuanto al derecho a representación y defensa técnica, el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dispone que, en todas las actuaciones, aquel a quien se pretenda internar podrá disponer de representación y defensa técnica. Remite este precepto al artículo 758 de la misma ley, en el que se regula la personación del demandado en los procesos sobre la capacidad de la persona.

Se someten a autorización judicial todos aquellos internamientos motivados por un trastorno psíquico. El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no se refiere al internamiento involuntario de ancianos que padecen un trastorno psíquico en centros geriátricos. La doctrina y jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación de este precepto a este tipo de internamientos.

No se aplica el procedimiento del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando el internamiento necesario lo es por razón de enfermedades o traumas físicos, o son internamientos obligatorios al amparo de medidas especiales en materia de salud pública.

El artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos e Informaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece lo siguiente:

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

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas en la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la ley orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que disponga el internamiento obligatorio de personas.

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, habilita directamente a las autoridades sanitarias de las diferentes administraciones públicas para el tratamiento, hospitalización o control de personas 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 persona o grupo de personas.

La citada ley orgánica no establece ninguna garantía jurídica dirigida a velar por la adecuación de la privación o restricción de la libertad personal o de otros derechos fundamentales que puedan verse afectados. Por su parte, el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, enumera unos principios a los que deben acomodarse las medidas preventivas y limitativas que aplique la Administración.

El artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, según la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, añade el siguiente párrafo:

[...] asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo 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 libertad o de otro derecho fundamental.

No se establece, sin embargo, en la ley, ningún requisito del procedimiento. Entendemos que deberían regularse, entre otros aspectos, los plazos máximos, tanto para la ratificación judicial, como para los controles posteriores.⁴⁹

El procedimiento del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplica a los internamientos involuntarios, entendiéndose por tales los de aquellos que se oponen al internamiento o que no están en condiciones de prestar su consentimiento. La voluntad inicial capaz de legitimar el internamiento voluntario deberá estar exenta de vicios que la invaliden y durante él esa misma voluntad deberá persistir o permanecer.

En principio, la autorización de internamiento de una persona no incapacitada ni afectada por un proceso de incapacitación se solicitará al amparo del artículo 763.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la de quienes ya están incapacitados, invocando el artículo 271 del Código Civil estatal, y la de quienes están incurso en un juicio de incapacitación, de acuerdo con el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cualquier caso, será de aplicación el párrafo tercero del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la previa exploración judicial y el informe médico forense.

Debemos tener en cuenta que en el internamiento como medida cautelar, regulado en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la situación es diferente a la del resto de los internamientos involuntarios⁵⁰. Así, los internamientos de personas no incapacitadas ni afectadas por un proceso de incapacitación o los internamientos de aquellas personas incapacitadas no los ordena el juez, sino que este los autoriza cuando estima que procede, según prescripción facultativa. Por tanto, es el médico quien decide el internamiento.

⁴⁹Beltrán Aguirre, Juan Luis (2011): "Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación". En *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º10, pág. 5.

⁵⁰Marín Castán, Francisco (2015): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.3529, considera que el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no especifica las medidas cautelares que pueden ser adoptados en los procesos especiales sobre capacidad y entre las mismas no se incluye el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico que estaría sujeto a lo especialmente previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque alguna resolución ha basado en este artículo 762 el internamiento involuntario.

La función asignada al juez en este precepto es autorizar y no decidir ni ordenar el internamiento. En la medida cautelar adoptada en el curso del proceso de incapacitación, la decisión judicial prevalece sobre la hipotética opinión facultativa de signo contrario, siendo obligado ejecutar aquella. El internamiento, en estos supuestos, no se autoriza, sino que, más propiamente, se ordena.

Respecto a los incapacitados, el artículo 271.1 del Código Civil estatal señala que el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o de formación especial y, conforme al artículo 273 del mismo código, antes de autorizar o aprobar el juez el internamiento, el juez oirá al Ministerio Fiscal, y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

Aunque internamiento e incapacitación son medidas distintas, parece razonable plantearse, con ocasión de cualquiera de ellas, la pertinencia de la otra. Así, el Tribunal, al conceder o denegar la autorización de internamiento o ratificar el de urgencia, pone los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si considera que procede promover la incapacitación⁵¹, mientras que la sentencia que declara la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad del internamiento⁵².

Resulta fundamental, al tratar de la capacidad de las personas, hacer referencia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Uno de los principales retos que plantea la aplicación efectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el reconocimiento, en el artículo 12, de la capacidad jurídica plena de estas personas en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida. Así, los Estados parte tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. A pesar de que

⁵¹ Vid. artículos 763.1 y 753.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵² Artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

la Convención utiliza el término de capacidad jurídica, debemos entender que se refiere al ejercicio de la capacidad de obrar.

Este reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad es esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier otro derecho. La ratificación por España de la Convención obliga a plantear si es necesario adaptar nuestro ordenamiento jurídico al contenido de la misma, y por tanto, si es necesaria una revisión de las normas que regulan la capacidad de las personas.

En este sentido, la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, remitirá a las Cortes un proyecto de ley para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad⁵³.

Para justificar la privación de libertad de una persona por razón de un trastorno psíquico, es necesario que, como consecuencia de este trastorno, se ponga en peligro su vida o integridad física, o la de otras personas. Se trata de un juicio ponderado de la autoridad judicial. En él se deberá atender a diferentes variables, dentro de las cuales, la más importante será el estado del trastorno psíquico y la conveniencia o necesidad del ingreso para su mejor tratamiento.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, en el artículo 212-5, dedicado al internamiento urgente, establece en su apartado primero que la causa de urgencia médica que requiera el internamiento sin dilación debe ser constatada por un facultativo y debe fundamentarse en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo o para la integridad física o psíquica del enfermo o de otras personas.

⁵³Sillero Crovetto, Blanca (2014): “¿Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”. En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, págs. 32-33.

Al centro de internamiento le incumbe la obligación de guarda, al igual que a los establecimientos penitenciarios, puesto que en ambos casos deben guardar, defender e, incluso, tutelar o proteger a las personas internadas, so pena de incurrir en culpa *in vigilando*.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVA DE LA NORMATIVA REGULADORA DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

La primera cuestión que plantea el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el ámbito de aplicación del precepto en cuanto a las personas que comprende. En una primera aproximación podemos señalar que se refiere a las que se encuentran afectadas “por razón de trastorno psíquico”. No existiendo una definición legal al respecto, parece referida únicamente a aquellos trastornos que imposibiliten a la persona a decidir por sí misma sobre su internamiento.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de septiembre de 1950, alude expresamente al internamiento de “enajenados”. En su artículo 5.1 señala el derecho de toda persona a la libertad y seguridad, sin que nadie pueda ser privado de libertad, salvo en los supuestos que enumera. Entre estos supuestos se encuentra el internamiento de “un enajenado” con arreglo al procedimiento establecido en la ley.

El Convenio no define el sentido de la palabra “enajenado”, pues su sentido evoluciona continuamente con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales, especialmente a medida que aumenta la comprensión de los problemas de estos pacientes.

Mientras que lo que puede considerarse como comportamiento “normal” varía según cada cultura, los trastornos mentales suelen tratarse de una manera uniforme. Así, sin ánimo de exhaustividad, trastornos identificados como la demencia, la psicosis, la depresión o el trastorno obsesivo-compulsivo, han sido descritos de distinta forma en todas las épocas y lugares, apareciendo constantemente en estudios epidemiológicos de todo el mundo. Actualmente, se utilizan dos sistemas de diagnóstico de las enfermedades mentales: el que tiene en cuenta la clasificación internacional de enfermedades (CIE), que publica la Organización Mundial de la Salud; y el llamado DSM, que publica la Asociación Psiquiátrica Americana⁵⁴.

⁵⁴Frances, Allen (2014): *¿Somos todos enfermos mentales?* Barcelona: Ariel, pág 42.

En cualquier caso, no se puede entender que el párrafo e) del artículo 5.1 permite internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas que predominan en una determinada sociedad. No hay que olvidar que el objeto de este precepto es garantizar que no se despoje a nadie arbitrariamente de su libertad⁵⁵.

La problemática se suscita en torno a la necesidad de autorización judicial cuando el internamiento se refiere a personas mayores que no tienen capacidad para decidir por sí mismas, al hallarse afectadas por trastornos de carácter degenerativos o propios de la edad cuando deban ser ingresadas en centros geriátricos o residencias de carácter asistencial.

El origen de la polémica en torno al internamiento involuntario de personas que padecen un trastorno psíquico o no tienen capacidad para decidir de forma voluntaria su ingreso en centros geriátricos se encuentra en que no existe una regulación especial en nuestro ordenamiento jurídico, sin que el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se refiera específicamente a este supuesto. La cuestión fundamental se centraría en determinar si este artículo es aplicable a los internamientos en centros geriátricos y, por tanto, si estos internamientos requieren autorización judicial y si se ha de llevar a cabo conforme al procedimiento establecido en dicho precepto⁵⁶.

La doctrina y la jurisprudencia están claramente divididas en cuanto a su concreta aplicación, distinguiéndose dos posturas contrapuestas.

El criterio restrictivo, que reserva únicamente la aplicación del artículo 211 del Código Civil –en la actualidad, artículo 763 Ley de Enjuiciamiento Civil– a los internamientos de personas con problemas de salud mental en centros psiquiátricos, y niega su aplicación a otros centros de internamiento en centros geriátricos, lo podemos encontrar, entre otros, en el auto de la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de febrero de 1999, que

⁵⁵Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Winterwerp contra Holanda. Sentencia de 24 octubre 1979. Apartado 37.

⁵⁶Rodríguez Álvarez, Ana (2012): "Sobre el internamiento de ancianos no incapacitados en centros geriátricos". En *Diario La Ley*, n.º 7958, pág. 4.

establece, en su fundamento de derecho segundo, que el artículo 211 del Código Civil:

[...] somete a control judicial los internamientos de personas presuntamente incapaces desde el punto de vista jurídico, sometimiento que no es más que una garantía del derecho a la libertad individual consagrado en el artículo 17 de la Constitución. [...] Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo citado, conduce siempre a la misma conclusión: las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces, si su permanencia en centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Siguiendo el mismo criterio restrictivo, el auto de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, de 28 de marzo de 2006, indica, en su fundamento jurídico segundo:

[...] cuando ingresa en un centro de atención a personas mayores no psiquiátrico, como es el caso, persona incapacitada legalmente, por entenderlo su tutor más conveniente, lo que hace es dar cumplimiento a su obligación de alimentos prescrita en el artículo 269.1 del código civil en el amplio sentido de su artículo 142, bastando con informar al Juez de su situación como prescribe el apartado 4º de dicho precepto.

En oposición al anterior criterio, encontramos otra opinión manifestada por algunas resoluciones judiciales, de entre las que cabe destacar el auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 133/2011, de 21 de junio, así como por la Fiscalía General del Estado en su Instrucción de 7 de mayo de 1990, número 3/1990⁵⁷, que considera que el artículo 211 del Código Civil es de aplicación no solo a los internamientos en centros psiquiátricos, sino a toda clase de internamientos en los que la persona, por padecer una enfermedad mental, no puede prestar su consentimiento de forma válida.

⁵⁷ <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/instruccion03_1990.pdf?idFile=65700ff4-e231-46ba-afcf-b462022a3470> [consulta: 21/04/2015].

No existe razón alguna para excluir las enfermedades mentales propias de los ancianos. La restricción por el tipo de enfermedad o deficiencia carece de sentido. Lo importante es que la persona que la padece no puede consentir.

Se ha destacado, en esta misma línea, que la normativa aplicable al internamiento de personas mayores por padecer enfermedad psíquica de carácter persistente que les impide autogobernarse, o prestar válidamente su consentimiento es la misma que tiene que aplicarse al internamiento de cualquier persona con una enfermedad mental en un centro hospitalario o de salud mental, sin que, por motivos de edad, pueda discriminarse a los ancianos.

Los partidarios de esta interpretación extensiva también señalan que, para que el internamiento de un anciano que no está en condiciones de tomar esa decisión por él mismo esté justificado, será estrictamente necesario, como presupuesto material, la existencia de un trastorno psíquico y que sea aconsejable el internamiento en su beneficio. Además del requisito material de la existencia del trastorno psíquico, es necesario, para que la conducta esté justificada, que se observe el procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que requiere la autorización judicial en los internamientos de las personas que no están en condiciones de decidirlo por ellas mismas.

Prescindir del control judicial de los internamientos de los ancianos podría dar lugar a que los internamientos se produjeran cuando no fueran necesarios o que se prolongaran en algunos casos más tiempo del debido. Además, sería inconstitucional, por suponer una discriminación por razón de la edad, precisamente en un momento de la vida en que la persona es más vulnerable. De ahí la importancia de este requisito, que constituye un elemento esencial para que el internamiento sea conforme a derecho⁵⁸.

⁵⁸Couto Gálvez, Rosa María; Mirat Hernández, María Pilar; Armendáriz León, Carmen (2007): *La protección jurídica de los ancianos: procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen: el internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid: Colex, pág. 133.

Dentro de esta postura amplia, algunos autores han mantenido que, a falta de una previsión legal sobre el internamiento de las personas mayores que no pueden prestar válidamente su consentimiento, parece razonable admitir, en ciertos supuestos, la aplicación analógica del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, cuando se trata de personas mayores que tienen afectadas sus facultades intelectuales y volitivas, como consecuencia de una demencia severa o enfermedad degenerativa, resulta conveniente exigir la preceptiva autorización judicial, siempre que las circunstancias aconsejen su internamiento en un centro. La intervención judicial permitirá garantizar los derechos de la persona afectada que no se encuentra en condiciones de prestar su consentimiento, decidiendo en su beneficio si procede o no autorizar el internamiento⁵⁹.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su auto 133/2011, de 21 de junio, es partidaria de la tesis que defiende la necesidad de autorización judicial previa en los supuestos de internamientos geriátricos de ancianos afectados por algún tipo de trastorno psíquico, y que el cauce adecuado es el procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme establece en su fundamento de derecho segundo.

Conforme indica en su fundamento de derecho tercero:

[...] lo que verdaderamente ha de tenerse por decisivo no es tanto el tipo de establecimiento cuanto el hecho capital de que el sujeto carezca de discernimiento para decidir sobre el internamiento y de que se trate de establecimiento donde la persona ingresada esté privada de libertad deambulatoria. Que el internamiento sea en un centro especializado para enfermos mentales o en un geriátrico en nada modifica lo sustancial: el internamiento no voluntario como medio de prestar la asistencia necesaria al estado y condiciones del sujeto.

⁵⁹Mesa Marrero, Carolina (2008): "Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia". En *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. Madrid: Reus, págs.112-113.

Según el fundamento de derecho cuarto del auto de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 21 de junio de 2011:

[...] las deficiencias y enfermedades seniles de orden mental, propias de la tercera edad, son abarcadas por el concepto de <trastorno psíquico> a que se refiere el artículo 763 de la ley de enjuiciamiento civil, [...] La realidad geriátrica se comprende dentro del amplio concepto de <salud mental>. Así se deduce del texto de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad en su artículo 2, al tratar de la salud mental y de su tratamiento en el ámbito comunitario, dice que se considerarán de modo especial los problemas relativos a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, regula el internamiento en su artículo 212-4. Se refiere al internamiento de una persona en un establecimiento especializado por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva. Este internamiento requiere autorización judicial previa si su situación no le permite decidir, cualquiera que sea su edad. La referencia al internamiento por enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva, por lo menos en el ámbito de Cataluña, entendemos que supone que la regulación de los internamientos es aplicable también a la autorización del internamiento en centros geriátricos de personas que padecen enfermedades degenerativas y no pueden decidir por sí mismas.

Entendemos que, en todo caso, debería comprobarse con carácter previo al internamiento si el sujeto afectado por la medida ha otorgado instrucciones previas, con la finalidad de respetar, en la medida de lo posible, su voluntad⁶⁰.

Algunas comunidades autónomas están creando mecanismos o instituciones para controlar y proteger la situación de abandono o desamparo en que se encuentran muchas personas mayores: la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de la Asamblea de la Comunidad de Madrid; el letrado defensor del anciano, en Asturias, como figura

⁶⁰Álvarez Álvarez, Henar (2013): "Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil". En Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva, Luis Antonio y Ortega Domench, Jorge (coords.) (2013): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José RamsAlbesa*. Madrid: Dykinson, pág 36.

creada por la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano del Principado de Asturias, son muestras de ello.

En Andalucía, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dispone, en su artículo 45.1:

[...] ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.

En cuanto a la protección de las personas mayores por el Derecho Civil de Cataluña, dentro de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma establecidas en el artículo 9.2. del Estatuto de Autonomía de Cataluña en materia de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, articulándose, en concreto, en el ámbito de la asistencia o bienestar social, se han dictado tres leyes, de signo proteccionista, a favor de las personas mayores, a fin de evitar su soledad o su aislamiento en instituciones geriátricas.

Estas tres leyes son: la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, que ha sido derogada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, que pasa a regular las relaciones convivenciales de ayuda mutua en el artículo 240; la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, que regula el contrato de acogida de personas mayores; y la Ley 11/2001, de 13 de julio, que tiene por objeto la acogida familiar de personas mayores como servicio social.

Las tres leyes mencionadas se basan en las formas de convivencia presentes en la sociedad catalana, al margen de las relaciones matrimoniales y de las uniones estables de pareja. Son formas de convivencia entre personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda habitual,

poniendo en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico con voluntad de ayuda mutua y permanencia⁶¹.

En el ámbito internacional, en el año 1982 la I Asamblea Mundial de Envejecimiento aprobó el Plan Internacional de Viena sobre Envejecimiento. Este documento, aprobado por la Asamblea General, señala detalladamente las medidas que deberían adoptar los estados miembros para garantizar los derechos de las personas mayores en el ámbito de los Derechos Humanos. Posteriormente, en el año 1991, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó los Principios a favor de las Personas de Edad. Debido a su carácter programático, constituye también otro importante documento en este contexto la Resolución 46/1991, de 16 de diciembre de 1991, sobre la Aplicación del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y Actividades Conexas⁶². La acción en materia de envejecimiento continuó en 2002, con la celebración en Madrid de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Con la finalidad de diseñar una política internacional sobre el envejecimiento para el siglo XXI, se adoptó una Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento⁶³.

El Instrumento de Ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, establece en su artículo 14:

[...] los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona, b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

⁶¹Villagrasa Alcaide, Carlos (2002) "La protección de las personas mayores por la Legislación vigente en Cataluña". En Villagrasa Alcaide, Carlos (coord.) (2002): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona: Cedecs, págs. 76-87.

⁶²Villagrasa Alcaide, Carlos (2002). "Iniciativas Internacionales y reivindicaciones sociales de las personas mayores". En Villagrasa Alcaide, Carlos (coord.) (2002): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona: Cedecs, págs 167-169.

⁶³<<http://www.un.org/es/globalissues/ageing/>> [consulta: 26/04/2015].

El artículo 4, apartados g) y h) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, regula, entre sus derechos, el de “decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial” y el del “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”.

El ordenamiento jurídico estatal contempla, por primera vez, una previsión explícita sobre el derecho del interesado a rechazar el ingreso en un centro residencial⁶⁴. Este derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial requiere que, en tanto no se apruebe otro procedimiento, el aplicable sea el previsto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Internamiento no Voluntario por Razón de Trastorno Psíquico, de forma que, en aquellos supuestos en que la persona en situación de dependencia vea comprometida su libre decisión sobre el ingreso en un centro residencial o geriátrico, se resuelva en vía judicial el interés al que se deba dar preferencia⁶⁵.

El órgano encargado de la supervisión de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; esto es, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado por el Estado español ante el mismo en septiembre de 2011, en relación con el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, regulado en el artículo 19 de la Convención, ha manifestado su preocupación ante la posibilidad de que la elección de residencia de las personas con discapacidad se vea limitada por la disponibilidad de los servicios necesarios, así como por el hecho de que, según se informa, quienes viven en establecimientos residenciales no tienen otra alternativa que ese internamiento. El Comité alienta a España a que proporcione la financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en condiciones de igualdad con los demás, teniendo acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio y a

⁶⁴ Moretón Sanz, María Fernanda (2010): “La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores”. En Montoya Melgar, Alfredo (coord.) (2010): *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, tomo I. Madrid: Dykinson, pág. 612.

⁶⁵ *Ibidem*, págs. 617, 618.

otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal. Recomienda, asimismo, que se amplíen los recursos para asistentes personales a todas las personas con discapacidad, en función de sus necesidades⁶⁶.

Además de toda la legislación proteccionista a la que hemos aludido y del control que sobre las residencias y centros geriátricos debe ejercer la Administración Pública, es posible, para corregir privaciones de libertad injustas o abusivas en las que pudieran encontrarse las personas mayores en los centros geriátricos, aplicar las disposiciones previstas en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 mayo, de Regulación del Procedimiento de “Habeas Corpus”, al referirse dicha ley, expresamente, a las personas que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.

Consideramos que la ley orgánica que deberá regular los internamientos involuntarios, cumpliendo, de esta forma, el requerimiento efectuado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, por la que se declara la inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debería referirse expresamente a los internamientos en centros geriátricos⁶⁷, y tener cuenta si el sujeto afectado por la medida ha otorgado instrucciones previas con la finalidad de respetar su voluntad.

Estando en juego la libertad de la persona y su salud, es necesaria una reforma legal que clarifique la situación tanto a los profesionales de la justicia y de la

⁶⁶ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>> [consulta: 07/04/2014]. *Vid.* puntos 39-42.

⁶⁷ DuertoArgemí (1995) considera que la regulación actual del internamiento forzoso o involuntario es totalmente inadecuada para preservar los derechos de los que, además de por su edad avanzada, se ven desamparados por padecer deficiencias que presuntamente los incapacitan: “Sería necesario promover una reforma de la actual legislación teniendo en cuenta la realidad social”. (DuertoArgemí, Teresa (1995): “Los internamientos en residencias de la tercera edad y en centros de educación especial”. *En Estudios del Ministerio Fiscal Número III*. Madrid: Ministerio de Justicia e interior. Secretaría General Técnica, pág. 21).

medicina como a las personas afectadas y a sus familiares, dando respuesta y seguridad jurídica a todas las cuestiones que plantea esta problemática⁶⁸.

⁶⁸RaduàHostench, Joan-Maria (2013): "Questions a l'entorn dels internaments no voluntaris". En *Mónjurídic: butlletí del Col·legid'Advocats de Barcelona*, n.º 278, pág. 16. <http://www.icab.cat/files/242-389457-DOCUMENTO/MJ.278%20BAJA.pdf> [consulta: 21/04/2015].

2.3. CLASES DE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO: INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO URGENTE E INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO ORDINARIO

En nuestro ordenamiento jurídico se distinguen dos vías por las que quien sufre un trastorno psíquico puede ser sometido a tratamiento en régimen de internado, según pueda prestar o no su consentimiento: el internamiento voluntario o el involuntario, y dentro de este último se distingue el que tiene lugar con carácter de urgencia y el que se lleva a cabo por orden judicial.

Será voluntario el internamiento cuando el afectado, pudiendo hacerlo, presta su consentimiento. La persona que voluntariamente se somete a un tratamiento psiquiátrico en centro cerrado constituye una relación contractual con el centro sanitario y los servicios profesionales.

Para perfeccionar este contrato es preciso el consentimiento del enfermo, del médico que le admite y del centro que le acoge. El consentimiento del enfermo ha de ser personal y por escrito⁶⁹.

El internamiento voluntario carece de regulación en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de que quede sometido a la regulación que pudiera existir sobre el ingreso en establecimientos sanitarios, sociales o socio sanitarios. Ello plantea problemas en orden a la aplicación del consentimiento informado en estos casos.

El derogado Decreto de 3 de julio de 1931 sí regulaba, en el artículo 9, la documentación exigida en el caso de los internamientos voluntarios; por lo que, no pareciendo ser contraria al artículo 17 de la Constitución de 1978 la regulación sobre este aspecto, acaso hubiera sido conveniente haber dejado vigente la indicada norma en este punto hasta contar con una nueva regulación, en lugar de provocar, mediante la derogación indiscriminada del referido decreto, un vacío legal que hoy en día subsiste⁷⁰.

⁶⁹Chimeno Cano, Marta (2001): "El internamiento Psiquiátrico forzoso en Cataluña: Análisis del artículo 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil". En *Revista Jurídica de Cataluña*, volumen 100, n.º 2: pág.338.

⁷⁰Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (*op. cit.*, pág. 80).

El internamiento voluntario quedará al margen del control judicial mientras no haya vicios que invaliden el consentimiento, al tratarse de un acto de la esfera privada de la persona, que ha de quedar amparado por el derecho fundamental a la intimidad y al secreto profesional. La convalidación judicial del ingreso voluntario será precisa cuando en el momento del ingreso haya vicios que invalidan el consentimiento del enfermo, o cuando, con posterioridad al ingreso voluntario, el paciente pierde la capacidad de decidir.

Así lo dispone el artículo 212-6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, al establecer la obligación de comunicar a la autoridad judicial el ingreso, para posterior convalidación de la medida, cuando la persona, voluntariamente internada, se halla en una situación de no poder decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento. Entendemos que sería conveniente una norma de similar contenido en la legislación estatal.

En cuanto a los internamientos involuntarios, en los que el afectado no presta su consentimiento o no está en condiciones de hacerlo, distinguimos dos supuestos: el internamiento ordinario y el urgente.

El internamiento ordinario se caracteriza por la inexistencia de una situación de urgencia, por lo que no se procede al internamiento hasta que no exista una resolución judicial que lo acuerde tras el procedimiento legal aplicable.

Autorizada la medida de internamiento, esta no tiene por qué ponerse necesariamente en práctica, ya que estará a expensas de lo que los profesionales del centro en el que se pretenda llevar a cabo el internamiento puedan determinar acerca de la necesidad de prestar el tratamiento o de asumir los cuidados en régimen cerrado, o si, por el contrario, no es preciso, ni conveniente, internar al interesado, por resultar suficiente, dadas las circunstancias del caso, la atención en régimen ambulatorio, en dispositivos intermedios o a domicilio.

Por tanto, existe la posibilidad de que, pese a la existencia de una autorización judicial para proceder al internamiento, este no se lleve a cabo, incluso aunque el dictamen facultativo con que preceptivamente debe contar la autoridad

judicial para adoptar la decisión correspondiente haya aconsejado conceder la autorización solicitada.

La medida cautelar adoptada en el curso del proceso de incapacitación, prevista en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, tiene otros efectos, ya que la decisión judicial prevalece sobre la hipotética opinión facultativa de signo contrario. En estos casos, por tanto, el internamiento no se autoriza, sino que, más propiamente, se ordena.

En cuanto al contenido de la autorización, se puede sostener que el juez no debe inmiscuirse en la determinación del centro concreto donde debe llevarse a cabo el internamiento. Es este precisamente el criterio expuesto por la Fiscalía General del Estado en la Consulta 2/1993, de 15 de octubre, en la que se señala lo siguiente:

“[...] el Juez se limita a autorizar el internamiento a fin de que un tratamiento pueda prestarse en régimen de privación de libertad, ya sea absoluto o con algunas intermitencias, pero el Juez no ordena el internamiento en un Centro determinado y con un tratamiento específico, sino que todo ello quedará sujeto al régimen interno del centro asistencial⁷¹.

Sin embargo, no existiría obstáculo e, incluso, podría ser conveniente que, como ha sido propuesto por la doctrina, el juez determinara genéricamente el tipo de establecimiento en el que queda autorizado el internamiento: todo ello, sin perjuicio de que sea imprescindible que el ingreso se comunique al juzgado correspondiente, al objeto de que pueda realizar el control del internamiento, y sin que tampoco sea necesaria autorización judicial para el traslado de un centro a otro, si bien dicho traslado también deberá ser comunicado a la autoridad judicial a los efectos del control periódico del internamiento. No puede, por tanto, compartirse la tesis de que el promotor de la solicitud debe especificar el centro concreto en el que se producirá el internamiento, para lo

⁷¹ <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/consulta02_1993.pdf?idFile=41df6f5b-0981-425a-8b21-16d564478c0a> [consulta: 17/05/2015].

cual se aduce que las condiciones materiales y personales del establecimiento pueden ser, en ocasiones, determinantes para conceder o no la autorización.

La concesión de la autorización es por una sola vez, de modo que se agota con su uso. Será, por tanto, imprescindible una nueva autorización una vez que la persona internada haya sido dada de alta, para cada uno de los internamientos sucesivos de carácter involuntario.

Mayores problemas ofrece, ante el silencio de la ley, la determinación del plazo en que debe utilizarse la autorización, si, por las circunstancias que fueren, no se hace efectiva de inmediato. Con todo, no parece que aquel pueda ser muy dilatado, pues, en caso contrario, podrían haber variado las circunstancias que aconsejaron al juez conceder la autorización. Un precedente, en este sentido, es el recogido en el derogado Decreto de 3 de julio de 1931, que estableció, en los ingresos por indicación médica, un plazo de diez días desde la fecha del certificado médico para que el internamiento se produjera, conforme establecía en el artículo 10. En todo caso, a falta de previsiones legales sobre este aspecto, nada parece oponerse a que en la resolución judicial se fije un plazo máximo para que se haga uso de la autorización concedida⁷².

La regla general, al menos en un plano teórico, es la autorización previa del internamiento. Esta regla quiebra en los casos de urgencia, en los que la autorización queda sustituida por la posterior ratificación judicial del ingreso. En el internamiento urgente se permite ingresar a una persona en un determinado centro sin contar con autorización judicial previa. La urgencia presupone la existencia de un peligro inminente para el aquejado por problemas mentales. Basta, en estos casos, con que el juez a quien el responsable del centro de que se trate debe comunicar la adopción de tal medida dentro del plazo de veinticuatro horas la ratifique dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que tiene conocimiento de tal hecho.

⁷²Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (op.cit., págs. 64-66).

La admisión de una persona con problemas de salud mental en el centro psiquiátrico corresponde en exclusiva al médico responsable del centro donde se presente. El médico tiene absoluta potestad para inadmitirlo si no aprecia una necesidad perentoria. La determinación de la urgencia corresponde al médico que admite al enfermo bajo criterios exclusivamente médicos.

El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que el deber de comunicar el ingreso urgente recaerá sobre “el responsable del centro”, expresión cuya interpretación, en orden a determinar a quién puede referirse exactamente, ofrece algún margen a la duda. Por ello, hubiera sido deseable que el legislador hubiera sido más explícito, en especial si se tienen en cuenta las consecuencias que pueden derivarse de la omisión de la comunicación.

El Decreto de 3 de julio de 1931 era, en este extremo, más concreto, por cuanto hacía recaer en el médico director del establecimiento el deber de comunicar el ingreso, sin perjuicio de abrir la posibilidad de que este médico delegara en otros médicos del establecimiento en caso de enfermedad. Un criterio similar se ha seguido, en Cataluña, en el artículo 212.5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, que mantiene el criterio que seguía la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

Una vez admitido el enfermo, corresponde al médico que autorizó el ingreso comunicarlo al juez del partido judicial donde radique el centro, dentro del plazo de 24 horas, según el artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta comunicación dará lugar a la incoación de oficio del expediente de internamiento para la posterior convalidación de la medida.

El auto resolutorio del procedimiento urgente tendrá carácter convalidatorio de la medida ya aplicada, a diferencia del auto o sentencia del procedimiento ordinario, que es condición previa para el internamiento. La ratificación del internamiento deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que aquel llegue a conocimiento del tribunal.

Es criticable la regulación establecida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto no ha establecido los plazos en los que han de desarrollarse las actuaciones, cuando se trate de autorización para el internamiento; ni ha señalado siquiera, como criterio orientativo general, la necesidad de que se practiquen en el plazo más breve posible, dada su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad⁷³.

El internamiento psiquiátrico de personas menores de edad exige, en cuanto a la constatación del trastorno psíquico, los mismos requisitos que exige para los adultos. Como única especificidad, el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que “el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, ha declarado la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que posibilitan el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de la norma, que sigue estando vigente; pero el Tribunal Constitucional insta al legislador a que regule esta materia mediante ley orgánica, ya que, al tratarse de una medida privativa de libertad, solo puede ser regulada por una norma de este rango.

Para que podamos hablar de una causa legítima de internamiento, la autoridad judicial ha de ajustar su resolución a una serie de presupuestos mínimos que han sido definidos por la doctrina emanada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la sentencia del caso Winterwerp contra Holanda, de 24 de octubre de 1979, establece, en su párrafo 39:

[...] para privar al interesado de su libertad se requiere, salvo en casos urgentes, haber justificado suficientemente su enajenación. La naturaleza misma de lo que es necesario demostrar ante la autoridad nacional competente exige una peritación médica objetiva. Además, la

⁷³Marín López, Juan José (1999): “Los locos y su libertad...” (*op. cit.*, pág. 231).

perturbación tiene que ser de unas características y de una amplitud que justifiquen el internamiento. Más aún el internamiento no puede prolongarse válidamente si no persiste semejante perturbación.

El internamiento no puede prolongarse válidamente si no persiste semejante perturbación, por lo que el internamiento devendrá en ilegítimo si no subsisten las causas que lo motivaron. La autorización de internamiento se otorga para que el médico pueda legítimamente aplicar una terapia con privación de libertad del enfermo y contra su voluntad, por lo que es al médico a quien corresponde dar el alta al enfermo, si considera que la medida ya no es precisa al haber cumplido sus objetivos.

El Tribunal Constitucional ha señalado la legalidad del internamiento de un enajenado, prevista expresamente en el artículo 5.1.e) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Así, el internamiento ha de cumplir tres condiciones mínimas, según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar dicho artículo en su sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp). Estas condiciones son: (a) haberse probado la enajenación mental del interesado, por medio de un dictamen pericial objetivo; (b) la perturbación mental debe tener un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y (c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que lo originó⁷⁴.

En cuanto al internamiento urgente, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en la citada sentencia, se configura, como presupuesto objetivo de la medida, que la persona afectada por esta medida tenga un trastorno psíquico. a lo que debe unirse la urgencia o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. Asimismo, la procedencia de la medida y su duración deben satisfacer los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

⁷⁴Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda 141/2012, de 2 de julio, fundamento jurídico tercero.

Podemos distinguir una fase extrajudicial del internamiento urgente, así como una fase judicial. La fase extrajudicial exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: (a) existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifica el internamiento inmediato; (b) información al afectado o su representante sobre los motivos del internamiento; (c) obligación del centro de comunicar el internamiento y las causas que lo justificaron a la autoridad judicial competente en el plazo de veinticuatro horas, tratándose de un plazo máximo; (d) control posterior sobre el centro. Desde el momento en que el centro comunica el internamiento y los motivos que lo justificaron a la autoridad judicial competente, para que esta resuelva sobre él, la persona internada pasa, a efectos legales, a disposición del órgano judicial.

En cuanto a la fase de control judicial en el internamiento urgente, el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece un plazo de 72 horas desde que el centro comunica la adopción de la medida de internamiento urgente al juzgado competente, con la finalidad de que en ese plazo practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cese.

El juicio de ratificación comprende tanto la consideración del estado mental del interno en el mismo momento en que tienen lugar las pruebas judiciales sobre su persona, como el examen de la procedencia del internamiento en el momento de su adopción por el responsable sanitario.

Las garantías de la fase judicial del internamiento urgente son tres: (a) La autoridad judicial ha de informar al interno o a su representante legal de su situación material y procesal y, conforme regula expresamente el apartado 3 del artículo 763, deberán, asimismo, ser informados de su derecho a contar con un abogado y un procurador en ese trámite, así como de su derecho a la práctica de pruebas; (b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno, la autoridad judicial proveerá la práctica del reconocimiento pericial; (c) Una de las fundamentales garantías la constituye el límite temporal de 72 horas del que dispone el juez para resolver. Este plazo se configura como improrrogable, sin que pueda mantenerse el internamiento de la persona si a su expiración no se ha ratificado la medida.

El control periódico del internamiento viene exigido por la necesidad de constatar que subsisten las circunstancias que dieron lugar al mismo, ya que, como declara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aquel no puede prolongarse válidamente si no persiste el trastorno mental con unas características y una amplitud que justifiquen su continuación. Por su propia naturaleza, la privación de libertad que el internamiento significa parece exigir un control posterior a intervalos razonables.

El artículo 763.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, parece dar a entender que la competencia para llevar a cabo el control del internamiento corresponderá a la autoridad judicial que lo haya autorizado; es decir, la del lugar de residencia de la persona afectada, en el caso de un internamiento ordinario, o la del lugar en que radique el centro, en el supuesto de un internamiento urgente. Así parece, en efecto, desprenderse del precepto, al ordenarse que “en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal”⁷⁵: Cuando, una vez autorizado el internamiento, la persona internada sea trasladada, el juzgado del lugar adonde es trasladada la persona internada asume el control del internamiento, conforme dispone la sala de lo civil del Tribunal Supremo en el auto de 27 de marzo de 2012. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal señale un plazo inferior.

La ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña se refiere a los internamientos en los artículos 212-4 y 212-5. Así, el artículo 212-4 establece la necesidad de autorización judicial previa para realizar un internamiento en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva, si su situación no le permite decidir por sí misma, cualquiera que sea su edad.

⁷⁵Aznar López(2000) considera, por razones de eficacia, que sería más razonable que fuera el juez del lugar en que está ubicado el establecimiento donde se ha producido el internamiento el que llevase a cabo el control del mismo. (Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (op. cit., pág. 85).

El artículo 212-5 regula el internamiento urgente, estableciendo que no será necesaria autorización judicial previa si existe una causa de urgencia médica constatada por un facultativo, fundamentada en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo o para su integridad física o psíquica o para la de otras personas, que requiera un internamiento sin dilación.

El director del establecimiento donde se haga el internamiento debe comunicarlo a la autoridad judicial de donde se encuentre el establecimiento en el plazo de veinticuatro horas. Esta autoridad judicial deberá ratificar o dejar sin efecto el internamiento, en el plazo de setenta y dos horas desde la recepción de la comunicación del internamiento.

El plazo para revisar el internamiento no puede exceder de dos meses, de manera que el director del establecimiento deberá informar periódicamente sobre la situación de la persona internada. A petición del director del establecimiento, la autoridad judicial podrá acordar, dada la situación de la persona internada, que los informes sucesivos se emitan en plazos superiores, sin que puedan exceder de seis meses.

El apartado sexto prevé el cambio de circunstancias en un internamiento inicialmente voluntario cuando el paciente ya no está en condiciones de decidir su continuación. En este caso, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación.

Cuando, una vez autorizado el internamiento, la persona internada sea trasladada, el juzgado del lugar adonde es trasladada la persona internada asume el control del internamiento. Este control consiste no solo en que la autoridad judicial valore periódicamente la evolución de su enfermedad, sobre la base de los informes que reciba de los facultativos, sino también en que la audiencia de la persona afectada podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al formar parte de nuestro

ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución, según el criterio mantenido por la Sala Primera del Tribunal Supremo⁷⁶.

Respecto a los derechos civiles y políticos del internado, mientras el sujeto mayor de edad y no incapacitado permanezca internado en un centro cerrado, aunque mantenga plenamente su capacidad civil, será difícil que pueda ejercitar sus derechos. La ley no hace prevención alguna para garantizar sus intereses. La limitación de la libertad de la persona no justifica la desaparición fáctica de otros derechos fundamentales. Por tanto, se mantienen todos los derechos del interno, salvo los que sean necesarios para la eficacia del tratamiento.

En cuanto a la legitimación para promover el internamiento, esta no está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La falta de determinación de quienes pueden iniciar el procedimiento es una de las principales lagunas destacadas por la doctrina, al igual que lo que ya ocurría en las disposiciones del Código Civil.

Así, el artículo 211 del Código Civil estatal no establecía ninguna regulación sobre quiénes estaban legitimados para solicitar la autorización del internamiento. Ante ello, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 2/1984, de 8 de junio, siguió un criterio analógico, considerando, al efecto, que estarían legitimadas aquellas personas que, conforme a los artículos 202 y 203 del Código Civil estatal, lo estaban para promover la declaración de incapacidad. De acuerdo con este criterio, se consideraba que ostentaban la legitimación para instar el internamiento el cónyuge o los descendientes del interesado y, en su defecto, los ascendientes o hermanos, como también el Ministerio Fiscal si dichas personas no existían o no lo hubieran solicitado. Incluso se ha llegado a sostener doctrinalmente la legitimación de cualquier persona⁷⁷.

⁷⁶Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

⁷⁷.<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular02_1984.pdf?idFile=b3f30231-156c-4f29-bddd-4246d4ee8233> [consulta: 17/05/2015].

Dado que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, tampoco establece ninguna regulación sobre las personas legitimadas para promover el internamiento, siguiendo el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado, habría de acudirse, al derogar dicha ley los artículos 202 y 203 del Código Civil, al artículo 757 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula la legitimación en los procesos de incapacitación⁷⁸. A tenor de este precepto, la promoción del internamiento corresponderá al cónyuge o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a los descendientes, a los ascendientes o a los hermanos. En relación con el contenido de los preceptos que se derogan, son de destacar dos novedades: en primer lugar, se asimila al cónyuge a quien esté unido de hecho por análoga relación de afectividad; en segundo término, se sitúa en un plano de igualdad a todas las personas legitimadas, en contra de lo que sucedía en el artículo 202 del Código Civil, que consideraba legitimados a los ascendientes y hermanos tan solo en defecto del cónyuge y de los descendientes. Por su parte, el Ministerio Fiscal continuará estando legitimado en el caso de que las personas antes citadas no existan o no lo hubieran solicitado.

Con anterioridad a la modificación realizada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, la doctrina divergía sobre la necesidad de que los titulares de la patria potestad precisaran contar con autorización judicial para internar a sus hijos menores o, en su caso, a los mayores en situación de patria potestad prorrogada o rehabilitada. La innecesariedad de la autorización judicial en estos casos era defendida, mediante argumentos fundamentados, en el artículo 154 del Código Civil, a cuyo tenor la patria potestad ha de ejercerse siempre en beneficio de los hijos, al conllevar las obligaciones de velar por ellos y de representarlos.

Frente a este criterio, se aducía que, si bien era lógico que la patria potestad estuviera sometida a controles menos estrictos que la tutela, no lo era menos que el internamiento de un menor de edad precisara autorización judicial, al

⁷⁸ Sillero Crovetto, Blanca (2007): "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico". En Lasarte Álvarez, Carlos (dir.) (2007): *La Protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, pág.172.

afectar a un derecho inherente a la persona. Además, debía tenerse, en cuenta la desproporción que, en caso contrario, se derivaría de la necesidad de tener que contar con dicha autorización para actos de disposición patrimonial. De ahí se concluía que, en la medida en que afectaba a un derecho fundamental, el régimen del internamiento de un menor de edad sometido a la patria potestad habría de ser similar al previsto para el incapacitado sometido a tutela, por lo que resultaba aplicable el artículo 211 del Código civil⁷⁹.

Esta legitimación para instar el internamiento se ha entendido en la práctica en sentido muy amplio. Así, en la base de la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio, fue una trabajadora social la que solicitó al juez el internamiento. La incidencia que la medida tiene sobre el derecho fundamental a la libertad y el uso abusivo que en determinadas ocasiones puede hacerse de esa legitimación, entendemos que requieren un pronunciamiento expreso del legislador; más aún cuando, junto a esa corriente jurisprudencial favorable a un entendimiento amplio de la legitimación para instar la autorización judicial, convive otra mucho más restrictiva⁸⁰.

El internamiento urgente será necesariamente iniciado de oficio tras la comunicación a la autoridad judicial del ingreso en el centro médico. Dicha comunicación será realizada por el médico que admitió al enfermo en el centro psiquiátrico, en el plazo máximo de veinticuatro horas desde el internamiento.

En cuanto a la competencia territorial, en el supuesto del internamiento ordinario, el tribunal donde resida la persona que va a ser internada es competente para conceder o denegar la autorización judicial y, en caso de que el internamiento se produzca en una situación urgente, la competencia recae sobre el tribunal del lugar en que se encuentre el centro donde se haya producido el internamiento: en este último caso, para que ratifique o no la medida de internamiento.

⁷⁹Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (op. cit., págs. 50-53).

⁸⁰Marín López, Juan José (1999): "Los locos y su libertad..." (op. cit., pág. 226).

2.4. APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL APLICABLE

A pesar de que la doctrina mayoritaria califica el internamiento judicial como un proceso contencioso, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, lo sujetaba al procedimiento de la jurisdicción voluntaria. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula el procedimiento de internamiento dentro del libro cuarto, dedicado a los procesos especiales, y lo hace a continuación de las medidas cautelares del proceso de incapacitación, justo al final del capítulo, por lo que ahora ya no existe duda acerca del carácter contencioso de este procedimiento⁸¹.

El criterio tradicionalmente seguido por los instrumentos internacionales era considerar competente a la autoridad judicial del Estado donde se hallara el necesitado de protección. Así se definió la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo 22.3, que otorgaba competencia a los tribunales españoles para conocer “[...] en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona o bienes de los menores o incapacitados, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España [...]”. La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modifica el artículo 22 y añade el artículo 22 quáter, que establece la competencia de los tribunales españoles en esta materia, en sus apartados b y d. Conforme al apartado b), los tribunales españoles serán competentes “en materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes cuando estos tuviesen su residencia habitual en España”, y el apartado d) establece la competencia de nuestros tribunales “en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”. La competencia de los juzgados españoles en estos casos es exclusiva, en el sentido de que no será admisible

⁸¹ Aznar López (2000) critica la ubicación sistemática del internamiento dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (op. cit., págs. 9-14).

el reconocimiento de una resolución relativa a una medida de internamiento dictada en el extranjero para su ejecución en España.

La competencia objetiva se atribuye de forma tácita a los juzgados de primera instancia, al regularse, dentro del capítulo del juicio sobre capacidad: así se dispone expresamente en el artículo 756 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. De hecho, no corresponde necesariamente a los juzgados de familia, que por ley no asumieron esta competencia, y sí a los juzgados de incapacitaciones y tutelas que se hayan creado en algunas poblaciones como Madrid y Barcelona, al amparo de lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El nuevo artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, añadido por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece la competencia de los juzgados de primera instancia para autorizar el ingreso de un menor de edad en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta. Entendemos que en este caso la competencia correspondería a los juzgados de familia que se hayan creado en algunas poblaciones y no a los de incapacitaciones y tutelas, al regularse dentro del capítulo de los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

Podría plantearse si también puede adoptarse esta medida de internamiento prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dentro de la jurisdicción penal. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Sentencia 718/1993, de 31 de marzo, ha considerado, en su fundamento de derecho primero apartado c), que en sede penal también puede acordarse la medida de internamiento. Dispone, además, lo siguiente:

Es indudable que si las deficiencias persistentes de carácter psíquico que impidan a una persona gobernarse por sí misma, 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 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 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, [...] Es claro que en el sistema de doble vía del derecho vigente las medidas preventivas, aunque estén previstas fuera del Código Penal, puedan ser aplicadas por los Tribunales penales. Ello no excluye que en la etapa de ejecución en 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 Código Civil, es decir con intervención del Fiscal a estos efectos.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo resolvió, por auto de 18 de diciembre de 2009, número de recurso 13/2009, el conflicto negativo de competencia planteado por un órgano de la jurisdicción civil, en relación con el control del internamiento acordado por un juzgado de instrucción.

Así, el 15 de octubre de 2008, el magistrado-juez titular del juzgado de instrucción número 9 de Alicante, tras tomar declaración al detenido, D. Serafín, dictó un auto con base en los artículos 763 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En el auto acordaba el internamiento del detenido en la unidad de psiquiatría del Hospital Clínico de San Juan, para su evolución, estudio y tratamiento, hasta que las circunstancias médicas aconsejaran el cese de la medida. Acordaba, asimismo, librar testimonio de la resolución al juzgado decano para su reparto al juzgado de primera instancia que correspondiera, a fin de que vigilara la medida acordada.

El testimonio de la resolución del juzgado de instrucción fue repartido al juzgado de primera instancia número 12 de Alicante, el cual, después de escuchar al Ministerio Fiscal, dictó auto declarando su falta de competencia para conocer el asunto por corresponderle al juzgado de instrucción número 9 del mismo partido judicial. Recibidas al actuaciones por la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo, por auto de 18 de diciembre de 2009, se acordó declarar competente para todo lo relativo a la medida de internamiento de D. Serafín al juzgado de instrucción número 9 de Alicante.

El auto del Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho segundo, establece lo siguiente:

En verdad ninguna norma impide al Juez de Instrucción controlar la medida de internamiento por él mismo acordada como sustitutiva de la prisión provisional a la vista de la probable inimputabilidad del presunto autor de los hechos investigados, ni tampoco hay norma alguna que imponga el control de dicha medida por el Juez civil. [...] El Juez de Instrucción mantendrá en plenitud su propia competencia sobre el internamiento por él mismo acordado, a los exclusivos efectos del buen fin de las actuaciones penales, y ello no será obstáculo a que el Ministerio Fiscal promueva, en cumplimiento de la misión que el encomienda el apartado 7 del art. 3 de su Estatuto Orgánico, las actuaciones civiles procedentes con arreglo a los arts. 757.2 y 762.2 LEC.

Y señala, en el fundamento de derecho tercero:

Es al Ministerio Fiscal a quien legalmente corresponde, por tener conocimiento de la situación merced a las actuaciones penales, promover las actuaciones civiles correspondientes con la celeridad necesaria para evitar disfunciones como las que pueden producirse, y de hecho se producen, en estos casos.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, la competencia territorial venía determinada por el domicilio del presunto incapaz, tanto en los expedientes de internamiento judicial ordinario, sujetos a autorización judicial, como en los urgentes, sujetos a la posterior aprobación judicial.

Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, su artículo 763.1 atribuye la competencia para autorizar el internamiento ordinario al tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento. Y, en el caso de internamientos urgentes, la competencia para ratificar la medida corresponderá “al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento”.

Cuando, una vez autorizado el internamiento, la persona internada sea trasladada, el juzgado del lugar adonde es trasladada asume el control del internamiento:

“[...] El Juzgado del lugar a donde es trasladada la persona internada asume el control del internamiento consistente no solo en que el Juez valore periódicamente la evolución de su enfermedad, en función de los informes facultativos remitidos, sino también la audiencia de la persona afectada, que podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de trece de diciembre de dos mil seis, al formar parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud del artículo 96.1 de la Constitución Española, que establece: “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formaran parte del ordenamiento interno”, por lo que tal control en la forma descrita solo será efectivo si se realiza por el Juez del lugar donde está la persona internada⁸².

El derecho de defensa del sujeto a internar se garantiza a través del defensor judicial y del abogado defensor. El cargo de defensor judicial recaerá en el Ministerio Fiscal, si este no promueve el procedimiento⁸³. Si el Ministerio Fiscal hubiera promovido el procedimiento, el artículo 758 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme a la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el secretario judicial⁸⁴ les designará un defensor judicial, a no ser que este estuviere ya nombrado.

Al margen del defensor judicial, ha de nombrarse al demandado abogado y procurador, sin los cuales no podrá personarse en forma. El abogado y el procurador podrán ser de libre designación, o en su defecto, nombrados de oficio. La única excepción a la intervención preceptiva de abogado y procurador es que el Ministerio Fiscal intervenga como defensor judicial.

⁸²Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos, fundamento de derecho único.

⁸³Montero la Rubia, Javier (2008): “El Fiscal en el proceso de incapacitación”. En *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. Madrid: Reus, pág.72..

⁸⁴La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que, a partir de la entrada en vigor de esta ley, lo que se producirá el 1 de octubre de 2015, todas las referencias que se contengan en esta ley o en otras normas jurídicas a secretarios judiciales, deberán entenderse hechas a letrados de la Administración de Justicia.

La persona con problemas de salud mental tiene derecho a que se le designe un abogado de oficio. El párrafo 66 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de octubre de 1979, caso Winterwerp contra el Reino Unido de los Países Bajos, señala, en el párrafo 66, que el artículo 5.4 no exige que los individuos sometidos a vigilancia como enajenados tengan que ocuparse personalmente, antes de acudir a un órgano judicial, de encontrar un letrado que los represente; por lo que, si el sujeto no nombra un abogado de su libre designación, habrá de serle nombrado uno de oficio.

En nuestro derecho, según se tramite el internamiento se observará esta garantía de asistencia letrada. Si el internamiento se acomoda al proceso de incapacitación, el demandado tendrá necesariamente letrado, según los artículos 750.1 y 760.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cambio, si la medida de internamiento se tramita como expediente de jurisdicción voluntaria, el nombramiento de letrado es facultativo. La facultad de nombrar un letrado se regula en el artículo 763.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al prescribir lo siguiente:

[...] en todas las actuaciones la persona afectada por la medida de internamiento, podrá disponer de representación y defensa, en los términos señalados en el artículo 758 de la presente ley.

Es criticable que la ley no haya previsto la intervención preceptiva de abogado y procurador en los procedimientos de autorización de internamiento o de ratificación del internamiento urgente. Así, se da la paradoja de que, siendo el internamiento una medida que afecta a la libertad de las personas, al sujeto afectado se le da peor trato que a un detenido, al que, con independencia de ser o no mentalmente responsable, se le ha de nombrar necesariamente un letrado, conforme al artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Ley de Enjuiciamiento Civil establece como obligatorias la práctica de determinadas pruebas como el examen por parte del tribunal de la persona de cuyo internamiento se trate. Este examen lo ha de practicar la misma autoridad judicial que ha de resolver el expediente de internamiento. De ahí la necesidad de la intermediación, sin que sea posible su práctica por exhorto.

El juez debe oír el dictamen de un facultativo que él mismo designe. A este efecto, la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 2/1984, de 8 de junio⁸⁵, se pronuncia contra el hecho de que el facultativo elegido para informar sea un médico integrado en la plantilla del centro donde esté internado el paciente o donde intente realizarse el internamiento. Este pronunciamiento se realiza en aras de una mayor objetividad, tratando de ampliar hasta el máximo razonable las garantías a favor del internado.

Haciéndose eco de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 129/1999, de 1 de julio, el artículo 763.3 obliga a la autoridad judicial, antes de decidir sobre la autorización del internamiento o sobre la ratificación del internamiento urgente, no solo a las actuaciones que ya contemplaba el párrafo segundo del artículo 211 del Código Civil –que consisten en un examen personal, por la autoridad judicial, de la persona de cuyo internamiento se trate y en oír el dictamen del facultativo por él designado–, sino también a oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.

El procedimiento para la autorización del internamiento de los menores de edad goza de un plus de garantía, puesto que será, además, necesario el informe de los servicios de asistencia al menor; todo ello, a partir de la modificación realizada en su día por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y que se ha mantenido en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Dispone el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que el tribunal también dará audiencia a cualquier otra persona cuya comparecencia se estime conveniente o practicará cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, estableciéndose de este modo un sistema de investigación de oficio.

⁸⁵ <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/circular02_1984.pdf?idFile=b3f30231-156c-4f29-bddd-4246d4ee8233> [consulta 18/04/2015].

Practicadas las anteriores diligencias, y tras el informe del **Ministerio Fiscal**, la autoridad judicial debe adoptar una decisión en cuanto a la ratificación judicial del internamiento involuntario urgente practicado, o en cuanto a la autorización judicial del internamiento involuntario solicitado, mediante resolución debidamente motivada, la cual podrá ser objeto de recuso de apelación que no tendrá efectos suspensivos.

La doctrina, con la regulación del artículo 211 del Código Civil estatal, había considerado preceptivo el informe del Ministerio Fiscal, apoyando esta intervención por venir ya así determinada en el artículo 1815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, al afectar la solicitud a personas cuya protección tiene encomendada, o en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que prevé la actuación de oficio del Ministerio Fiscal en interés del menor o del incapaz. Con el precedente de la Ley de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, en la que se contemplaba el informe del Ministerio Fiscal, al Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha venido a esclarecer definitivamente este extremo, al prever expresamente que el juez deberá oír al Ministerio Fiscal antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento.

El artículo 211 del Código Civil estatal disponía también que la autoridad judicial pondría los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el artículo 203; es decir, para la promoción de la declaración de incapacidad, si así procediera por concurrir las causas establecidas legalmente para ello. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no venía obligado a promover aquella, por cuanto no todo internamiento ha de conllevar por fuerza la incapacitación del internado.

En cuanto a la regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el artículo 763.1 remite al artículo 753.3 de la misma ley. De los términos de estos preceptos se desprende que no resultará obligada la promoción de la declaración de incapacidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado la inconstitucionalidad parcial de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la citada ley, al no haberse regulado esta materia que afecta al derecho fundamental de la libertad mediante ley orgánica, e infringir, por tanto, los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. Sin embargo, esta declaración de inconstitucionalidad no conlleva la derogación de la norma que sigue vigente, instando el Tribunal Constitucional al legislador a que regule esta materia mediante ley orgánica.

El internamiento por razón de un trastorno psíquico tiene una vocación temporal, y no se concede para siempre, sino tan solo por el tiempo estrictamente necesario. La autorización es temporal pero no conlleva un plazo fijo, de tal modo que se prolongará hasta que desaparezca la causa que motivó el ingreso. Por este motivo, resulta lógico que corresponda a los facultativos prescribir el término del internamiento, pues son quienes mejor pueden advertir el estado de salud del paciente y la conveniencia de darle el alta. Eso sí, deberán comunicarlo al juzgado, para que pueda archivar el expediente y dar por concluida su labor de garante de los derechos del paciente.

Esto, que podía deducirse de la regulación anterior en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, queda explicitado en el artículo 763. 4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no dando lugar a la menor duda, dado que establece que “cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

Una vez sea ratificado o autorizado el internamiento, es obligación del tribunal proceder a su control, y aunque la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, como mínimo, cada seis meses los facultativos que atienden a la persona internada emitan informe sobre la necesidad de mantener la medida, ello no impide que estos informes sean presentados en inferiores plazos.

Según el artículo 211, párrafo tercero, del Código Civil estatal, la autoridad judicial debía revisar el internamiento en la misma forma en que se prestaba la originaria autorización; esto es, previa exploración judicial y con un nuevo informe médico. El artículo 763.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

Enjuiciamiento Civil, elude esta exigencia de la exploración judicial y se limita a imponer la obligación del centro psiquiátrico de informar periódicamente, cada seis meses, sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el juez pueda exigir cuando lo estime oportuno. Así, el artículo 763.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que, recibidos los informes del hospital psiquiátrico, “el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento”.

Consideramos que es claramente criticable la regulación que en esta materia hace la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ella no se establece con carácter preceptivo el examen personal de la persona internada por la autoridad judicial, ya que el apartado cuarto del artículo 763 únicamente se refiere a los informes de los facultativos que atiendan a la persona internada y “en su caso a la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles”. Dentro de estas prácticas no tiene por qué encontrarse dicho examen personal, entendiendo que no existe ninguna razón que justifique unas menores garantías en el control posterior del internamiento, pues los motivos que lo justificaron en su origen pueden dejar de existir al variar las circunstancias⁸⁶.

Se ha prescindido, por tanto, del carácter preceptivo del examen judicial y del informe de un facultativo antes de decidir sobre el mantenimiento del internamiento, lo que supone un importante menoscabo de las garantías de la persona internada⁸⁷.

Según el criterio mantenido por la Sala Primera del Tribunal Supremo, la audiencia de la persona afectada por el internamiento podría devenir obligatoria a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, al formar parte de nuestro ordenamiento interno⁸⁸.

⁸⁶García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental...* (op. cit., págs. 265-266).

⁸⁷Marín López, Juan José (1999): “Los locos y su libertad...” (op. cit., pág. 232).

⁸⁸Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 2012, número de recurso 41/2012, ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Se plantea si, en el caso de los menores de edad, es necesario, asimismo, el informe de los servicios de asistencia al menor. La duda, que ya existía respecto del artículo 211 del Código Civil, surge, en efecto, por el hecho de que este informe está citado en el párrafo segundo y no en el cuarto del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que una interpretación literal del precepto llevaría a sostener que tal informe no es preceptivo en el control periódico del internamiento.

Sin embargo, frente a esta interpretación literal, una exégesis lógica, sistemática o integradora del artículo 763 permitiría sostener que también, al llevar a cabo las revisiones del internamiento, la autoridad judicial debería contar con el informe de los servicios de asistencia al menor, interpretación que, además, vendría corroborada, desde una perspectiva teleológica, por la finalidad garantista del procedimiento revisorio.

El artículo 212-5 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, refuerza el control judicial del internamiento, al prescribir su revisión cada dos meses.

El internamiento concluirá cuando el tribunal así lo decida, una vez recibidos los informes preceptivos y practicadas las pruebas que se estimen necesarias, o porque los facultativos que atienden a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, en cuyo caso darán el alta médica al enfermo y lo deberán comunicar inmediatamente al tribunal competente. A este respecto, se ha puesto de manifiesto que, si la finalidad de la supervisión judicial del internamiento es la de garantizar que el derecho fundamental a la libertad no se limite arbitrariamente, carece de sentido que el juez se oponga a que el internado la recobre. Tan solo si el internamiento no ha sido autorizado por la vía del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino adoptado por la del artículo 762 Ley de Enjuiciamiento Civil, como medida protectora de naturaleza cautelar en el marco de la incapacitación, ello podría suponer una limitación a la decisión de los profesionales del centro de internamiento, que no

podrían dar de alta al presunto incapaz sin contar con la aprobación de la autoridad judicial que en su día ordenó el internamiento⁸⁹.

Un sector doctrinal ha destacado la posible contradicción de esta previsión con el papel relevante concedido a la autoridad judicial en la regulación del internamiento, considerando aconsejable su intervención cuando se deba decidir sobre estos internamientos⁹⁰.

El artículo 760 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que la sentencia que declare la incapacitación debe determinar su extensión y sus límites, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, debiendo pronunciarse, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763, en cuyo caso deben cumplirse todos los requisitos establecidos en este precepto.

El internamiento se puede considerar voluntario cuando una persona adulta y capaz presta su consentimiento expreso para ser ingresada en un establecimiento psiquiátrico cerrado, ya sea porque lo ha solicitado directamente o porque ha aceptado la propuesta realizada por un facultativo del establecimiento⁹¹.

El consentimiento que se requiere en el momento del internamiento debe mantenerse durante toda su duración. El internamiento involuntario es el que se produce por decisión de persona o personas distintas de la persona internada o cuando esta persona carece de capacidad suficiente para otorgar un consentimiento válido. El procedimiento a seguir en estos casos es el previsto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁸⁹ Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (*op. cit.*, pág. 91).

⁹⁰ Serrano Alonso, Eduardo (2006): "Arts. 202 a 214. {Derogados}". En Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio: *Comentario del Código Civil*, tomo 2. Barcelona: Bosch, pág. 566:

No encuentro lógica esta facultad concedida a los facultativos, pues lo aconsejable es que informen al Juez de su criterio contrario al internamiento para que sea aquél el que decida extinguirlo, modificarlo o mantenerlo.

⁹¹ Bardalet Viñals, Narcís (1995): "Los internamientos psiquiátricos desde la perspectiva médico-forense". En *Estudios del Ministerio Fiscal. Número III*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, pág.149.

La disposición contenida en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, constituye una excepción al principio contenido en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 24 de noviembre, sobre Derechos del Paciente, Información y Documentación Clínica, según el cual toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita su consentimiento libre y voluntario, una vez que haya recibido la información necesaria.

Salvo en los supuestos en los que el internamiento se ha acordado como medida cautelar prevista en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se dispone que los facultativos necesitarían autorización judicial para poder dar de alta a la persona internada, en el resto de los supuestos los facultativos pueden dar de alta a la persona internada con la única obligación de comunicarlo a la autoridad judicial que ha autorizado el internamiento.

Aunque se ha criticado por parte de la doctrina que no exista una intervención judicial cuando los facultativos deciden dar de alta al paciente internado, consideramos que, dado que la finalidad del internamiento en estos casos es solo terapéutica, el alta médica debe considerarse suficiente.

La decisión médica que acuerda poner fin al internamiento no es susceptible de ningún recurso. Por ello, si existe discrepancia con la decisión de los facultativos, las personas legitimadas únicamente podrían instar un nuevo internamiento con todos los requisitos que exige el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁹².

Podemos entender que la regulación del control de los internamientos que se recoge en el artículo 763.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, será de aplicación a los internamientos realizados bajo las anteriores regulaciones.

El artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prescribe que cualquier persona privada de su libertad por detención o internamiento tiene el

⁹² Torres García, Teodora Felipa.; Domínguez Luelmo, Andrés (2013): "Capítulo 15. La incapacitación" En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (Dir.): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra: Thomson Reuter, págs. 112-118.

derecho de interponer un recurso ante el órgano judicial para que resuelva en un plazo breve sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal. Contra el auto de internamiento cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días desde que la sentencia o el auto es notificado (artículos 455 y 734.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aplicado el artículo 525.1.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta apelación habrá de admitirse en ambos efectos, no siendo provisionalmente ejecutable. Contra la sentencia que resuelva el recurso de apelación, cabe recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 468 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y recuso de casación fundado bien en la tutela judicial civil de derechos fundamentales (artículo 477.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como en interés casacional (artículo 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El planteamiento de uno de estos recursos extraordinarios excluye al otro.

El recurso de amparo podrá ser interpuesto por quien considere vulnerados sus derechos fundamentales en el internamiento, una vez agotados todos los medios de impugnación contra la medida. Puesto que en el caso de los internamientos, las resoluciones judiciales deciden sobre la libertad de la persona, cabe acudir a la vía de amparo. El Tribunal Constitucional habrá de pronunciarse acerca de la legalidad del internamiento, tomando como puntos de referencia nuestro Texto Fundamental (artículo 17) y el Convenio Europeo de Derechos humanos. Deberá determinar, en consecuencia, si tal ingreso se ha producido en los casos y en las formas previstas en la ley. La sustanciación de este recurso se fundará en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya que al auto judicial de internamiento le será imputable “de modo inmediato y directo” la violación del derecho fundamental a la libertad personal que exige este precepto.

Queda abierta la vía del recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando se considere que la resolución del internamiento o el contenido de la medida se encuentran en oposición con las obligaciones que se derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Se podrá interponer recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotados todos los medios de impugnación internos, incluido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

La competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio. Están legitimados para interponer este recurso la Comisión, un Estado parte del Convenio, cuando la víctima sea un nacional suyo, la persona afectada por el internamiento y quien haya iniciado el caso ante la Comisión.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, añade un nuevo artículo 5 bis a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según el cual,

[...] se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esa revisión.

Por último, cabe hacer referencia a que todos los internamientos que no reúnan los requisitos del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán no regulares, y, en su virtud, susceptibles del procedimiento de *habeas corpus* de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, del Procedimiento de *Habeas Corpus*, cuyo artículo 1^a considera ilegalmente detenidas a las personas ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Algunos autores consideran que esta figura no es aplicable en el supuesto de internamiento ordinario por requerir previa autorización judicial. Estimamos que este planteamiento no es acertado, pues las condiciones de regularidad de esta privación de libertad no solo son exigibles al producirse el ingreso, sino que deben mantenerse durante todo el tiempo en que este ingreso se prolongue, ya que el procedimiento de *habeas corpus* es aplicable tanto a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales como a los supuestos de personas privadas de libertad a quienes no les sean respetados sus derechos⁹³.

⁹³García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental...* (op. cit., págs. 278-279).

Este procedimiento se configura como una “puesta a disposición” o comparecencia ante la autoridad judicial, que permite a la persona privada de libertad formular sus alegaciones a fin de que esta autoridad pueda resolver sobre la legalidad de la detención.

El internamiento ilegal constituye el tipo de la detención ilegal penalizado en los artículos 163 y siguientes de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal o 530 y siguientes del mismo texto legal. La realización del tipo requiere, bien la conducta de encerrar, bien la de detener; luego, en el internamiento se realiza el tipo. Ahora bien, siempre que se observe lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 763) la antijuridicidad quedará excluida, pues, para que tenga lugar la aplicación de la normativa penal, la privación de libertad debe producirse fuera de los casos permitidos por las leyes, cualquiera que sea la forma utilizada.

No se considerará detención ilegal aquella que esté amparada por un precepto legal. La detención típica es la ilegal, y para determinar en qué consiste la ilegalidad hay que recurrir a normas extrapenales; concretamente, en lo que atañe al internamiento, al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo permite sin previa autorización judicial cuando razones de urgencia lo hicieren necesario.

Es importante destacar que la ilegalidad debe ser entendida en sentido material, pues la mera adecuación formal a lo prescrito en las normas no basta para considerar legal una detención o internamiento arbitrario o inmotivado; es decir, el internamiento de un enfermo psíquico será conforme a Derecho cuando se lleve a cabo cumpliendo tanto los requisitos de procedimiento como los presupuestos materiales de justificación: así, en relación con estos últimos, la necesidad de tratamiento y que el régimen hospitalario sea el único medio eficaz de realizarlo. Tales garantías, además, deben ser interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España y, en concreto, con el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, que, en su artículo 5.1, prevé expresamente el internamiento de enajenados.

2.5. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DESTACADAS

En este apartado nos referiremos a las líneas jurisprudenciales que hemos considerado más relevantes sobre la regulación de los internamientos involuntarios, refiriéndonos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, por último, a los criterios seguidos sobre esta materia por las audiencias provinciales.

La sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre, ha declarado la inconstitucionalidad parcial de los párrafos primero y segundo del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al no haberse regulado los internamientos involuntarios que afectan al derecho fundamental de la libertad mediante ley orgánica, e infringir, por tanto, los artículos 17.1 y 81.1 de la Constitución. Sin embargo, esta declaración de inconstitucionalidad no conlleva la derogación de la norma, que sigue vigente, sino que el Tribunal Constitucional insta al legislador a que regule esta materia mediante ley orgánica.

El Tribunal Constitucional también se ha referido a los internamientos involuntarios en su Sentencia 141/2012, de 2 de julio. En esta sentencia indica los requisitos que deben cumplirse en los internamientos de urgencia y reitera el requerimiento que efectuó al legislador en su Sentencia 132/2010 a fin de que procediera a regular el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.

Conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, se consideracomo requisito necesario para la regularidad de los internamientos involuntarios urgentes en la fase extrajudicial la existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico que justifique la necesidad y proporcionalidad del internamiento inmediato, así como el ofrecimiento de información al afectado o a su representante legal sobre el internamiento y sus causas, existiendo una obligación del centro médico de comunicar a la autoridad judicial el internamiento y los motivos que lo justifican en el plazo de veinticuatro horas.

En la fase de control judicial las garantías que deben cumplirse en el internamiento involuntario de urgencia son las siguientes: la autoridad judicial ha de informar al afectado o a su representante legal sobre su situación material y procesal, especialmente, sobre su derecho a designar abogado y procurador, así como a solicitar la práctica de pruebas; además del examen directo del internado por la autoridad judicial, debe practicarse un reconocimiento pericial por un médico designado por la misma autoridad. Reviste especial importancia el límite temporal de setenta y dos horas del que dispone la autoridad judicial para resolver.

Conforme a la citada sentencia, el límite temporal de setenta y dos horas del que dispone la autoridad judicial para resolver constituye una de las principales garantías para que pueda considerarse que el internamiento es regular. La base constitucional de dicho plazo deriva del apartado primero del artículo 17 de la Constitución, conforme al cual toda persona tiene derecho a la libertad, sin que nadie pueda ser privado de ella sino con observancia de lo establecido en el mismo precepto y en los supuestos y forma que prevea la ley.

El plazo debe considerarse improrrogable, por lo que no puede mantenerse el internamiento de una persona si, una vez finalizado, no se ha ratificado la medida; tampoco cabe justificar la posible demora en el plazo en la excesiva carga de trabajo del órgano judicial, no pudiendo entenderse convalidado su incumplimiento en los supuestos en los que en un momento posterior se dicte una resolución judicial que confirme el internamiento.

En cuanto al cómputo del plazo de setenta y dos horas, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 182/2015, de 7 de septiembre⁹⁴, considera vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, a causa de una interpretación errónea sobre el “diez a quo” del límite máximo del que dispone la autoridad judicial para ratificar o revocar el internamiento psiquiátrico acordado extrajudicialmente. La Sentencia objeto del recurso de amparo considera que el inicio del plazo de setenta y dos horas se produce cuando efectivamente el asunto llega a conocimiento del órgano judicial competente para resolver, mediante su oportuno reparto por el Decanato, y no cuando se

⁹⁴Boletín Oficial del Estado núm. 245, 13 de octubre de 2015, Sec. TC, págs.. 95212-95221.

produce la comunicación por la autoridad médica. El Tribunal Constitucional considera que esta interpretación de los plazos de ratificación de la medida de internamiento es contraria a la efectividad del derecho fundamental afectado.

Finalizado el plazo, la autoridad judicial puede ordenar el internamiento, pero en estos casos el demandado debe estar en libertad una vez haya transcurrido el plazo de setenta y dos horas. La superación de dicho plazo conllevará la vulneración del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vamos a referirnos a la Sentencia de su sección cuarta, de 3 de julio de 2012, asunto X contra Finlandia, demanda número 34806. En ella se analiza, entre otros preceptos de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 5.1.e), según el cual toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad, y se establece que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos que se enumeran. Dentro de estos casos se incluye “la privación de libertad conforme a derecho de un enajenado”.

Según el apartado 148 de la sentencia, el cumplimiento del requisito de legalidad establecido en el artículo 5.1 e) no implica solo la exigencia de cumplimiento de la legislación nacional aplicable sino que también es necesario que la propia legislación sea conforme al Convenio, habiendo establecido el Tribunal, en el apartado 149, que para considerar conforme a derecho una privación de libertad de un individuo “enajenado”, en virtud del artículo 5.1.e) del Convenio se deben dar unos requisitos mínimos. Así, es necesario demostrar ante una autoridad competente, y sobre la base de pruebas médicas objetivas, que la persona padece un trastorno mental. El grado de trastorno mental debe ser suficiente para justificar un internamiento forzoso; la validez de la continuación de la privación de libertad dependerá de la persistencia de este trastorno.

Existen diferentes criterios en las audiencias provinciales sobre si el procedimiento de internamiento involuntario regulado en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, es aplicable a los internamientos, en centros geriátricos, de personas que padecen

enfermedades degenerativas y que, por tanto, no tienen capacidad para decidir por sí mismas.

El criterio restrictivo, que reserva únicamente la aplicación del artículo 211 del Código Civil (en la actualidad, artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a los internamientos de enfermos mentales en centros psiquiátricos y niega su aplicación a otros centros de internamiento en centros geriátricos, lo podemos encontrar, entre otros, en el Auto de la sección primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de febrero de 1999, que establece, en su fundamento de derecho segundo, que el artículo 211 del Código Civil:

[...] somete a control judicial los internamientos de personas presuntamente incapaces desde el punto de vista jurídico, sometimiento que no es más que una garantía del derecho a la libertad individual consagrado en el artículo 17 de la Constitución,[...] Cualquiera que sea el criterio interpretativo (gramatical, histórico, lógico, sistemático y sociológico) que se aplique para averiguar el ámbito de aplicación del artículo citado, conduce siempre a la misma conclusión: las personas de la tercera edad, por el mero hecho de serlo, ni pueden ser equiparadas a presuntos incapaces, si su permanencia en centro geriátrico supone privación de libertad, por lo que no pueden estar sujetas a control judicial.

Siguiendo el mismo criterio restrictivo, el Auto de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Huelva, de 28 de marzo de 2006, indica en su fundamento jurídico segundo:

[...] cuando ingresa en un centro de atención a personas mayores no psiquiátrico, como es el caso, persona incapacitada legalmente, por entenderlo su tutor más conveniente, lo que hace es dar cumplimiento a su obligación de alimentos prescrita en el artículo 269.1 del código civil en el amplio sentido de su artículo 142, bastando con informar al Juez de su situación como prescribe el apartado 4º de dicho precepto.

En oposición al anterior criterio, encontramos otra opinión manifestada por algunas resoluciones judiciales, de entre las que cabe destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra 133/2011, de 21 de junio. También la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su auto 133/2011, de 21 de junio, es partidaria de la tesis que defiende la necesidad de

autorización judicial previa en los supuestos de internamientos geriátricos de ancianos afectados por algún tipo de trastorno o enfermedad mental, y que el cauce adecuado es el procedimiento previsto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, conforme establece en su fundamento de derecho segundo.

La Sentencia de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, número de recurso 404/2013, se refiere a la incapacitación y al internamiento involuntario en centro geriátrico acordado como medida cautelar y ratificado en la sentencia que acordó la incapacidad total y permanente para regir la persona y bienes del demandado en el procedimiento de incapacitación.

Así, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza declaró la incapacidad total del demandado, nombró a una persona jurídica como tutora más idónea y procedió a ratificar la autorización judicial de internamiento involuntario en centro geriátrico de la persona declarada incapaz, debiendo la dirección del centro informar al juzgado periódicamente, cada seis meses, sobre la necesidad de mantener la medida. Asimismo, la sentencia indica que en ningún caso un posible recurso de apelación en cuanto a la medida cautelar ratificada de internamiento no voluntario en centro geriátrico suspendería el cumplimiento del internamiento que se acordó como medida cautelar y se ha ratificado en la sentencia.

Frente a la sentencia de instancia, el demandado formuló recurso de apelación por considerar que no se había valorado correctamente la prueba, siendo procedente declarar la capacidad del demandado. La sentencia de apelación desestimó el recurso, confirmando la sentencia de instancia, teniendo en cuenta el informe pericial practicado por el médico forense, que consideró que el demandado tenía la capacidad de autogobierno sobre su persona y bienes completamente anulada y, asimismo, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en los fundamentos de derecho segundo y tercero.

Así, el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia, con cita, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009, establece que para que se incapacite a una persona no solo es necesario que esta padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, sino

que lo realmente importante es que el trastorno, ya sea permanente u oscile en intensidad, impida a la persona afectada gobernarse por sí misma.

El fundamento de derecho tercero, también con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009, indica que la incapacitación con nombramiento de tutor es una medida de protección que se adopta en beneficio de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas, mientras que la curatela se adopta para completar la capacidad de quien la posee pero necesita una asistencia para la realización de determinados actos. La diferencia entre ambas figuras es que mientras que el sometido a tutela carece de capacidad y, por tanto, la medida de protección es la representación, el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad.

Consideramos destacable la Sentencia de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada el 19 de noviembre de 2014, en el recurso número 751/2014.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Villafranca del Penedés declaró la incapacidad del demandado, sometiéndole al régimen de tutela para todos los actos que supusieran la administración y disposición patrimonial de sus bienes. Presentado recurso de apelación frente a dicha sentencia, la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona estima el recurso declarando la incapacidad parcial del demandado con nombramiento de curador en los ámbitos concretos de actuación que especifica la propia sentencia, entre los que se encuentra la supervisión en la atención y tratamiento médico del demandado.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en el fundamento de derecho primero, considera que una declaración de incapacidad total es una medida muy severa que solo se debe aplicar en circunstancias excepcionales, siempre que no sea posible aplicar una medida menos restrictiva.

La Sentencia de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona indica que el Tribunal Supremo establece que la incapacitación debe ser flexible, por cuanto tiene que adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad. Así, deben aplicarse, con carácter restrictivo, las limitaciones de los derechos fundamentales que la incapacitación comporta, y reconocerse y potenciar la capacidad acreditada en cada caso.

En el caso concreto, la sentencia de apelación considera que no existe causa alguna para limitar de forma genérica los derechos humanos, civiles o políticos ni los derechos fundamentales del demandado, ni cabe limitar a priori el ejercicio de sus derechos personalísimos.

La sentencia de apelación considera que no se aprecian circunstancias que legitimen limitar su libertad, sin que, por lo tanto, proceda acordar el internamiento involuntario con remisión al régimen general de autorización judicial del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

No procede tampoco, según establece la sentencia de apelación, constituir la tutela para imponer un tratamiento médico que se refiera a la rehabilitación alcohólica. En su lugar se procederá al nombramiento de un curador, que podrá supervisar la atención y tratamiento médicos del demandado, dado que, según el dictamen del médico forense, este no es competente en el ámbito de la salud.

3. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO

El ingreso involuntario se puede considerar una medida excesiva e innecesaria para las personas con problemas de salud mental que no precisan un internamiento psiquiátrico, sino que únicamente requieren un control en el seguimiento de su tratamiento.

A diferencia de los enfermos que padecen patologías o dolencias de tipo físico, los que sufren enfermedades psíquicas generalmente no colaboran con el tratamiento, bien por no ser conscientes del alcance o incluso de la existencia misma de su enfermedad, bien por no estar dispuestos a soportar los efectos secundarios propios de la medicación.

Hay que tener en cuenta la regulación que sobre la materia contiene el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 20 de octubre de 1999, conocido como Convenio de Oviedo, al ser aprobado en esta ciudad; asimismo, hay que considerar las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales.

El tratamiento ambulatorio involuntario supone para el paciente una medida mucho menos gravosa que el ingreso involuntario en todos los aspectos de su vida, de la misma forma que lo es también para el ámbito sanitario, teniendo en cuenta el menor coste tanto médico como social.

El tratamiento ambulatorio involuntario también precisa de un seguimiento y un control en el que deben intervenir en estrecha colaboración el Juzgado que lo ordena, el personal sanitario que prescribe el tratamiento y el personal que debe proporcionar el tratamiento⁹⁵.

⁹⁵López-Mora González, Nuria (2007): "El tratamiento ambulatorio involuntario". En Terreros, José Luis (coord.): *Los derechos de las personas con discapacidad*, volumen I. *Aspectos jurídicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 397-399.

El tratamiento ambulatorio involuntario está previsto como medida de seguridad en el ámbito del proceso penal. En estos casos, la resolución judicial que dispone la medida ante el reconocimiento de la patología del autor de un hecho punible habrá de acotar en el tiempo su duración y habrá de someterla a revisión periódica.

El artículo 20.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece la exención de responsabilidad penal a la persona que en el momento de cometer la infracción penal, como consecuencia de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o no pueda actuar conforme a esa comprensión.

Según el artículo 101, a la persona declarada exenta de responsabilidad penal conforme al número 1 del artículo 20 se le podrá aplicar la medida de internamiento para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que padezca, o cualquier otra de las medidas no privativas de libertad previstas en el apartado tercero del artículo 96.

Dentro de estas medidas de seguridad no privativas de libertad, se contempla la libertad vigilada que, según establece el artículo 106, según la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de alguna de las medidas previstas en los apartados a-k. El apartado k se refiere a “la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

El tratamiento ambulatorio involuntario no aparece regulado de forma expresa en nuestra legislación civil, aunque han existido dos proyectos de regulación del mismo en el ámbito estatal y uno en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La primera propuesta fue presentada por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió el 6 de julio de 2004, y se formuló como proposición de ley en el Parlamento español, con el número de expediente 122/000085 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos.

El texto propuesto, en su artículo único, establecía la adición de un apartado 5 nuevo al artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que quedaba redactado de la siguiente forma:

Artículo 763.

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

En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento⁹⁶.

La Proposición de Ley 122/000085, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para Regular los Tratamientos no Voluntarios de las Personas con Trastornos Psíquicos, caducó en aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales⁹⁷, después de haberse ampliado en 113 ocasiones el plazo de presentación de enmiendas, la última de ellas el 19 de diciembre de 2007.

⁹⁶ <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/B/B_101-01.PDF>[consulta: 15/06/2015].

⁹⁷Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, número 675 de 13 de febrero 2008

La segunda iniciativa en el ámbito estatal se presentó en el año 2006, dentro del Proyecto de Ley 121/000109 de Jurisdicción Voluntaria para Facilitar y Agilizar la Tutela y Garantía de los Derechos de la Persona y en Materia Civil y Mercantil⁹⁸. Los tratamientos ambulatorios involuntarios se regularon dentro del capítulo “de la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos”, que incluía los artículos 84-87.

El artículo 84 establecía el ámbito de aplicación, incluyendo tanto los casos en los que sea necesario un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico como los que suponen un período de observación para el diagnóstico, siempre que exista una falta de capacidad de decisión del paciente y lo requiera su salud.

El artículo 85 establecía una amplia legitimación para instar el procedimiento, estableciendo que podrán promover el expediente el cónyuge o persona que se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes, hermanos, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del paciente, incluyendo también dentro de los legitimados para instar el expediente al facultativo que atiende al paciente o responsable del servicio de salud mental donde se encuentre. En defecto de todas estas personas o en el supuesto en el que las mismas no lo hubieran promovido, también se establecía la legitimación del Ministerio Fiscal.

De conformidad con el artículo 86, la solicitud de autorización de tratamiento no voluntario debía realizarse mediante propuesta razonada sobre la situación del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento de este. Una vez admitida la solicitud, el secretario judicial citará en el plazo máximo de 24 horas al solicitante, al paciente y al Ministerio Fiscal, estableciendo que en todas las actuaciones el paciente podrá disponer de defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁹⁸ <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_109-01.PDF [consulta: 12/06/2015].

Asimismo, se establecía que la autoridad judicial deberá recabar informes sobre la falta de capacidad del paciente y el plan de tratamiento, incluyendo los informes del forense, y que podrá practicar de oficio o a instancia de parte las pruebas que estime relevantes.

Según el artículo 87, la resolución que debía dictarse era un auto motivado, y en dicha resolución debía establecerse el plan de tratamiento en función del trastorno psíquico del paciente y mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas. El dispositivo sanitario responsable deberá informar a la autoridad judicial sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar las medidas, al menos cada tres meses o, en el supuesto de observación para diagnóstico, en el plazo máximo de dos meses. En todo caso, los facultativos podrán cesar el tratamiento impuesto, debiéndose comunicar esta medida a la autoridad judicial.

El Proyecto de Ley 121/000109, de Jurisdicción Voluntaria para Facilitar y Agilizar la Tutela y Garantía de los Derechos de las Personas en Materia Civil y Mercantil, fue retirado por el gobierno el 24 de octubre de 2007.

El Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, incluía en el apartado cinco del artículo 212-2 una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario. Así, establecía que cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica de una persona que sufra un trastorno mental o para otras personas de su entorno, la autoridad judicial podrá autorizar la aplicación de tratamientos médicos sin el consentimiento del enfermo, siempre que la gravedad clínica del trastorno le impida la competencia mental necesaria. En todo caso, se establecía que el tribunal debía escuchar a la persona afectada y recibir el informe de un facultativo del que se derivase la necesidad de la medida. La autorización judicial debía contener un término, que no podía exceder de dos meses, dentro del cual el facultativo debía informar de la situación de la persona afectada, a fin de revisar la necesidad de la medida.

Se presentaron enmiendas de supresión de este apartado por el grupo parlamentario del grupo popular de Cataluña, y por el grupo mixto⁹⁹.

Finalmente, el tratamiento ambulatorio involuntario no ha formado parte de la regulación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, al ponerse de acuerdo los diferentes grupos parlamentarios en entender que la regulación de este tratamiento no tenía cabida en el código civil, sino en leyes de ámbito de la salud.

La ausencia en España de una normativa específica que regule de forma expresa los tratamientos ambulatorios involuntarios no está impidiendo en la actualidad su aplicación en el ámbito local de algunos partidos judiciales. Entre estos partidos judiciales donde se aplica el tratamiento ambulatorio involuntario, se puede hacer referencia a San Sebastián, donde la magistrada titular del juzgado especializado en la materia, mediante una interpretación amplia de la normativa, ha llevado a cabo desde el año 2000 el seguimiento judicial de casos de tratamiento ambulatorio involuntario en personas afectadas por enfermedad mental. También se están aplicando los tratamientos ambulatorios involuntarios en uno de los dos juzgados especializados en incapacitaciones de Barcelona, y en Alicante, donde se ha redactado un protocolo de actuación sanitaria judicial en supuestos de tratamiento ambulatorio involuntario¹⁰⁰.

En cuanto a la normativa que, con carácter general, se considera aplicable para justificar el tratamiento ambulatorio involuntario, podemos referirnos en el ámbito del Consejo de Europa, a la Convención para 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, ratificada por España el 23 de julio de 1999, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999, establece en su artículo 7 que la persona que sufra un trastorno mental

⁹⁹ <<http://www.parlament.cat/activitat/bopc/08b726.pdf#page=3>>[consulta: 15/03/2011].

¹⁰⁰ Sillero Crovetto, Blanca (2015): "Tratamiento ambulatorio involuntario para enfermos mentales graves: Marco normativo y práctica judicial". En Cuadrado Iglesias, Manuel y Núñez Boluda, María de los Desamparados (dirs.) (2015): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Las Rozas (Madrid): La Ley, págs. 486-490.

grave no podrá ser sometida a tratamiento sin su consentimiento, salvo que la falta de tratamiento pueda tener como consecuencia un grave quebranto para su salud y con arreglo a las condiciones establecidas por la ley, que deberán comprender procedimientos de vigilancia y control, y vías de recurso.

Asimismo, establece en el artículo 9 que los deseos emitidos con anterioridad deberán tenerse en cuenta cuando al tiempo de la intervención el paciente no se hallare en estado de expresar su voluntad en una intervención médica.

En el ámbito de la normativa estatal, 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, regula el consentimiento informado en los artículos 8 y siguientes, y prevé los supuestos en los que los facultativos pueden intervenir sin el consentimiento del paciente, en particular, cuando existe riesgo inmediato y grave para su integridad física o psíquica, y aquellos en que el consentimiento se otorgará por representación respecto de menores de edad y personas con falta de capacidad y, en su artículo 11, regula las instrucciones previas, por medio de las cuales una persona mayor de edad y capaz manifiesta anticipadamente su voluntad con la finalidad de que se cumpla en aquellos supuestos en los que no pudiera decidir personalmente sobre los tratamientos médicos que pudiera recibir. La persona que otorga el documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como su interlocutor con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Se discute si en el marco legal español, planteada judicialmente una solicitud de tratamiento ambulatorio involuntario, puede la autoridad judicial de forma legítima ordenar directamente su práctica, o si, por el contrario, ha de entenderse que su falta expresa de regulación provoca la imposibilidad de ser llevada a la práctica por el órgano judicial.

Sobre esta cuestión existe una diversidad de criterios en nuestros órganos judiciales. Así, la fiscal de la audiencia provincial de Barcelona y responsable del servicio de incapacitaciones, Remei Soriano Campos, en su intervención ante la Comisión de Justicia el 2 de marzo de 2005 para informar sobre la Proposición de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para

regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos¹⁰¹, informó que la experiencia seguida en Barcelona es que solo se ha aplicado el tratamiento ambulatorio involuntario en uno de los dos juzgados de incapacidades, en el 59, mientras que en el juzgado de primera instancia 40, también especializado en incapacidades, al no haber norma, no se ha aplicado:

Una vez que se solicitó por parte de un centro médico la posible aplicación de un tratamiento ambulatorio a un paciente, la respuesta del Juzgado número 40, fue que, al no haber norma escrita, ni siquiera se podía entrar en el fondo del tema.

En sentido contrario, el Auto del Juzgado de Primera Instancia Número 8 de Gijón, de 4 de mayo de 2012, considera que es posible aplicar un tratamiento ambulatorio involuntario en base a las normas que existen en nuestro ordenamiento jurídico, y procede a indicar toda la normativa que entiende que sirve de cobertura legal a los tratamientos ambulatorios involuntarios, en el fundamento de derecho primero.

¹⁰¹ <[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWT8&FMT=INTX&DSS.fmt&DOCS=1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=\(212%2F000494*.EXPE.\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWT8&FMT=INTX&DSS.fmt&DOCS=1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=(212%2F000494*.EXPE.))> [consulta: 20/07/2015]

3.1. DELIMITACION CONCEPTUAL Y TRATAMIENTO DOCTRINAL

La Recomendación 2004(10) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de septiembre de 2004, Relativa a la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas que Padecen Trastorno Mental¹⁰², define el tratamiento en el artículo 2 como la intervención física o psicológica sobre una persona con trastorno mental que, teniendo en cuenta la dimensión social de la persona, tenga un propósito terapéutico en relación con ese trastorno, y establece en el artículo 3 que el propósito terapéutico incluye prevención, diagnóstico, control o tratamiento del trastorno mental. Asimismo, regula en su capítulo tercero los internamientos involuntarios en centros psiquiátricos y tratamientos involuntarios a personas que padecen trastorno mental.

El libre desarrollo de la personalidad es un principio constitucional básico consagrado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Este principio tiene un papel esencial en el ámbito de la capacidad de obrar de las personas, cobra especial relevancia en relación con la toma de decisiones en materia sanitaria y se refiere a la capacidad de las personas de poder decidir libremente y adoptar aquellas decisiones que afecten a su vida, siempre respetando los límites de la ley, los derechos de los demás y el orden público¹⁰³. Por lo tanto, deberá ser un principio esencial a la hora de decidir la posible aplicación de un tratamiento médico sin contar con el consentimiento del paciente.

Existe una diversidad de opiniones a favor y en contra del tratamiento ambulatorio involuntario. Las posturas en contra de dicho tratamiento han sostenido básicamente los siguientes argumentos:

¹⁰² <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=775685&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#RelatedDocuments>> [consulta: 19/06/2015].

¹⁰³ Escribano Tortajada, Patricia (2013): "Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad". En Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva, Luis Antonio; Ortega Domenech, Jorge (coords) (2013): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, pág. 139.

- a) El tratamiento involuntario se implantaría en un marco socio-sanitario en el que impera la deficiencia de servicios, y provocaría costes difíciles de sufragar.
- b) El tratamiento ambulatorio, si se articula en un procedimiento judicial, provocaría actitudes de inhibición de los profesionales sanitarios en su responsabilidad e impediría la intervención del afectado en la plasmación del programa de tratamiento.
- c) El carácter forzoso del tratamiento hará que solo pueda objetivarse el cumplimiento del tratamiento farmacológico, sin que pueda garantizarse la existencia o adherencia de un plan terapéutico o rehabilitador.

Se argumenta en contra de una normativa específica del tratamiento ambulatorio involuntario, el que supondría una legislación discriminatoria y estigmatizante. Además, muchos de los afectados, frecuentemente, declinan el tratamiento psiquiátrico por razones válidas, centradas en el hecho histórico de que el tratamiento ha sido abusivo y deshumanizado y de que muchos de los fármacos antipsicóticos ocasionan importantes efectos secundarios.

El tratamiento ambulatorio involuntario vulneraría la autonomía del paciente, planteando problemas irresolubles en orden a la posible colisión con la voluntad expresa y contraria al tratamiento ambulatorio involuntario manifestado en Instrucciones Previas¹⁰⁴.

La Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales convocó y reunió a un grupo de juristas con el fin de organizar un grupo de estudio que evaluara las posibilidades jurídicas de articular el control judicial de tratamientos ambulatorios involuntarios. Estos trabajos comenzaron en 2002 y, en mayo de 2004, la revista de la citada entidad publicó la propuesta de la reforma legal que podría llevarse a cabo con el fin de dar expresa regulación al tratamiento ambulatorio involuntario.

¹⁰⁴López-Mora González, Nuria (2007): "El tratamiento ambulatorio involuntario..." (*op. cit.*, págs. 400-401).

Esta propuesta fue recogida por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió y se formuló como proposición de ley en el Parlamento español, con el número de expediente 122/000085, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos.

El texto propuesto, en su artículo único, establecía la adición de un apartado 5 nuevo al artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que quedaba redactado de la siguiente forma:

Artículo 763.

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

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

Se puede considerar que el protagonismo judicial en el texto propuesto es excesivo, ya que el segundo párrafo del propuesto artículo 763.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil remite al “dispositivo sanitario responsable” la obligación de informar al juez de “la evolución y seguimiento (del paciente), así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento”. Y, sin embargo, no recoge la posibilidad de que los facultativos puedan dar por finalizado el tratamiento ambulatorio involuntario, informando de la decisión a la autoridad judicial. En este sentido, se aparta la propuesta de regulación del Tratamiento Ambulatorio Involuntario del criterio seguido por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando estableció en su artículo 763.4 párrafo 4.º, que “cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es

necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”¹⁰⁵.

En la Exposición de Motivos de la citada Proposición de Ley pueden consultarse los argumentos fundamentales que justificarían una postura favorable al tratamiento ambulatorio involuntario. Así, según la Exposición de Motivos, uno de los aspectos que más preocupan a los familiares de las personas con problemas de salud mental es la negativa de estos enfermos a recibir el tratamiento médico por diferentes razones, como pueden ser la falta de reconocimiento de su enfermedad o los efectos secundarios de la medicación.

La única forma de que estas personas lleven una vida normalizada es siguiendo un tratamiento; en caso contrario, su calidad de vida puede empeorar y, cuando se produce una pérdida grave de su calidad de vida o se produce una situación de riesgo para su vida o para la de los demás, únicamente reciben la medida terapéutica de ingreso prevista en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Es frecuente que dichos ingresos duren pocos días, pero los pacientes vuelvan a ingresar al cabo de un corto espacio de tiempo por falta de seguimiento del tratamiento, lo que podría suponer un coste económico más elevado que si existiera una atención continuada.

Las únicas medidas de protección legal de las personas con problemas de salud mental, según la Exposición de Motivos, son el internamiento y la incapacitación. El artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que prevé la adopción de medidas cautelares de protección de los presuntos incapaces, determina que solo se pueden aplicar en el marco de un proceso de incapacitación.

¹⁰⁵ Barrios Flores, Luis Fernando (2006): “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: Una posición escéptica”. En Ventura Mas, Silvia y Santos Urbaneja, Fernando (coords.) (2006) *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, pág.422.

El Código Civil estatal establece, en el artículo 158, medidas de protección de los menores de edad que son aplicables también a los incapaces aunque, según la Exposición de Motivos, estas medidas de protección no serían aplicables a las intervenciones médicas.

La Convención para 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, ratificada por España el 23 de julio de 1999 y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999, prevé en su artículo 7 la posibilidad de imponer tratamientos sin el consentimiento del paciente, en caso de que la persona sufra un trastorno mental grave, siempre que la ausencia de tratamiento pueda ser gravemente perjudicial para su salud, con las condiciones de protección que fije la ley, que deben comprender los procedimientos de supervisión y control, así como la posibilidad de formular recursos. Este convenio no ha sido objeto de desarrollo legislativo y solo ha sido aplicado directamente por algunos juzgados.

Por todas las anteriores razones, contenidas en la Exposición de Motivos de la citada proposición de ley, se hace la propuesta de reforma legislativa de adicionar un apartado nuevo al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a fin de que el Tribunal pueda 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.

En el debate de toma en consideración de la propuesta en el Congreso de los Diputados, todos los grupos parlamentarios estuvieron a favor de que la propuesta fuera considerada, si bien muchos de ellos ya anunciaron que presentarían enmiendas al texto. A continuación, vamos a destacar las que consideramos fueron las principales posturas de los grupos parlamentarios en aquel debate sobre la propuesta de modificación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁶:

¹⁰⁶ <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/enviarCgiBuscadorIniciativas> [consulta: 15/03/2009].

En defensa de la iniciativa, el grupo parlamentario de Convergència i Unió puso de relieve la situación de pérdida de calidad de vida de las personas con problemas de salud mental, producida como consecuencia del abandono del tratamiento médico. Esta situación lleva, en casos extremos, al internamiento del enfermo mental, dando lugar a los ingresos conocidos como de puerta giratoria, en los que el paciente ingresa de urgencias en un hospital, permanece unos días y cuando sale del centro hospitalario deja de medicarse, por lo que vuelve en breve a ingresar en un centro.

La proposición de ley se planteó como posible solución a estas situaciones, al considerar que no está expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que un tribunal autorice un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, salvo en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, que no se aplica en la práctica judicial de forma generalizada.

El Grupo Parlamentario Mixto apoya la iniciativa teniendo en cuenta que, si el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite autorizar un internamiento, es decir, la privación total de libertad del enfermo, debe ser posible autorizar una medida que restrinja en menor medida los derechos del enfermo. El Grupo Parlamentario Coalición Canaria anuncia que votará favorablemente.

El Grupo de Izquierda Verde manifiesta que su voto será favorable a la toma en consideración de la propuesta, pero anuncia que en el trámite parlamentario presentará enmiendas que considera necesarias y profundas. Alude a que una reforma coercitiva nunca puede ser por sí sola la alternativa que cubra la insuficiencia o ausencia de profesionales sociosanitarios que puedan dar respuesta integral a un problema que, a pesar de ser sanitario, debido a sus características y consecuencias familiares y sociales, merece ser atendido y valorado desde un punto de vista interdisciplinario.

Señala también que la propuesta tiene interés para impedir posibles causas de incapacidad civil no necesarias, pero también es cierto que, planteada como propuesta aislada de otras modificaciones sustanciales, es muy deficitaria y puede dar lugar a serias dudas acerca de cómo se resolverán por ejemplo, los

incumplimientos de tratamiento podría potenciar exclusivamente el aspecto farmacológico del tratamiento.

El Grupo Parlamentario Vasco anuncia que votará a favor de la iniciativa, pero señala que tendrán que pensar entre todos dónde es adecuado residenciar este control del seguimiento de las medidas, puesto que excede de lo médico para alcanzar connotaciones que ni siquiera les parecen judiciales, pues en ocasiones son de asistencia social, no previstas ni contempladas como tales en nuestro sistema y respecto de las que alude a que deberíamos hacer el esfuerzo para contemplarlo así.

El Grupo de Esquerra Republicana manifiesta que votará a favor de la toma en consideración de la propuesta, aludiendo a que la salud mental necesita especial atención en legislación y en recursos. El cuidado del enfermo mental recae principalmente en los familiares, y el Grupo señala que las distintas administraciones deberán emprender una reforma de largo alcance para solucionar estos problemas.

El Grupo Popular manifiesta que nuestra legislación contempla las posibilidades de incapacitación o de internamiento no voluntario para personas que sufran una enfermedad mental que las convierta en un peligro para sí mismas, para sus familias o para la sociedad en la que viven, pero adolece de una serie de medias intermedias que permitan resolver los problemas que plantea la posibilidad de obligar a un adulto que no esté incapacitado a aceptar un tratamiento que en principio rechaza. El Grupo Parlamentario anuncia que va a apoyar la toma en consideración y anuncia enmiendas.

El Grupo Parlamentario Socialista se plantea ciertas cuestiones que considera que no están explicitadas en la propuesta, a saber: la iniciativa no concreta el lugar o lugares para efectuar las actuaciones que contempla, si sería en centros de salud, en ambulatorios o en hospitales; ni tampoco el régimen de las mismas, en internamiento o no, ni, en directa conexión con ello, el dispositivo médico y sanitario necesario para atender a estas situaciones y garantizar su correcto cumplimiento.

Considera también que la regulación de nuevas intervenciones en relación con las personas que padecen trastornos psíquicos debería realizarse en el marco de una reforma sobre las prestaciones de servicios sanitarios psiquiátricos, o bien conjugándola con este. Manifiesta que va a votar a favor de la toma en consideración y anuncia también la presentación de enmiendas.

La Proposición de Ley 122/000085, de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para Regular los Tratamientos no Voluntarios de las Personas con Trastornos Psíquicos caducó en aplicación del artículo 207 del Reglamento del Congreso de los Diputados como consecuencia de la disolución de las Cortes Generales¹⁰⁷, después de haberse ampliado en 113 ocasiones el plazo de presentación de enmiendas, la última de ellas el 19 de diciembre de 2007.

En el año 2006, dentro del Proyecto de Ley 121/000109, de Jurisdicción Voluntaria para Facilitar y Agilizar la Tutela y Garantía de los Derechos de la Persona y en Materia civil y Mercantil¹⁰⁸, se reguló, en los artículos 84 a 87, la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos.

En el debate parlamentario de toma en consideración de la medida, el Vicepresidente del Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) manifestó que la regulación del tratamiento ambulatorio involuntario es necesaria por considerar que se trata de garantizar la salud y evitar los ingresos repetidos y la incapacitación legal de personas con enfermedad mental.

n sentido contrario, el fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba considera que son necesarios más medios sanitarios, y que un adecuado desarrollo de los recursos sanitarios y un ejercicio correcto de las acciones legales que contempla nuestro ordenamiento hacen innecesario que deba proponerse una reforma del marco legal actual, pues las previsiones actuales permiten solicitar

¹⁰⁷Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, serie D, número 675 de 13 de febrero 2008

¹⁰⁸http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_109-01.PDF [consulta:12/06/2015].

el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que carezca de capacidad para prestar el consentimiento.

En la doctrina existen autores que consideran asimismo que es una iniciativa innecesaria, dado que los tratamientos involuntarios, para todo tipo de pacientes y en todo tipo de circunstancias, están contemplados en leyes vigentes como 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. Se trata, en el fondo, de un nuevo intento de judicializar la asistencia psiquiátrica¹⁰⁹, expresión de las importantes resistencias sociales, institucionales y corporativas para reconocer la ciudadanía de los enfermos mentales y su plena equiparación a otras clases de enfermos, tal y como recogen las leyes en vigor en nuestro país, desde la promulgación de la Constitución de 1978¹¹⁰.

En sentido contrario, se ha destacado a favor de la regulación de los tratamientos ambulatorios involuntarios que se trata de una medida eficaz para un tipo de pacientes en los que la decisión de no realizar el tratamiento no es libre ni voluntaria, sino producto de su enfermedad, debiéndose aplicar la regulación a aquellas personas que tienen alterada su capacidad para tomar decisiones sobre su tratamiento, siempre que exista un grave riesgo para sí mismas o para terceros y que se establezcan los mecanismos legales

¹⁰⁹Álvarez Álvarez, Henar (2013): "Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios ..." (*op. cit.*, pág 40).

¹¹⁰González Álvarez, Onésimo (2006): "El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate". En Ventura Mas, Silvia y Santos Urbaneja, Fernando (coords.) (2006): *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, pág.149. En sentido contrario, Blanco del Barrio (2006) considera que pretender que está todo regulado y que, como norma sustancial, la intervención médica no consentida está prevista en general en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, es una falacia, ya que este precepto, cuando habla de consentimiento prestado por familiares y allegados por representación o sustitución, no se estaba refiriendo a personas con enfermedad mental. (Blanco del Barrio, Raquel (2006): "Tratamiento ambulatorio involuntario. cuestiones a debate". En Ventura Mas, Silvia y Santos Urbaneja, Fernando (coords.) (2006): *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Volumen 92, pág.435).

necesarios para que la persona pueda defenderse y el tratamiento sea revisable¹¹¹.

Por su parte, el Defensor del Pueblo, en la 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 Mental¹¹², entre otras cuestiones aborda la propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario, considerando que un desarrollo adecuado de los recursos sanitarios en el ámbito sanitario y un correcto ejercicio de las acciones legales harían que no fuera necesario proponer una reforma de la legislación actual, la cual permite solicitar el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento.

El artículo 6 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 establece como principio general el respeto de la autonomía del paciente, siempre que ello sea posible, y el artículo 9 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, que establece que, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones y el criterio médico aconseje aplicarle un tratamiento, el consentimiento se prestará por representación. Estos preceptos, según la Recomendación del Defensor del Pueblo, son suficientes para abordar la situación que se produce cuando una persona con una enfermedad mental rechaza el tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica.

Asimismo, el Defensor del Pueblo se refiere al sistema de protección que establece la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispone en

¹¹¹ Gías Gil, Belén (2013): "Tratamiento involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética". En *Revista de Bioética y Derecho*, n.º 29, septiembre, págs. 118-119. [.http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/8089/9991](http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/8089/9991) [consulta: 12/06/2015].

¹¹² <<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/Documentos/Recomendaciones2005.pdf>> [consulta: 27/06/2015].

su artículo 760 que la decisión final que se adopte en el procedimiento de incapacitación tiene que adaptarse a la situación de la persona afectada por la sentencia. El Defensor del Pueblo considera que, siempre que sea necesario, en la sentencia se indicará quién y en qué circunstancias puede suplir su consentimiento para el supuesto en que sea necesario un tratamiento médico que el enfermo rechaza y que, aun en el supuesto de que no exista pronunciamiento expreso sobre la aplicación de tratamientos médicos no consentidos, el artículo 761 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, permite instar la modificación de la sentencia cuando sobrevengan nuevas circunstancias.

El Defensor del Pueblo, en la Recomendación 107/2005, de 11 de noviembre, también establece que, siempre que se solicite el auxilio judicial para la administración de un tratamiento médico, deben concurrir diferentes circunstancias, a saber: debe existir un informe médico que aconseje la aplicación del tratamiento después de haber agotado el resto de recursos médico asistenciales y se tiene que haber dado al enfermo la posibilidad de cumplir voluntariamente el tratamiento, respetando en la medida de lo posible los deseos y las opiniones del paciente.

La autoridad judicial, en su función de protección de los derechos fundamentales, debe acordar la procedencia de la medida de tratamiento involuntario solo cuando la ausencia de dicho tratamiento repercuta en perjuicio grave de la salud del enfermo o de la salud de terceras personas.

Consideramos que es necesaria una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario, en el marco, al que se ha aludido en tantas ocasiones por parte de la doctrina y de un gran número de grupos parlamentarios, de una reforma en profundidad de la enfermedad mental en un texto que regule de una manera unitaria esta materia, intentando respetar en la medida de lo posible la autonomía del paciente y tratando de respetar, si existieran, las instrucciones previas que el paciente hubiera podido otorgar él mismo.

3.2. TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.

En el seno del Consejo de Europa, la preocupación por la situación social y sanitaria de las personas que sufren enfermedades mentales quedó patente en la Recomendación R (83) 2, del Comité de Ministros, sobre la Protección Legal de las Personas que Padece Trastornos Mentales, Internados como Pacientes Involuntarios, de 22 de febrero de 1983. Esta recomendación desembocó, en el año 2000, en el Libro Blanco sobre Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas que Padece un Trastorno Mental, especialmente aquellos ingresados de forma involuntaria en un centro psiquiátrico.

El libro blanco al que nos referimos fue elaborado por un comité directivo sobre Bioética, y su contenido dio lugar a la Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas con Trastornos Mentales¹¹³.

La Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, define en su artículo 3 el tratamiento como intervención física o psicológica sobre una persona con trastorno mental que tenga un presupuesto terapéutico en relación con tal trastorno y teniendo en cuenta la dimensión social de su vida, regulando el tratamiento involuntario junto con el internamiento involuntario en centros psiquiátricos en el capítulo tercero, artículos 16 a 25.

Los criterios para el tratamiento involuntario los regula el artículo 18 de la Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de las Personas con Trastornos Mentales, que señala que una persona puede ser sometida a esta medida solo si reúne todas las condiciones siguientes:

- a) La persona tiene un trastorno mental.

¹¹³ <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=775685&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383#RelatedDocuments>> [consulta: 12/06/2015].

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

El artículo 19 de la Recomendación establece los principios que deben seguirse para aplicar un tratamiento involuntario. Así, el tratamiento debe ser proporcionado al estado de salud de la persona y formar parte de un tratamiento documentado por escrito. Asimismo, debe dirigirse a los signos y síntomas clínicos específicos, y debe intentarse que el desarrollo del tratamiento sea aceptado por el paciente tan pronto como sea posible.

Según el artículo 20, la decisión del tratamiento involuntario debe ser tomada por un juzgado u otra autoridad competente, y la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa a la que nos referimos prevé en los siguientes artículos el sometimiento de la medida del tratamiento involuntario a plazo, con la posibilidad de su modificación posterior, siempre a criterio médico, pero teniendo en cuenta la opinión de la persona afectada o de sus representantes. Se debe informar a la persona afectada por el tratamiento y, en su caso, también a su representante de sus derechos y de las razones de las decisiones que se adopten.

El respeto a los derechos del enfermo se tiene constantemente en cuenta, y se da intervención al propio paciente y, en su defecto, a su representante o a su abogado si lo hubiere¹¹⁴.

Especial relevancia tiene en el ámbito europeo 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, de 4 de abril de 1997, que fue ratificado por España en 1999¹¹⁵. En este convenio, que forma parte del ordenamiento jurídico español, se basa la legislación española actualmente vigente.

¹¹⁴López-Mora González, Nuria (2007): "El tratamiento ambulatorio involuntario..." (*op. cit.*, págs. 417-423).

¹¹⁵Publicado el instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999.

El artículo 1 del Convenio establece que las partes en el Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin ninguna discriminación, el respeto a su integridad y sus demás derechos y libertades fundamentales, con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina.

En el Convenio se considera esencial el consentimiento en las intervenciones sanitarias, y se señala en su artículo 5 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 retirar en cualquier momento libremente tal consentimiento.

Solo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo, según el artículo 6, que también señala que, cuando según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o una institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización.

A la hora de defender la viabilidad del Tratamiento Ambulatorio Involuntario como una medida directamente aplicable por la autoridad judicial, es imprescindible hacer uso de lo dispuesto en el artículo 7 del citado convenio, que trata precisamente de personas que sufran trastornos mentales, al disponer lo siguiente:

[...] la persona que sufra un trastorno mental grave solo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como los medios de elevación de recursos.

El Código Civil estatal solo reguló en su artículo 211 el ingreso involuntario y su contenido pasó a la regulación procesal al artículo 763 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. En dicho precepto no existe ninguna referencia a los tratamientos médicos a los que puede ser sometida la persona internada.

Cabría plantearse, en relación con los internamientos involuntarios, si la autoridad judicial ha de limitar su fiscalización a la limitación del derecho a la libertad, o debe extenderla a todas las circunstancias de ese internamiento, comprendiendo incluso el tratamiento psiquiátrico a aplicar cuando este pueda afectar a la propia dignidad del enfermo o producir secuelas irreversibles¹¹⁶.

Sobre esta materia no existe unanimidad en la doctrina, pues hay autores que consideran que el control judicial alcanzará tanto a la continuación o no del internamiento como a las condiciones del mismo en cuanto afecten a los derechos fundamentales, pero no incluirá el tratamiento que quedaría sometido a las normas relativas al consentimiento informado, con las matizaciones que puedan derivarse del estado mental del paciente¹¹⁷.

El Defensor del Pueblo, en la 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, se refiere a los tratamientos especialmente agresivos y a la utilización de los medios mecánicos de contención. Considera, en relación con los mismos, que con la legislación actual se ha conseguido una regulación detallada respecto al proceso que debe seguirse para el internamiento voluntario o involuntario del paciente, pero una vez ingresado el paciente dentro de un centro, el legislador no ha contemplado el régimen de garantías de los derechos de estas personas,

¹¹⁶Roig Bustos(1995) indica que el control judicial sobre el tratamiento no comporta una necesidad de fiscalizar todos los detalles del mismo, pero sí debe comportar que cuando alguno de los internos cuyo ingreso haya sido autorizado judicialmente deba ser sometido a una terapia especialmente agresiva, dicha terapia deba ser comunicado a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal para que, en su caso puedan decidir la adopción de medidas cautelares sobre la persona internada. (Roig BustosLadislao (1995): "Los internamientos de los enfermos mentales". En *Estudios del Ministerio Fiscal. Número III*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, pág. 225).

¹¹⁷Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales...* (*op. cit.*, pág.111).

dejando a la libertad de cada hospital la regulación de esas cuestiones respecto a sus pacientes.

En Defensor del Pueblo recomienda que se modifique el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de introducir la necesidad de que estos centros cuenten con autorización judicial cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánicas u otras restrictivas de la libertad individual u otros derechos fundamentales y, asimismo, introducir el control judicial en los casos en los que sea necesario aplicar 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.

Consideramos, en el mismo sentido que ha expuesto el Defensor del Pueblo, que en los supuestos en los que el tratamiento pueda producir secuelas irreversibles al enfermo debería existir autorización judicial.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconocía a cualquier enfermo consciente el derecho a ser informado cumplidamente del tratamiento y sus consecuencias y de prestar consentimiento expreso para su aplicación. El consentimiento informado estaba consagrado como derecho al paciente en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad. Este apartado fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica establece que el titular del derecho a la información asistencial es el paciente¹¹⁸. Este será informado incluso en caso de incapacidad, si bien de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, aunque en estos casos se deberá informar también a su representante legal.

¹¹⁸Chimeno Cano (2004) mantiene que será el Juez que ha autorizado o convalidado el internamiento quién habrá de ser informado sobre el pronóstico y las alternativas al tratamiento para prestar su consentimiento. (Chimeno Cano, Marta (2004): *Incapacitación, tutela, e internamiento del enfermo mental*. Navarra: Thomson Aranzadi, pág.260).

En el artículo 5.3, la Ley se refiere a la situación de los pacientes que, según el criterio del médico, carezcan de capacidad para entender la información a causa de un cierto estado físico o psíquico, en cuyo caso se debe informar a las personas vinculadas a ellos por razones familiares o de hecho. Se puede entender que el legislador no se está refiriendo a supuestos de falta de capacidad en sentido jurídico, sino en sentido vulgar, como paciente impedido circunstancialmente para entender la información y, por tanto, para tomar decisiones¹¹⁹.

El artículo 8 de la Ley establece que “toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente, necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”.

El Tribunal Constitucional ha indicado, en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo, en su fundamento jurídico cuarto, que el artículo 15 de la Constitución no contiene una expresa referencia al consentimiento informado, lo que no implica que el mismo quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. Así, el derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular.

Por otro lado, en el ámbito médico, cualquier actuación que afecte a la integridad corporal reconocida en el artículo 15 de la Constitución se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada.

Para determinar las garantías que, desde la perspectiva del artículo 15 de la Constitución, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, podemos acudir, por una parte, a los tratados y acuerdos sobre esta materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las

¹¹⁹ Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Valladolid: Ley Nova, pág.252.

normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el artículo 10.2 de la Constitución, y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Podemos destacar entre los tratados en esta materia la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza, y reconocida, tal como se adoptó el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, con el mismo valor jurídico que los tratados, por el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea¹²⁰. El artículo 3 de la Carta reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, y obliga a respetar, en el marco de la medicina y la biología “el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley”.

En la misma línea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, adoptado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999, se refiere al consentimiento en el artículo 5, y establece como regla general que solo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad “después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”, a cuyo efecto, “deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias”.

Para que la facultad de decidir sobre los actos médicos pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que al paciente se le haya facilitado la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas que le pueden ser aplicables.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la

¹²⁰ Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

noción de vida privada consagrado en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²¹.

En los internamientos involuntarios, la autorización judicial tiene como objeto legitimar la privación de libertad que conlleva el internamiento. Aunque la finalidad de este sea el sometimiento del enfermo a tratamiento psiquiátrico, de ahí no cabe deducir que, con base en la autorización judicial, los facultativos puedan imponer cualquier tipo de tratamiento al paciente internado sin contar con el consentimiento de sus representantes legales o, en ausencia de estos, de sus familiares o allegados. La prestación del consentimiento al tratamiento se regirá pues por las reglas generales¹²².

La Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de Familia de Cataluña, exigía autorización judicial para aplicar medidas de tratamiento sobre el internado que pongan en riesgo su vida o integridad física, salvo que sea urgente, en cuyo caso debía comunicarse al juez en el plazo de 24 horas.

Así, el párrafo 3º del artículo 255 de la citada ley disponía que, cuando se pretendan aplicar sobre la persona internada “tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física de aquella, será de aplicación lo establecido en el artículo 219 del Código de Familia, y las funciones atribuidas por el artículo 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el juez o jueza”. Este último artículo exigía autorización judicial para aplicar a las personas incapacitadas tratamientos médicos que fundamentalmente pudieran poner en grave peligro su vida o su integridad física o psíquica, aunque permitía prescindir de dicha autorización en los casos de urgencia¹²³.

¹²¹ Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, fundamento de derecho cuarto.

¹²² Santos Morón, María José (2002): *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pág.69.

¹²³ Garrido Melero, Martín (1999): *Derecho de Familia: Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons, pág.765.

Tal como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, se suprime la autorización judicial que debían pedir el tutor o los progenitores para aplicar ciertos tratamientos médicos a las personas sometidos a tutela o potestad, aludiendo a la falta de exigencia de la misma en la legislación de ámbito sanitario.

La anterior ley deroga la Ley 9/1998, de 15 de julio, de Código de Familia de Cataluña, refiriéndose al consentimiento informado en su artículo 212-2. Este precepto está ubicado en el capítulo II del título I, dedicado a la autonomía de la persona en el ámbito de la salud, y su ubicación fuera del capítulo I del título I, que se refiere a la personalidad civil y capacidad, permite justificar que se pueda entender aplicable a esta materia el criterio territorial al que se refiere el artículo 111-3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña.

En el Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, se añadía un quinto apartado en el artículo 212-2 donde se incluía una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario, estableciendo que, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica de una persona que sufra un trastorno mental o para otras personas, la autoridad judicial podrá autorizar la aplicación de tratamiento médicos sin el consentimiento del enfermo, siempre que la gravedad del trastorno le impida prestar dicho consentimiento.

En todo caso, se establecía que la autoridad judicial debía escuchar a la persona afectada por el tratamiento y recibir el informe de un facultativo del que se derivase la necesidad de la medida. La autorización judicial para la aplicación de un tratamiento debía contener un plazo máximo, que no podía exceder de dos meses, dentro del cual el facultativo debía informar de la situación de la persona afectada por la medida, a fin de que la autoridad pudiera resolver sobre la posible revisión de la medida de tratamiento.

El tratamiento ambulatorio involuntario no ha formado parte de la regulación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, dado que los diferentes grupos parlamentarios estuvieron de acuerdo en entender que la regulación de este tratamiento no tenía cabida en el Código Civil, sino en leyes del ámbito de la salud.

Legalmente podemos encontrarnos con supuestos en que no es suficiente con el consentimiento prestado por los representantes legales del paciente incapacitado, sino que se necesita autorización judicial. Así ocurrirá con la esterilización de personas que padezcan una grave deficiencia psíquica, en cuyo supuesto resulta aplicable el artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Este artículo, en su redacción originaria, disponía lo siguiente:

[...] no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015, modifica la regulación de la esterilización, remitiéndose en el artículo 156 a lo establecido en la legislación civil. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 indica que el artículo 156:

[...] se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

Según la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

[...] 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 sus observaciones al informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, y, en relación con el derecho a la protección de la integridad personal reconocido en el artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad expresa:

[...] su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa”, instando al Estado español a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa del paciente¹²⁴.

Siguiendo con la revisión de la legislación que regula los tratamientos médicos a los que pueden ser sometidos las personas que tienen problemas de salud mental, el artículo 20 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone en su apartado 1 que la atención a los problemas de la salud mental de la población se realizará potenciando los recursos asistenciales a nivel

¹²⁴ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>,> puntos 37,38 [consulta: 04/06/2013]

ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo la necesidad de hospitalización¹²⁵.

A continuación, en el apartado 2 señala que la hospitalización de pacientes por procesos que así lo requieran se realizará en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. Y, según el apartado 3, se desarrollarán los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas de las personas con problemas de salud mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

El legislador, por tanto, parte de las siguientes premisas:

- a) La hospitalización es la excepción y el tratamiento extra-hospitalario la norma.
- b) La pérdida de salud mental va acompañada de otras carencias de tipo social, que exigen una coordinación socio-sanitaria, ya que el objetivo es lograr la atención integral de los problemas de las personas con problemas de salud mental, siendo el seguimiento domiciliario una pieza clave para evitar crisis y reducir al máximo la necesidad de hospitalización

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico también está prevista la posibilidad de aplicar tratamientos médicos sin contar con el consentimiento del paciente en supuestos excepcionales. Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo 9.2, dispone que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin necesidad de contar con su

¹²⁵Santos Urbaneja, Fernando (1995): "El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario". En *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, pág.164.

consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, o cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

Pasando a analizar la capacidad para poder prestar el consentimiento a los tratamientos médicos, así como la capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones que ostenta toda persona es invariable. La capacidad de obrar de las personas físicas, entendida como la aptitud para realizar válidamente actos y negocios jurídicos, admite variaciones, en función de la mayor o menor capacidad natural que deriva de la minoría de edad o de ciertas enfermedades o deficiencias que inciden en la capacidad de autogobierno de una persona.

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido la presunción de que el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar, de modo que para limitar su capacidad de autogobierno será preciso una sentencia judicial que declare su incapacidad, tras comprobar, en un proceso contradictorio, que adolece de alguna enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, y de carácter permanente, que afecta a su capacidad de autogobierno.

No se puede confundir *discapacidad* con *falta o limitación de la capacidad de obrar*. Así, una persona puede padecer una discapacidad física, psíquica o sensorial sin que sea preciso limitar su capacidad de obrar. El concepto de discapacidad fue introducido en el Código Civil estatal por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

Debemos destacar que la incapacitación y la discapacidad o dependencia que pueden afectar a una persona son situaciones distintas tanto en sus presupuestos como en su forma de determinación y sus efectos jurídicos. Así, la incapacitación es un estado civil que se constituye previa resolución judicial, en la que se deberá constatar la existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma, y se deberá establecer la medida de protección aplicada a la persona y sus bienes o solamente a la persona o los bienes. La medida de protección debe aplicarse en función de la capacidad de la persona afectada.

La discapacidad y la dependencia, por su parte, son situaciones de hecho que no presuponen la limitación de la capacidad de autogobierno de la persona, aunque en ocasiones sí puede existir una limitación de esta capacidad de autogobierno. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece como objetivo regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos, en cualquier parte del territorio del Estado español, en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes.

El artículo 2.2 de la citada ley define la dependencia como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

Aunque la minoría de edad genera un deber de atención y cuidado que corresponde a los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 del Código Civil estatal, es posible que el menor se encuentre en situación de dependencia por razones distintas a su edad y, por tanto, pueda ser destinatario de las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 5 de la citada ley¹²⁶.

¹²⁶ Modéjar Peña, María (2009): “Los menores de edad en el sistema integrado para la autonomía y la atención a la dependencia previsto en la ley 39/2006, de 14 de diciembre”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pág. 973.

La discapacidad y la dependencia no tienen que ir precedidas de una declaración judicial para ser jurídicamente relevantes. La discapacidad y la dependencia tienen en cuenta determinadas circunstancias personales pueden tener en el normal desarrollo de la vida cotidiana de las personas que las padecen y que pueden ver limitada su autonomía personal. La discapacidad y dependencia serán determinadas mediante la correspondiente resolución administrativa¹²⁷, con posibilidad de recurso en vía judicial¹²⁸.

El alcance de la incapacitación judicial de una persona dependerá del grado en el que se encuentre limitada, en el caso concreto, su capacidad de autogobierno.

La sentencia que declare la incapacidad de una persona deberá precisar la medida de protección a la que deba quedar sujeta. Si se declara su falta absoluta de capacidad de obrar, será preciso someter a la persona incapacitada y su patrimonio al cuidado y atención de un representante legal, ya sea mediante la patria potestad, prorrogada o rehabilitada, o mediante la tutela, mientras que, si se reconoce que tiene capacidad de obrar, aunque limitada, bastará designar una persona encargada de asistirle en aquellos actos jurídicos que no pueda realizar válidamente por sí sola¹²⁹.

La posibilidad de prestar el consentimiento por representación aplicable a los supuestos en los que el paciente no tiene capacidad para prestar el

¹²⁷Moretón Sanz (2009) considera que deberían tramitarse las solicitudes de dependencia que realice un menor de edad maduro. (Moretón Sanz, María Fernanda (2009): "El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España". En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pág. 1009).

¹²⁸García Garnica, María del Carmen (2013): "Capítulo 17. Discapacidad y dependencia (I). Concepto y evolución jurídica", En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (dir.) (2013): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo II. Navarra: Thomson Reuter, págs.183-195.

¹²⁹García Garnica, María del Carmen (2013): "Título IX. De la incapacitación". En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.) (2013): *Comentarios al Código Civil... (op. cit., pág. 2042)*.

consentimiento al tratamiento médico, se establece en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, según el cual se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

La disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia ha modificado los apartados 3,4, y 5 y ha añadido los apartados 6 y 7 al artículo 9 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.

El artículo 9-3 a) regula una serie de situaciones que en la práctica pueden ser diferentes. Se refiere a un paciente que, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es capaz de tomar decisiones, o bien a los casos en que su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación. En este apartado, se limita a señalar que, si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

El supuesto previsto en el artículo 9.3 b) se refiere a los pacientes que tengan la capacidad modificada judicialmente y así conste en sentencia. También el artículo 199 del Código Civil estatal se refiere a esta situación al determinar que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”.

La sentencia en la que se declare la incapacitación debe establecer el organismo de guarda aplicable al incapacitado. El artículo 9.3 b) de la Ley 41/2002 solo resulta aplicable cuando el incapacitado quede sometido a representación legal, y no en los demás casos. El artículo 9.3.c) regula el consentimiento por representación cuando el paciente es menor de edad. El

apartado 4 del artículo 9 establece que no cabe prestar el consentimiento por representación cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, estableciendo en el párrafo segundo del mismo apartado que, a pesar de lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor de edad, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor de edad, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. Consideramos que esta solución resulta claramente discutible, ya que se aparta del principio de autonomía del menor configurado en la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

El artículo 9.7 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, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones. En el supuesto en que el paciente sea una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes.

El Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, establece en su artículo 12 que los Estados parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los ámbitos de la vida y que se deberán adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad introduce un modelo de apoyo para la toma de decisiones por parte de aquellas personas que tienen limitado el ejercicio de la capacidad, sin tener que recurrir a la incapacitación y al modelo de representación o sustitución en la toma de decisiones. Este artículo crea la obligación a todos los Estados parte de revisar sus legislaciones vigentes en todas aquellas materias que tengan que ver con la capacidad jurídica de una persona y de instaurar nuevas formulas para complementar la falta de capacidad de obrar de la persona, sin que esta tenga que ser sustituida salvo en aquellos casos en los que debido a la extrema gravedad no exista otra alternativa¹³⁰.

La disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes Generales, en el plazo de un año desde su entrada en vigor, un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para cumplir el artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sin que a fecha de hoy se haya procedido a dar cumplimiento a la disposición contenida en este precepto.

Cabe considerar que se está produciendo en nuestro ordenamiento jurídico un cambio de terminología a la hora de referirse a las personas con discapacidad, con la finalidad de realizar una adecuación a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; así, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sustituye todas las referencias contenidas a los términos *incapaz* o *incapaces* por los términos *persona con discapacidad necesitada de*

¹³⁰Velasco Ortega, Inmaculada Concepción (2014): "Del estado civil del incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad" En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, pág.167.

especial protección o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establece en su preámbulo, como uno de los objetivos de la ley, la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología que supone la eliminación de los términos *incapaz* o *incapacitación* y su sustitución por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente. Esta adaptación terminológica, sin embargo, todavía no se ha producido en el Código Civil ni en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al regular la capacidad de la persona.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en capítulo cuarto del libro segundo la tutela, la curatela y la guarda de hecho, estableciendo que solo se aplicará lo dispuesto en dichos preceptos cuando no se solicite la constitución de la tutela o curatela en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 29 de abril de 2009, en la que fue ponente Encarnación Roca Trias, analiza la adecuación de nuestra legislación actualmente vigente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En el fundamento de derecho tercero se refiere al escrito del Ministerio Fiscal que considera que la figura vigente en el derecho español que sería más acorde con el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad sería la curatela, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados según las necesidades del caso, mientras que considera que debe eliminarse la incapacitación cuando priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos, siendo sustituido por un tutor.

El Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia de 29 de abril de 2009, establece que la proclamación de la dignidad de la persona, reconocida en el artículo 10 de la Constitución como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica. El artículo 49 de la

Constitución, asimismo, obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección en favor de las personas con problemas de salud.

La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones adaptables a cada situación concreta, la tutela, la curatela y las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto aspectos patrimoniales, regulados en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. En el fundamento de derecho sexto, analiza los sistemas seguidos en países de nuestro entorno como Francia, Alemania o Italia, que también han firmado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Considera el Tribunal Supremo, en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia, que el sistema de protección se debe adaptar a las necesidades de protección de la persona afectada y constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección. Considera asimismo que el sistema de protección establecido en nuestro ordenamiento jurídico se adapta a las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siempre que se interprete teniendo en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Se debe, además, tener en cuenta que la incapacitación no es una medida discriminatoria, sino que se toma para adaptar la medida de protección a la situación de la persona que carece de facultades intelectivas o volitivas necesarias para autogobernarse.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus observaciones al informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, y en relación con el derecho a la vida reconocido en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006:

[...] toma nota con satisfacción de que la Ley nº 26/2011 modifica la reglamentación incluyendo disposiciones que reflejan el derecho a la accesibilidad cuando se consiente con conocimiento de causa en recibir tratamiento médico. Sin embargo, deplora que los tutores que representan a personas con discapacidad consideradas <legalmente incapacitadas> puedan legalmente consentir en que se terminen o se suspendan el tratamiento médico, la nutrición u otros medios de sustentación de la vida de estas personas. [...] “El Comité solicita al Estado parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida ¹³¹”.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su disposición final segunda, modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 del artículo 9 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.

El apartado sexto introducido por la citada ley establece que, en los casos en que el consentimiento se haya otorgado por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda, salvo que, por razones de urgencia, no sea posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptaran las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

¹³¹ <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>> Vid. puntos 29 y 30. [consulta: 12/06/2013].

Se ha destacado cómo llama la atención que no se exija la autorización judicial previa a la actuación médica, o la ratificación posterior en casos de urgencia, cuando el consentimiento se ha otorgado por sustitución, ni siquiera cuando la actuación médica pueda poner en grave peligro la vida o la integridad física de la persona que carece de capacidad, cuando esta autorización sí es preceptiva, en cambio, para el internamiento por razón de trastorno psíquico¹³². La nueva regulación que da la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia al apartado sexto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica no establece la necesidad de comunicación ni la ratificación posterior por la autoridad judicial de la medida acordada por los facultativos en caso de urgencia. Consideramos que debería existir esta comunicación y ratificación en términos similares a los previstos en el artículo de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para los internamientos urgentes.

Por otro lado, el artículo 9 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 establece que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

A este respecto, cabe tener en cuenta que el aumento de la esperanza de vida y los avances médicos están dando lugar cada vez más a casos en los que la persona adulta, en principio plenamente capaz, conoce que perderá gradualmente su capacidad y trata de garantizar que se cumplan una serie de previsiones sobre la atención de su persona o sus bienes, aplicables en el momento en que se encuentre en una situación de falta de capacidad en la que no pueda tomar decisiones por sí misma.

¹³²Sole Resina, Judith (2014): "La protección de las personas mayores y con discapacidad en el ámbito de la salud". En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, pág. 114.

En el derecho estatal, este objetivo se ha concretado en la regulación de la denominada autotutela y los poderes preventivos, introducidos ambos por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y constituye una expresión del respeto a la voluntad del interesado cuando es plenamente capaz, de aplicación al supuesto en que pierda esta capacidad.

Se define la autotutela, regulada en el artículo 223 del Código Civil estatal, como la facultad que se reconoce a una persona con la capacidad de obrar suficiente, para que, en previsión de su futura incapacitación, adopte cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los poderes preventivos están regulados en el artículo 1732 del Código Civil estatal, al establecer en su apartado tercero que el mandato se extinguirá por la incapacitación sobrevinida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación, o cuando el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por este¹³³.

En Cataluña, además de regular las delaciones hechas por uno mismo en el artículo 222-4 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, se ha regulado figura jurídica de la asistencia, por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226-1, una persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de sí misma o de sus bienes, debido a una disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente. Dentro del contenido de la asistencia, el apartado segundo del artículo 226-2 establece que en particular le corresponde recibir la información y dar el consentimiento si no puede decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no ha otorgado un documento de voluntades anticipadas.

¹³³Pérez Monge, Marina (2013): "Capítulo 14. Edad avanzada". En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (dir.) (2013): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra: Thomson Reuter, págs. 719-734.

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, regula en su artículo 11, con carácter nacional, las Instrucciones Previas, mediante las cuales una persona mayor de edad, capaz y libre, puede manifestar anticipadamente su voluntad, con la finalidad de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuya circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, pudiendo designar, además, un representante para que, si llegase el caso, pueda servir como su interlocutor con el médico para garantizar el cumplimiento de sus instrucciones previas. De esta forma, la persona con problemas de salud mental, en los períodos en que se encuentra con capacidad para decidir al respecto, puede dejar establecida su voluntad referida al tratamiento o a nombrar incluso a un representante o interlocutor frente al sistema sanitario. Y el artículo 11.3 dispone que “no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico”¹³⁴.

Es necesario, para que sean eficaces las instrucciones previas, que sean accesibles en los momentos y lugares en que se requiera conocer su contenido, y con esta finalidad se ha creado, mediante el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

Las Comunidades Autónomas deberán remitir al registro nacional todas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos, así como las copias de los documentos que contengan las instrucciones previas. Se ha destacado las dificultades que se están presentando para llevar a cabo esta labor, como consecuencia de incompatibilidades tecnológicas o de la existencia de retrasos en el volcado de los datos al registro nacional¹³⁵.

¹³⁴Barrios Flores (2006) señala que es cierto que el beneficio del paciente juega un papel primordial; pero que, en la práctica, no puede olvidarse el papel secundario, pero existente, que juegan otros intereses también legítimos como la salvaguarda de la integridad de terceras personas. (Barrios Flores, Luis Fernando (2006): “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España...” (*op. cit.*, pág. 397).

¹³⁵Marcos del Cano, Ana María (2013): “Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España”. En Palomar Olmedo, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.) (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pág. 840.

Asimismo, se ha destacado cómo las sustanciales diferencias en el contenido de las instrucciones previas reguladas en la legislación de las diferentes Comunidades Autónomas hacen que sea necesaria la reforma de las normas aplicables con la finalidad de regular esta materia de una manera clara¹³⁶.

Se ha planteado que, para poder llevar a cabo una efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales de los pacientes, son precisos medios legislativos idóneos, tal y como ocurre en los supuestos de privación de libertad por razones penales. Se trataría de instrumentos normativos mediante los cuales se daría cumplimiento a los mandatos constitucionales en lo que se refiere a la previsión legal de limitación de tales derechos. Es preciso asimismo el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia, así como el desarrollo de los tratados internacionales sobre la materia.

En este sentido el defensor del pueblo, en la 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, ha instado a que se modifique el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de contar con la autorización o comunicación judicial cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de los derechos fundamentales. Asimismo, recomienda que se modifique este artículo para introducir el control judicial en aquellos casos en que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, sobre todo cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación de la persona que no está en condiciones de decidir por sí misma¹³⁷.

Entendemos que la legislación sobre la materia es totalmente insuficiente, siendo necesaria una regulación que contemple expresamente el Tratamiento Ambulatorio Involuntario y evite la situación de inseguridad jurídica en la que

¹³⁶*Ibidem*, página 849.

¹³⁷Ventura Mas, Silvia (2006): "Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas". En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Volumen 92, pág.120.

nos encontramos en la actualidad en esta materia que determina una diversidad de criterios en la actuación de nuestros juzgados y tribunales¹³⁸.

¹³⁸Magro Servet (2011) alude a la necesidad de aprobación de una norma legal con rango de ley orgánica para coordinar actuaciones entre el estamento sanitario y judicial de supuestos que están ya contemplados en el ordenamiento jurídico. (Magro Servet, Vicente (2011): "Hacia la necesaria ley orgánica integral de coordinación sanitario-judicial para la protección de las personas que sufren problemas de salud mental". En *Diario La Ley*, n.º 7702, pág.12.

3.3. APROXIMACIÓN AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL APLICABLE

En la Proposición de Ley de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para Regular los Tratamientos no Voluntarios de Personas con Trastornos Psíquicos, presentada en el año 2004 por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió¹³⁹, en el apartado quinto que se adicionaba al artículo 763 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se refería, en cuanto al procedimiento aplicable, exclusivamente a la previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, informe del forense y del Ministerio Fiscal, estableciendo que en la resolución que se dictase debía determinarse el plan de tratamiento y los mecanismos de control. Se expresaba asimismo la obligación de los facultativos de informar a la autoridad judicial, al menos cada tres meses, de la evolución y el seguimiento de la persona afectada y de la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para Facilitar y Agilizar la Tutela y Garantía de los Derechos de la Persona y en Materia Civil y Mercantil¹⁴⁰, al regular la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, reguló con más detalle el procedimiento judicial aplicable. Así, el artículo 85 se refería a las personas que estaban legitimadas para instar el procedimiento, estableciendo una legitimación amplia, que incluía tanto al cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona a la que deba aplicarse el tratamiento, los tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que lo atienda o el responsable del servicio de salud donde se encuentre, pudiendo promover también el expediente el Ministerio Fiscal si las personas anteriores no existieran o no lo hubieran promovido.

El artículo 86 regulaba los requisitos de la solicitud, exigiendo propuesta razonada sobre la situación de incapacidad del paciente, el tratamiento al que está sometido y la situación de incumplimiento del tratamiento. Se establecía

¹³⁹Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, número 101-1, 19 de julio de 2004.

¹⁴⁰Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, número 109-1, 27 de octubre de 2006.

como procedimiento que, admitida a trámite la solicitud por la autoridad judicial, el secretario judicial, en el plazo máximo de 24 horas, citaría a una comparecencia al solicitante, al paciente y al Ministerio Fiscal, pudiendo el paciente disponer de defensa en los términos previstos en el artículo 758 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En todo caso, era preceptivo recabar informes sobre la falta de capacidad de decidir del paciente y sobre el plan de tratamiento actual, debiéndose recabar asimismo informes del forense y pudiéndose practicar de oficio o a instancia de parte las pruebas que se estimasen pertinentes.

El artículo 87 establecía que, en el auto motivado que debía dictarse, debía establecerse el plan de tratamiento y asimismo los mecanismos de supervisión y control de las medidas acordadas; el dispositivo sanitario responsable debía informar a la autoridad judicial, al menos cada tres meses, de la evolución y seguimiento de la persona afectada y de la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento. El tratamiento podía cesar por prescripción facultativa, con la obligación de comunicar esta medida a la autoridad judicial.

Según la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre el Tratamiento Sustantivo y Procesal de los Conflictos ante las Transfusiones de Sangre y otras Intervenciones Médicas sobre Menores de Edad en caso de Riesgo Grave, considera que con carácter general la intervención judicial para casos de conflictos se ampara en las previsiones del artículo 158 del Código Civil estatal. Este precepto, en su apartado sexto, que fue añadido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, dispone que la autoridad judicial, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de edad de un peligro o de evitarle perjuicios, en su entorno familiar o frente a terceras personas, debiendo garantizar la autoridad judicial que el menor de edad pueda ser oído.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, modifica el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, estableciendo, en su apartado 10, lo siguiente:

La negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto a los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor constituye una situación de riesgo. En tales casos, las autoridades sanitarias, pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, tales situaciones a los efectos de que se adopte la decisión correspondiente en salvaguarda del mejor interés del menor.

El artículo 216.2 del Código Civil establece que “las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos”.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, añade un nuevo apartado al artículo 216 del Código Civil, estableciendo que, si se tratara de menores de edad que estén bajo la tutela de la Entidad Pública, estas medidas solo podrán ser acordadas de oficio, o a instancia de la Entidad Pública, del Ministerio Fiscal o del propio menor.

Por su parte, el artículo 158 del Código Civil establece, según la redacción dada por la Ley 15/2015, de 3 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, y la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.

Por tanto, cuando no se siga otro procedimiento, se tendrá que incoar un expediente de jurisdicción voluntaria. La regulación del procedimiento de jurisdicción voluntaria se contenía en los artículos 1811 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente hasta la entrada en vigor el 23 de julio de 2015 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que deroga los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que se habían mantenido vigentes, de conformidad con lo establecido en la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula un procedimiento específico para adoptar medidas de protección de los menores de edad y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil estatal.

Según el criterio de la circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, la urgencia de la decisión a adoptar debe llevar a que el procedimiento se tramite por el Juzgado de Guardia, derivada dicha competencia de la previsión contenida en el artículo 42.5 del Reglamento 1/2005, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, que dispone que el juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil, así como de las atribuidas a los jueces decanos en el artículo 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que establece los siguiente:

[...] los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

En relación con el procedimiento regulado en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 85 establece, en cuanto a su tramitación, que, una vez admitida la solicitud por el secretario judicial, este citará a una comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada

judicialmente o al menor de edad si tuviere suficiente madurez y en todo caso, si fuese mayor de 12 años.

La autoridad judicial podrá acordar durante la comparecencia las diligencias que estime oportunas. No es preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar en estos expedientes.

El artículo 87 establece con carácter general la competencia del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor de edad o persona con capacidad modificada judicialmente. Establece, asimismo, que las medidas establecidas en este capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse también a instancia de cualquier interesado.

Según el artículo 88, si la autoridad judicial estimase las medidas, resolverá lo que corresponda, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en los artículos 158 y 167 del Código Civil, y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial o un administrador.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en su disposición final segunda, modifica los apartados 3, 4, y 5 y añade los apartados 6 y 7 del artículo 9 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. Con la nueva redacción se establece que, en caso de actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor de edad, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor de edad, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

El apartado sexto introducido por la citada ley establece que, en los casos en que el consentimiento se haya otorgado por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que corresponda, salvo que,

por razones de urgencia, no sea posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

El apartado sexto no establece ningún procedimiento ni establece las personas legitimadas para poner los hechos en conocimiento de la autoridad judicial a fin de que adopte la resolución que corresponda. No está prevista la obligación de los facultativos de comunicar a la autoridad judicial las medidas urgentes adoptadas para salvaguardar la vida o la salud del paciente. Consideramos que debería haberse establecido una previsión similar a la establecida en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con los internamientos urgentes, que establece la obligación del responsable del centro de dar cuenta del internamiento al tribunal lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la ratificación de la medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el tribunal tenga conocimiento del internamiento.

En Alicante se desarrolla desde el año 2008 un Protocolo de Actuación Sanitaria Judicial en Supuestos de Tratamientos Ambulatorios Involuntarios¹⁴¹. El protocolo tiene como objetivo coordinar actuaciones entre el estamento sanitario y el judicial en supuestos que ya están contemplados en el ordenamiento jurídico. En el mismo se regulan tanto las personas legitimadas para instar el tratamiento como los requisitos del procedimiento, y se establece en su artículo 12 que la indicación de finalización del proceso de judicialización la realizará el psiquiatra responsable a través de un informe razonado dirigido al juzgado competente, dictaminando la autoridad judicial su finalización. Las causas de finalización del proceso son el cumplimiento ininterrumpido de la medida durante dieciocho meses de tratamiento, sea o no efectiva la medida, o cambios en las circunstancias del paciente que desaconsejen el procedimiento.

¹⁴¹ <http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAAahUKewj177yL2tbHAhWEoxQKHWvbCvw&url=http%3A%2F%2Fwww.poderjudicial.es%2Fstfls%2Fcgpj%2FJUSTICIA%2520Y%2520DISPACIDAD%2FCURSOS%2FFICHEROS%2FProtocolo%2520de%2520actuaci%25C3%25B3n%2520sanitaria-judicial%2520en%2520supuestos%2520de%2520tratamiento.pdf&usq=AFQjCNFQ9Ej1I5-V_rpPH7RbSNh9pAbBPA> [consulta: 15/07/2015].

Existen tratamientos médicos que requieren autorización judicial en determinados supuestos y se regulan por un procedimiento específico. Nos ocupamos a continuación de tales tratamientos.

En primer lugar, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015, establece en su artículo 156 que no será punible la esterilización acordada por un órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar su consentimiento para la práctica de la esterilización, 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 que establezca la legislación civil.

En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, se indica que el artículo 156:

[...] se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

Según la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

[...] 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.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en el capítulo X del libro II, la extracción de órganos de donantes vivos. Se establece como objeto de este expediente de jurisdicción voluntaria la constatación por la autoridad judicial de la concurrencia del consentimiento libre, consciente y desinteresado del donante y demás requisitos exigidos para la extracción y trasplante de órganos que dé un donante vivo por la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, establece como requisito fundamental el beneficio del receptor del órgano, conforme indica la ley en su artículo 4 d), al referirse al propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida. La necesidad del carácter voluntario de la cesión se traduce en el requisito legal del consentimiento informado, y se imponen a este consentimiento rigurosos requisitos tanto de forma como de capacidad. Según indica el artículo 4 a) de la Ley, el donante debe ser mayor de edad, no siendo posible obtener ningún tipo de órganos de personas que no pueden otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente, de conformidad con lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 4.

Se determina como límite de la cesión que la pérdida del órgano o elemento corporal que se va a ceder sea compatible con la vida y no disminuya gravemente su capacidad funcional. Por otra parte, el móvil de la cesión debe ser necesariamente desinteresado, estableciéndose en el artículo 2 de la citada ley la prohibición de percibir compensación alguna por la donación de órganos¹⁴².

El artículo 78 atribuye la competencia al Juzgado de Primera Instancia de la localidad donde haya de realizarse la extracción o el trasplante, a elección del solicitante.

¹⁴²Marco Molina (2001) considera que “de no existir la referida prohibición legal, no cabría tampoco admitir la cesión mediante precio, ya que la misma atenta contra uno de los límites institucionales de la autonomía de la voluntad (art.1255 C.C.): la moral, entendida como el núcleo de las convicciones socialmente más arraigadas. (Marco Molina, Juana (2001): “El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos”. En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, pág. 1715).

Según el artículo 79, el expediente se iniciará mediante solicitud del donante o comunicación del director del centro sanitario donde vaya a producirse la extracción, o persona en la que delegue. En el apartado 1 se establecen los requisitos mínimos de esta solicitud, dentro de los que se encuentra la necesidad de acompañar un certificado médico sobre la salud mental y física del donante.

No es preceptiva la intervención de abogado ni procurador. Deberá realizarse una comparecencia a la que se citará al donante y al médico que debe efectuar la extracción, al médico que ha emitido el certificado médico sobre la salud del donante y al médico que debe realizar el trasplante o persona en quien delegue. El donante deberá otorgar su consentimiento expreso ante el Juez durante la comparecencia, después de oír las explicaciones oportunas sobre la concurrencia de los requisitos que establece la ley para el otorgamiento del consentimiento.

De conformidad con el artículo 80, si la autoridad judicial considera que se han cumplido todos los requisitos legales, extenderá por escrito el documento de cesión del órgano que será firmado por el interesado, el médico que ha de efectuar la extracción y el resto de asistentes, estableciéndose en el documento de cesión la posibilidad que tiene el donante de revocar su consentimiento en cualquier momento previo a la intervención.

Si la autoridad judicial considera que no se han cumplido los requisitos legales o que el consentimiento prestado por el donante no ha sido libre, consciente o desinteresado, no extenderá el documento de cesión del órgano.

4. LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DESTACADAS.

Poblaciones como Madrid, País Vasco, Barcelona y Valencia, entre otras, cuentan con juzgados que de manera más o menos puntual, tienen la experiencia práctica de haber articulado el Tratamiento Ambulatorio Involuntario¹⁴³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que “no se puede deducir del artículo 5.1. e) el derecho de un paciente a un tratamiento adecuado a su estado”¹⁴⁴. El Tribunal Europeo no dice que la persona con problemas de salud mental no tenga derecho al tratamiento médico, sino que tal derecho no es de aquellos a los que se extiende la protección del mencionado precepto.

Si la detención de un enfermo mental no será regular salvo que tenga lugar en un hospital, clínica u otro establecimiento apropiado, si no se puede internar a nadie como enajenado sin datos médicos que pongan de manifiesto un estado mental adecuado que justifique la hospitalización y si se exige una peritación médica objetiva, parece lógico pensar que, con estas premisas, lo que se pretende es la curación o, al menos, la evolución favorable de la patología, y ello requiere un tratamiento adecuado a la misma, de acuerdo con las reglas de la *lexartis*.

La legalidad material de la privación de libertad de una persona con problemas de salud mental es inseparable de las condiciones del tratamiento cuya finalidad es la curación de aquel, lo que supondrá, al mismo tiempo, una pronta reintegración de la libertad para el afectado por la medida. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido considerada, por algunos autores, restrictiva en exceso, en este sentido¹⁴⁵.

A continuación vamos a hacer referencia a la jurisprudencia que hemos considerado más relevante en esta materia:

¹⁴³López-Mora González, Nuria (2007): “El tratamiento ambulatorio involuntario”. En Terreros, José Luis (coord.) (2007): *Los derechos de las personas...* (op. cit., pág. 430).

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre 1979. Caso Winterwerp contra Holanda, apartado 51.

¹⁴⁵García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental...*(op. cit., págs.194-195).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1991, de 17 de enero, plantea el conflicto entre la asistencia médica obligatoria y el derecho a la integridad física y moral en el contexto de la relación de sujeción especial que existe entre los internos en un centro penitenciario y la administración.

Los hechos en los que se basa la demanda de amparo presentada ante el Tribunal Constitucional son los siguientes:

El centro penitenciario de Cáceres solicitó autorización judicial para poder alimentar forzosamente a un interno del Grapo que estaba en huelga de hambre, por encontrarse su vida en grave peligro. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria dictó un auto en el que acordó respetar la consciente voluntad del interno, de forma que decidió que, hasta que el interno no perdiera su consciencia o decidiera recibir voluntariamente tratamiento, no debía ser asistido. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria asimismo acordó el inmediato traslado del interno a un hospital público.

Contra el anterior auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, el fiscal interpuso recurso de apelación, que fue resuelto por la Audiencia Provincial de Cáceres, que dictó una resolución confirmando el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, salvo en lo relativo al inmediato traslado del interno a un hospital público, considerando que en esta cuestión debía estarse a lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario.

El fiscal interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, solicitando la anulación de las anteriores resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y de la Audiencia Provincial de Cáceres por entender que las mismas vulneran el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución al impedir a la Administración Penitenciaria prestar la asistencia sanitaria a la que viene obligada conforme al artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que establece que “la Administración Penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos”.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico cuarto, considera que no se ha producido vulneración de los derechos fundamentales en las resoluciones impugnadas, al entender que las mismas no impiden que la Administración Penitenciaria cumpla con su obligación de velar por la vida, la integridad y la salud de los internos y, por tanto, deniega el amparo solicitado. Asimismo, el Tribunal Constitucional manifiesta que no le corresponde establecer el momento y la forma en la que debe procederse de forma coactiva para evitar riesgos en la vida del interno, pues eso supondría una injerencia en la competencia de la Administración Penitenciaria y, en su caso, de los órganos judiciales competentes.

El artículo 210 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, regula la asistencia obligatoria en casos de urgencia vital. En el apartado primero establece la regla general del necesario consentimiento informado para poder aplicar un tratamiento médico a los internos, aunque establece como excepción cuando exista un riesgo inminente para su vida, en cuyo caso se podrá imponer la intervención médica estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente contra su voluntad. Cuando ello fuera necesario, se deberá solicitar autorización judicial. Asimismo, el apartado tercero establece que, cuando por criterio médico sea necesario el ingreso del interno en un centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la administración penitenciaria solicitará autorización a la autoridad judicial competente y, en los casos de urgencia, la comunicación a la autoridad judicial se efectuará posteriormente de forma inmediata.

Se establece una clara diferencia con la regulación del régimen sanitario general establecido en el artículo 9 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, ya que mientras en el régimen general la intervención sin el consentimiento del paciente, salvo cuando exista riesgo para la salud pública, solo es posible cuando no sea posible conseguir su autorización por falta de capacidad de autogobierno del mismo, en el régimen sanitario penitenciario se puede imponer una

intervención sanitaria, aunque el paciente interno mantenga la capacidad de autodeterminación¹⁴⁶.

En relación con las resoluciones de las Audiencias Provinciales, podemos destacar el auto número 5/2008 de 17 de enero, de la Audiencia Provincial de León, que autoriza el tratamiento ambulatorio Involuntario para atender patología psiquiátrica, considerando aplicable por analogía el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997.

Los hechos en los que se basa el auto son los siguientes:

Los padres de Maribel solicitaron autorización judicial para que su hija fuera sometida a tratamiento ambulatorio involuntario por el equipo de Salud Mental de Ponferrada para atender a su patología psiquiátrica. El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ponferrada, en fecha 9 de abril de 2007, dictó auto por el que denegaba la autorización solicitada por entender que no se trataba de un internamiento no voluntario previsto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Los solicitantes interpusieron recurso de apelación.

Este recurso fue estimado por la Audiencia Provincial de León, en el Auto número 5/2008, de 17 de enero, por los argumentos que expone en sus fundamentos jurídicos segundo y tercero. Así, considera que, dado que está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el internamiento por razón de trastorno psíquico, con más razón debe admitirse el sometimiento de una persona que tiene problemas de salud mental a tratamiento ambulatorio, al tratarse de una medida menos restrictiva de los derechos fundamentales¹⁴⁷, tomando como base jurídica la aplicación analógica del citado artículo 763, así como el artículo 762 del mismo texto legal y del artículo 158 del Código Civil estatal.

¹⁴⁶ Barrios Flores, Luis Fernando (2013): "Régimen jurídico de la sanidad penitenciaria". En Palomar Olmedo, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.) (2013). *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pág.233.

¹⁴⁷ Vivas Tesón, Inmaculada (2010): La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos. Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad, págs. 109,110.

Según el auto del la Audiencia Provincial de León, la medida siempre debe adoptarse en beneficio de la persona afectada y se deben seguir, en cuanto al procedimiento, los trámites previstos para el internamiento involuntario en los apartados tercero y cuarto de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha declarado la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria como consecuencia de un deficiente funcionamiento del sistema de tratamiento y seguimiento de enfermos con alteraciones psíquicas importantes.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sección cuarta, de 7 de mayo de 2013, recurso 177/2013, declaró no haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de 24 de julio de 2012, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias en el recurso 802/2010.

Dicha sentencia estimó en parte el recurso interpuesto frente a la resolución procedente de la Consejería de Salud y Servicios Sociales de 21 de mayo de 2010, por la que se desestimaba la reclamación de responsabilidad patrimonial de los padres de un niño que, cuando estaba jugando en un parque gijonés, fue asesinado por un enfermo psiquiátrico. La sentencia recurrida en casación reconoce el derecho de los recurrentes a ser indemnizados en la cantidad de 70.000 euros, decisión que es confirmada por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2013.

Como justificación de la responsabilidad patrimonial de la administración, el fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo indica lo siguiente:

[...] el enfermo estaba diagnosticado de esquizofrenia paranoide, es decir, padecía un trastorno mental severo, (...) debiendo procurarse el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8, apartado c) y h) del Decreto 81/1986, de 11 de julio, del Principado de Asturias, y no cabe duda que la atención continuada no se produjo, teniendo en cuenta que el pronóstico de alta peligrosidad de D. Eliseo que la sentencia penal recoge de los peritos en el acto del juicio, añadiendo un juicio de

evidencia sobre un deficiente funcionamiento en el sistema de tratamiento de enfermos con alteraciones psíquicas importantes”.

Se establece asimismo, en el fundamento de derecho tercero, que de la normativa de aplicación que se contiene en la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, del Decreto 81/86 del Principado de Asturias, Ley 1/91, de 2 de julio, en el Plan de Atención Psiquiátrica y Salud Mental para Asturias y en los distintos planes estratégicos y programas de actuación, se deduce la necesidad de una continuidad de cuidados y seguimiento de los enfermos con trastornos mentales severos, como un deber de la administración sanitaria, derivándose así una responsabilidad por omisión de este deber de la administración.

En el caso analizado se ha producido un defectuoso, por incompleto, seguimiento de la enfermedad del enfermo mental severo, ya que la administración, conocidos los factores de riesgo, ha de extremar el seguimiento de tales enfermos, evaluando el riesgo potencial de conductas peligrosas, evitando el abandono de la medicación, así como ofreciendo una respuesta rápida a situaciones de crisis.

En el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podemos hacer referencia a la Sentencia de 8 de noviembre de 2011, dictada por la sección 4ª, en el caso V.C. contra Eslovaquia, demanda número 18968/2007¹⁴⁸. El asunto tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Eslovaquia, que una ciudadana eslovaca de origen romaní presentó ante el Tribunal alegando la violación de los artículos 3, 8, 12, 13 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como consecuencia de una esterilización en un hospital público.

El 23 de agosto de 2000, la demandante fue esterilizada mientras se encontraba hospitalizada durante el parto de su segundo hijo. La demandante alega que, después de varias horas de parto y mientras se encontraba con muchos dolores, el personal médico le preguntó si quería tener más hijos, a lo

¹⁴⁸ <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["18968/07"\],"documentcollectionid":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-139413"\]}> \[consulta: 12/06/2015\].](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

que respondió afirmativamente. Los médicos le informaron que si volvía a quedarse embarazada tanto ella como el niño o niña morirían. La demandante manifestó que, por temor a que las consecuencias fueran fatales, firmó debajo de la nota que indicaba que había solicitado la esterilización, sin entender el significado de este término.

La demandante sufrió graves problemas médicos y psicológicos derivados del procedimiento de esterilización, siendo condenada al ostracismo por parte de la comunidad romaní. En 2009 la demandante y su marido se divorciaron, y ella consideró que su infertilidad había sido una de las causas de su separación.

El 23 de enero de 2013, en respuesta a la publicación por parte del Centro de Derechos Reproductivos y del Centro de Derechos Humanos y Civiles de “Cuerpo y alma: esterilización forzosa y coercitiva y otros atentados a la libertad reproductiva de los romaníes en Eslovaquia”, la sección para los derechos humanos y las minorías de la oficina del Gobierno inició una investigación penal sobre la presunta esterilización ilegal de ciertas mujeres romaníes. Como consecuencia de la publicación de este informe, la demandante se enteró de que una ligadura de trompas no era una operación vital y de que era necesario el consentimiento pleno e informado de la paciente para este procedimiento.

El 9 de septiembre de 2004, la demandante presentó una demanda ante los tribunales nacionales fundamentada en que la esterilización que le había sido practicada había supuesto una violación de la legislación eslovaca y de las normas internacionales de derechos humanos, alegando que no había sido debidamente informada sobre el procedimiento, sus consecuencias, y las soluciones alternativas, y solicitando una disculpa en el procedimiento y una indemnización por daños. La demanda fue desestimada en instancia, así como en el recurso de apelación presentado contra la sentencia y en el posterior recurso presentado ante el Tribunal Constitucional¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Apartados 24,26,27,28,35,38,39,41,41 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de noviembre de 2011.

En cuanto a las normas internacionales aplicables al caso, existe una referencia a las mismas en los apartados 76-86 de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre las normas citadas podemos destacar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de los Seres Humanos en relación con la Aplicación de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, que fue ratificado por Eslovaquia el 15 de enero de 1998 y entró en vigor respecto a Eslovaquia el 1 de diciembre de 1999.

El artículo 5 del Convenio establece la regla general según la cual una intervención en el ámbito sanitario solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, tras haber recibido una información adecuada sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. La persona afectada podrá en cualquier momento retirar libremente su consentimiento. Según el apartado 77 de la sentencia, este artículo aborda el consentimiento afirmando a nivel internacional una norma ampliamente arraigada por la que nadie puede, en principio, ser forzado a someterse a una intervención sin su consentimiento.

Se considera que el consentimiento del paciente es libre e informado si se otorga a partir de una información dada por el profesional sanitario que debe incluir la naturaleza y las consecuencias de la intervención y los riesgos que comporta, así como las posibles alternativas al tratamiento, teniendo en cuenta las características individuales de cada paciente. La información debe ser suficientemente clara, debiendo ser formulada de una manera adecuada a la persona que va a someterse a la intervención.

Según el apartado 86 de la sentencia, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de la Unesco de 19 de octubre de 2005, establece en su artículo 6 la necesidad de que toda intervención médica se lleve a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada.

La demandante alegó la violación del artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, el cual dispone que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, fundamentando la misma en la ausencia de un consentimiento pleno e informado a su esterilización tal y como requieren las normas internacionales, y en la consideración de que no fue un procedimiento vital en su caso y que el mismo había que verlo en el contexto de la práctica generalizada de esterilización de las mujeres romaníes.

En el apartado 105 de la sentencia, el Tribunal destaca que la verdadera esencia del Convenio es el respeto a la dignidad y libertad humanas, habiéndose llegado a declarar en el ámbito de la asistencia médica, incluso cuando el rechazo a aceptar un determinado tratamiento pueda conducir a un final fatal. La imposición del mismo, sin el consentimiento del paciente mentalmente capaz, supondría una injerencia en su derecho a la integridad física.

El Tribunal considera que la esterilización no es, con carácter general, una cirugía vital y, dado que en este caso no existía una emergencia que supusiera un riesgo inminente de daño irreparable para la salud o la vida de la demandante, y siendo la misma una adulta mentalmente capaz, su consentimiento informado era un requisito previo al procedimiento de esterilización.

Por otra parte, no se desprendía de los documentos presentados que la demandante estuviera plenamente informada sobre su estado de salud, el procedimiento propuesto y las alternativas al mismo. Además, el hecho de haber solicitado a la demandante su consentimiento para dicha intervención mientras ella estaba de parto y poco antes de la realización de una cesárea está claro que no le permitió tomar una decisión por su propia voluntad.

El Tribunal considera que la forma en que actuó el personal del hospital fue paternalista, ya que en la práctica no se ofreció a la demandante ninguna otra opción que la de aceptar el procedimiento que los médicos consideraban apropiado en vista de su situación. A pesar de que no existen indicios de que el equipo médico actuara con la intención de maltratar a la demandante, actuaron

sin tener en consideración el derecho que tiene, como paciente, a la autonomía y a la elección, entendiéndose que el trato al que fue sometida la demandante alcanzó el nivel de gravedad necesario para considerar que había habido una violación del artículo 3 del Convenio¹⁵⁰.

La demandante alegó asimismo la violación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el cual dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, prohibiendo la injerencia de la autoridad pública en este derecho, salvo que esté prevista en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

En los apartados 138 y 139 de la sentencia, el Tribunal pone de manifiesto que la vida privada es un término amplio, que abarca los aspectos físicos, psicológicos, de identidad social de un individuo, tales como el derecho a la autonomía y el desarrollo personal, y que el principal objeto del artículo 8 consiste en proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas.

El Tribunal, en los apartados 143, 145, y 152-155 de la sentencia, indica que la esterilización de la demandante afectó a su condición reproductiva y tuvo repercusiones en varios aspectos de su vida privada y familiar, y que existió una injerencia en sus derechos en virtud del artículo 8 del Convenio, considerando importante examinar si el Estado demandado cumplió con la obligación positiva que establece este precepto de salvaguardar a través de su ordenamiento jurídico los derechos garantizados por dicho artículo, poniendo en marcha las garantías legales eficaces para proteger la salud reproductiva de las mujeres de origen romaní, en particular.

¹⁵⁰ Apartados 110, 111, 112, 114, 119 y 120 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de noviembre de 2011.

El Tribunal consideró que la Ley de Asistencia Sanitaria de 1994 y el Reglamento de Esterilización de 1972, que eran la legislación eslovaca aplicable al caso en el momento de los hechos, en vista de su interpretación y aplicación en el caso contemplado en la sentencia, no proporcionaron las garantías adecuadas y permitieron que sucediera de hecho una intervención de tal relevancia realizada sin el consentimiento informado, cuando en aquel tiempo Eslovaquia estaba obligada a obtener dicho consentimiento, tal como se definió en la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina.

Al promulgar la Ley de Asistencia Sanitaria, que entró en vigor el 1 de enero de 2005, se introdujeron medidas específicas con vistas a solucionar dichos errores y garantizar el cumplimiento de las normas internacionales. El Tribunal señala que, aunque los avances producidos en la legislación son positivos, no pueden afectar a la situación de la demandante ya que son posteriores a los hechos de este caso.

La ausencia, en el momento en que se produjeron los hechos, de las garantías que prestan especial atención a la salud reproductiva de la demandante como mujer romaní dio lugar a un incumplimiento del Estado demandado para cumplir con su obligación positiva de asegurarle la protección suficiente que le permitiera ejercer su derecho al respeto de su vida privada y familiar, por lo que el Tribunal declara que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio.

Por último, haremos referencia a la Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 3 de julio de 2012, asunto X contra Finlandia, demanda número 34806/04¹⁵¹. El caso tiene su origen en una demanda dirigida contra la república de Finlandia que una ciudadana finlandesa que tenía la profesión de pediatra presentó ante el Tribunal, alegando la violación del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, al considerar que el procedimiento penal seguido en su contra incumplió

¹⁵¹<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["34806/04"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-139067"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>[consulta:30/05/2015].

los requisitos de un juicio justo, así como la violación de los artículos 5 y 8 del Convenio por entender que fue innecesaria e ilegalmente internada a la fuerza en un centro psiquiátrico y que le fue administrada medicación también por la fuerza.

El 18 de abril de 2001 la demandante fue detenida como sospechosa de haber ayudado a una madre en el secuestro de su propia hija. Durante el curso del procedimiento, el Tribunal de Distrito ordenó que la demandante se sometiera a una evaluación psiquiátrica y, en ese momento, la misma se ocultó a la justicia, y fue detenida en octubre de 2004. El Tribunal ordenó que la demandante fuera mantenida bajo custodia policial y que fuera posteriormente internada en un centro psiquiátrico designado por el servicio nacional médico forense.

En noviembre de 2004, la demandante fue conducida a un centro psiquiátrico estatal para ser sometida a una valoración psiquiátrica. El doctor encargado de realizar dicha valoración llegó a la conclusión de que la demandante padecía un trastorno delirante y de que carecía de responsabilidad penal en el momento en que fue cometido el presunto delito, constatando que se cumplían los requisitos para un internamiento forzoso y considerando asimismo que la demandante necesitaba ser sometida de manera forzosa de un tratamiento para poder restablecerse de su trastorno. En febrero de 2005, el consejo de psiquiatría forense ordenó, en base a la anterior propuesta, que la demandante recibiría tratamiento forzoso en un centro psiquiátrico estatal, a fin de tratarla del trastorno delirante que había estado afectando su vida desde años atrás, por el cual se encontraba en una situación de incapacidad para considerar una cuestión desde cualquier otra perspectiva que no fuera la suya propia o de tener una visión crítica en cuanto al acierto de sus propias conclusiones.

La demandante estimó que no necesitaba tratamiento psiquiátrico alguno y expresó su deseo de obtener una segunda opinión médica en cuanto a la necesidad del tratamiento. En marzo de 2005, tras la resistencia ofrecida por la demandante para tomar la medicación vía oral, se le empezó a realizar una administración forzosa de la misma.

En octubre de 2005, la demandante consultó a un psiquiatra, el cual señaló, en su condición de tercero exterior al asunto, que la cantidad de medicación administrada a la demandante le parecía excesiva, considerando asimismo que la medicación forzosa era un elemento constitutivo de una agresión al no cumplirse los requisitos para un tratamiento forzoso. En enero de 2006, la demandante fue dada de alta en el hospital y su tratamiento acabó oficialmente en junio del mismo año.

En enero de 2005 la demandante interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo Administrativo impugnando la decisión del Consejo de Psiquiatría Forense, al considerar que no existía base legal para imponerle un tratamiento contra su voluntad, recurso que fue desestimado por el Tribunal en octubre de 2005. La demandante siguió presentando quejas y recursos frente a las resoluciones que confirmaban la administración forzosa del tratamiento médico al que estaba siendo sometida.

Al final del procedimiento penal, el Tribunal consideró que la demandante fue responsable por su complicidad con la madre en el secuestro de su propia hija durante el período entre el 26 de diciembre de 2000 y el 22 de abril de 2001, sin que procediera la imposición de ninguna pena al considerar que no podía ser considerada responsable de sus actos en el momento de los hechos.

En enero de 2007, el servicio nacional médico ordenó a la demandante que no tratara casos de presuntos abusos sexuales infantiles en su consulta privada, revocando así su decisión de marzo de 2006 por la que prohibió a la demandante ejercer como médico. La demandante impugnó esta decisión ante el Tribunal Administrativo y el Tribunal Supremo Administrativo, y estos recursos fueron desestimados en septiembre de 2008 y agosto de 2009.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace referencia a la legislación finlandesa aplicable al caso en los apartados 114-131 y, en el apartado 134, indica que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Tratos Inhumanos o Degradantes emitió informes tras su visita a diferentes centros psiquiátricos en Finlandia. El primer informe fue publicado el 14 de junio de 2004, como consecuencia de la visita realizada a Finlandia del 7 al 17 de septiembre de 2003, y el segundo informe fue publicado el 20 de

enero de 2009, como consecuencia de la visita realizada a diversos centros psiquiátricos de este país del 20 al 30 de abril de 2008. En este último informe, el Comité recomienda que se introduzca en los centros psiquiátricos de Finlandia un formulario especial sobre el consentimiento informado al tratamiento, considerando que la legislación aplicable debería ser modificada para establecer la obligación de obtener una opinión psiquiátrica externa en todos los supuestos en los que un paciente no esté de acuerdo con el tratamiento ofrecido por los médicos del centro. Además, todo paciente debería tener la posibilidad de impugnar una decisión de tratamiento obligatorio ante un tribunal.

La demandante alega que su derecho a la libertad fue vulnerado puesto que, a partir del 17 de febrero de 2005, estuvo ilegalmente ingresada en un hospital psiquiátrico, a pesar de no necesitar tratamiento forzoso. Invoca el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, conforme al artículo 5.1 e) del convenio:

[...] toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido en la ley: (...) e) si se trata de la privación de libertad conforme a derecho de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado (...).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reitera, en el apartado 144 de la Sentencia, que las expresiones “legal” y “con arreglo al procedimiento establecido por la ley”, utilizadas en el artículo 5 apartado 1, hacen referencia a la legislación nacional y establecen la necesidad de cumplir con el proceso aplicable descrito en la legislación interna.

Según el apartado 148 de la Sentencia, el cumplimiento del requisito de legalidad establecido en el artículo 5.1 e) no implica solo la exigencia de cumplimiento de la legislación nacional aplicable sino que también es necesario que la propia legislación sea conforme al Convenio, habiendo establecido el Tribunal en el apartado 149 que para considerar conforme a derecho una privación de libertad cuando un individuo enajenado en virtud del Convenio se

deben dar unos requisitos mínimos. Así, es necesario demostrar que la persona padece un trastorno mental ante una autoridad competente y en base a pruebas médicas objetivas. El grado de trastorno mental debe ser suficiente para justificar un internamiento forzoso y la validez de la continuación de la privación de libertad dependerá de la persistencia de este trastorno.

El Tribunal considera que se ha producido una violación del artículo 5.1 del Convenio solamente en cuanto al internamiento de la demandante a los efectos de recibir tratamiento forzoso una vez terminado el periodo inicial de seis meses. Las razones fundamentales por las que considera que existe esta vulneración del artículo 5 del Convenio se contienen en los apartados 169-171 de la Sentencia. Así, conforme indica el Tribunal en los anteriores apartados, en el presente asunto la decisión de continuar con el internamiento involuntario de la demandante tras la orden inicial de tratamiento fue adoptada por el director del hospital después de obtener un informe de observación elaborado por un médico de esta misma institución.

En el sistema finlandés, la evaluación médica es llevada a cabo por dos médicos del mismo hospital psiquiátrico en el que el paciente está ingresado, por lo que los pacientes no tienen la oportunidad de beneficiarse de una segunda opinión médica independiente, y el Tribunal considera que esta oportunidad es una garantía importante contra la posible arbitrariedad en el proceso de la toma de decisión en lo que respecta a la prórroga del internamiento a los efectos de tratamiento forzoso.

El Tribunal observa que, en los hospitales psiquiátricos finlandeses, se lleva a cabo cada seis meses un control puntual de la necesidad de continuar con el tratamiento forzoso de cada paciente, indicando que, en virtud del artículo 17 apartado 2 de la ley de salud mental aplicable en Finlandia en el momento de los hechos, el poder de iniciar esta revisión corresponde exclusivamente a las autoridades nacionales, sin que el paciente internado pueda iniciar dicho procedimiento de revisión, lo que es considerado por el Tribunal insuficiente.

Según la legislación finlandesa, se entiende que una orden de hospitalización forzosa de un paciente con un trastorno psíquico incluye automáticamente una autorización para poder tratar al mismo, incluso en contra de su voluntad, sin que el paciente disponga de una vía de recurso ordinaria.

La demandante alega que se le administró medicación de manera forzosa. El Tribunal en el apartado 204 de la Sentencia considera que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la presente queja concierne a la vida privada de la demandante y debe ser examinada desde la perspectiva del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, prohibiendo la injerencia de la autoridad pública en este derecho, salvo que esté prevista en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

El Tribunal, en el apartado 212 de la Sentencia, indica que una intervención médica en contra de la voluntad de un paciente supone una injerencia en el respeto de su vida privada, en particular en su derecho a la integridad física. Conforme dispone en los apartados 213 y 215, el Tribunal considera que toda injerencia en el derecho de una persona al respeto de su vida privada supone una vulneración del artículo 8 del Convenio, salvo que “esta injerencia esté prevista en la ley”, exigiendo que la medida impugnada tenga cierta base legal en la legislación interna, haciendo también referencia a la calidad de la ley en cuestión. Además de estar prevista en la ley, debe perseguir uno o varios de los objetivos legítimos establecidos en el apartado 2 del artículo 8, y ser “necesaria en una sociedad democrática”.

El Tribunal considera, conforme indica en el apartado 220 de la Sentencia, que el suministro forzoso de medicación representa una injerencia grave sobre la integridad física de una persona, y, por tanto, debe estar prevista en una ley que reúna las garantías adecuadas frente a una posible arbitrariedad, y entiende que en este caso no existieron tales garantías. La decisión de internar a la demandante a los efectos de administrarle un tratamiento forzoso incluía

una autorización automática para administrarle la medicación. El poder de decisión estaba únicamente en manos de los médicos encargados del tratamiento, sin que la demandante dispusiera de vía de recurso para solicitar que un tribunal se pronunciara sobre la legalidad o proporcionalidad de la administración de medicación forzosa o pudiera ordenar la interrupción del tratamiento. Por todos los anteriores motivos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara que se ha producido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la administración forzosa de medicación al que fue sometida la demandante.

4. RELEVANCIA DE LA MINORÍA DE EDAD EN EL INTERNAMIENTO Y EN EL TRATAMIENTO AMBULATORIO INVOLUNTARIO.

A lo largo de la historia, la concepción que se ha mantenido respecto de la infancia ha ido evolucionando. No es posible determinar qué se entiende por niño o niña a lo largo de la historia de una forma unívoca. Será preciso, pues, detenerse en cada época y precisar el contenido que le atribuye al concepto de infancia y sus numerosos matices¹⁵². Efectivamente, la noción de infancia que hoy en día tenemos no ha existido a lo largo de todos los tiempos, sino que, por el contrario, es una creación reciente, que emerge definitivamente solo después de la Revolución Industrial¹⁵³.

No es necesario remontarse a sociedades antiguas, como la griega o la romana, en las que las personas menores de edad ni siquiera eran consideradas seres susceptibles de protección jurídica, sino meros objetos de la protección estatal o paterna, caracterizados por un estado de imperfección del que solo se salía con el transcurso del tiempo y que únicamente era suavizado por el deber ético-religioso de piedad, para descubrir que solo muy recientemente se ha comenzado a contemplar al menor como una persona en sentido pleno del término, es decir, a la que alcanzan los derechos y libertades de los que esta es beneficiaria por esta condición general¹⁵⁴.

En la sociedad medieval, el sentimiento de infancia no existía, lo cual no significa que los niños estuvieran descuidados, abandonados o fueran despreciados. El sentimiento de infancia no se confunde con el afecto por los niños, sino que se corresponde a la condición de particularidad infantil, particularidad que distingue esencialmente al niño del adulto. Dicha conciencia no existía, como expresamos anteriormente; por ello, en cuanto el niño podía

¹⁵²Delgado Criado, Buenaventura (1998): *Historia de la Infancia*. Barcelona: Ariel, pág.13.

¹⁵³RavellatBallesté, Isaac (2006): "¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención de los Derechos del Niño". En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavellatBallesté, Isaac (coords.) (2006): *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*. Barcelona: Ariel, págs.51-54.

¹⁵⁴Aláez Corral, Benito (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, pág.31.

pasarse sin la solicitud constante de su madre, de su nodriza o de su nana, aproximadamente a partir de los 7 años, pertenecía a la sociedad de los adultos y no se distinguía ya de ellos¹⁵⁵.

La idea de que el niño o la niña es un sujeto de derechos no quedó plasmada en la normativa internacional hasta la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño, el día 20 de noviembre de 1989¹⁵⁶, y ratificada por el Estado español el día 30 de noviembre de 1990¹⁵⁷.

El análisis relativo a las fuentes del régimen jurídico de las personas menores de edad en España ha de partir de lo dispuesto en nuestra norma fundamental.

Básicamente pueden apuntarse dos grandes contenidos relativos al régimen jurídico constitucional de la infancia en España: por una parte, el catálogo de los derechos fundamentales en la medida en que son aplicables a los menores de edad; por otra, los títulos de distribución competencial entre los distintos entes territoriales, fundamentalmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La regulación contenida en la Constitución sobre esta materia es dispersa. No existe un precepto o bloque de disposiciones específicamente destinados a establecer las líneas esenciales del régimen jurídico de las personas menores de edad, sino que será preciso realizar un recorrido por el texto constitucional para buscar las normas básicas de la ordenación legal de esta materia.

¹⁵⁵Ariés, Philippe (1987): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus, pág.178

¹⁵⁶Villagrasa Alcaide, Carlos (2006): "Perspectivas de la Convención sobre los derechos del niño: Reivindicaciones formuladas desde los congresos mundiales sobre los derechos de la infancia y la adolescencia". En Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravella tBallesté, Isaac (coords.) (2006): *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*. Barcelona: Ariel, pág.17: "[...] la importancia de esta norma internacional en el ámbito de los Derechos de la infancia y la adolescencia ha sido incuestionable, al significar el papel fundamental de la cooperación internacional para que el cumplimiento del catálogo de derechos, sistematizados en torno a la protección social —la educación, la salud, el ocio, la inserción sociolaboral y la participación ciudadana de la infancia y la adolescencia— sea una realidad".

¹⁵⁷BOE, núm.313, 31 de diciembre de 1990.

La Constitución no hace referencia explícita a los titulares de los derechos fundamentales. A pesar de ese silencio normativo, hay suficientes indicios como para afirmar que los derechos que se reconocen de manera general a todas las personas se deben aplicar también a las personas menores de edad¹⁵⁸.

Por lo que a la mención específica de la infancia se refiere, el texto constitucional apenas reúne tres citas expresas a la misma: El artículo 39.4 establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”; el artículo 20.4 dispone como límite a la libertad de expresión “la protección de la juventud y de la infancia“, y, finalmente, el artículo 27.1, referente al derecho a la educación que, obviamente, está dirigido al menor de edad como sujeto paradigmático, establece que todos tienen derecho a la educación y reconoce la libertad de enseñanza¹⁵⁹.

En la Constitución se expresa en el artículo 39.4, tal y como se mencionaba en el párrafo anterior, que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Entre estos acuerdos internacionales, ocupa un papel preeminente la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que encuentra sus antecedentes en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada en 1959, y en la denominada Convención de Ginebra, aprobada en 1924.

¹⁵⁸Segarra Crespo (1995) considera que “ocurre sin embargo que los niños pese a hallarse incluidos en la proclamación constitucional, tienen menos derechos que los adultos debido a la tradicional concepción paternalista mantenida respecto de ellos y que ha determinado la usurpación de las decisiones que el niño puede tomar adecuadamente a su desarrollo”. (Segarra Crespo, María José (1995): “Internamiento de Menores”. En *Estudios del Ministerio Fiscal. Número III*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaria General Técnica, pág.107,

¹⁵⁹Ravella Ballesté, Isaac (2011): “Marco Internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia”. En Ravellat Ballesté, Isaac (coord.) (2011): *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Barcelona: Bosch, pág.62.

La Convención de las Naciones Unidas de 1989 aporta dos grandes novedades respecto a los textos internacionales que le sirven de fundamento. En primer lugar, ya no es un texto meramente declarativo de principios, sino un instrumento jurídicamente vinculante. En segundo lugar, la concepción exclusivamente protectora del menor de edad es sustituida por una nueva y distinta concepción que afirma que el niño es sujeto de derechos.

El niño es, para la Convención, un sujeto de derechos, y no solo de derechos pasivos, es decir, derechos a recibir prestaciones de los adultos, sino también de derechos activos, como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho de participación”¹⁶⁰.

Asimismo, se ha destacado que, dado que es indiscutible la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño:

[...] su aplicación efectiva debe superar los obstáculos de cada contexto nacional, a partir de tres vías: del reforzamiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia como derechos humanos, del cumplimiento de los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales y sus protocolos facultativos, y de la respuesta a las reivindicaciones de la propia infancia y adolescencia expuesta a través del ejercicio de su derecho de participación. En este contexto, debe sustituirse el enfoque de necesidades por el enfoque de derechos humanos.

El gran desafío actual de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho, con personalidad propia y necesidades individuales, y con derecho a tomar parte de las decisiones que les conciernen. Se trata de una respuesta global, que supere iniciativas sectoriales, identificadas con derechos concretos, que se llevan a cabo desde la perspectiva asistencial de cubrir necesidades. El reto en la aplicación de la Convención está en garantizar un entorno que garantice el ejercicio y la exigibilidad de los derechos de la infancia y la adolescencia [...]”¹⁶¹.

¹⁶⁰Ravellat Ballesté, Isaac (2006): “¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención de los Derechos del Niño”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravellat Ballesté, Isaac (coords.) (2006): *Los derechos de la infancia...* (op. cit., págs.53-54).

¹⁶¹Villagrasa Alcaide, Carlos (2009): “Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia”. En

El 28 de febrero de 2012 se firmó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas relativo a un procedimiento de comunicaciones. El Protocolo es ya un tratado internacional a partir de esta fecha y entró en vigor el 14 de abril de 2014, 3 meses después de obtener 10 ratificaciones, entre ellas la de España. El protocolo establece como garantías en defensa de los derechos de los menores de edad la introducción de un mecanismo para que los niños y/o sus representantes puedan presentar una denuncia ante un comité internacional especializado en la defensa de sus derechos cuando crean que estos se han vulnerado, siempre que se encuentren sujetos a la jurisdicción de un Estado que haya ratificado la Convención de Derechos del Niño y su protocolo facultativo relativo a las comunicaciones.

La ratificación por España de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y del Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, obligaba a poner en consonancia nuestra legislación interna con lo prescrito en dichos acuerdos. Así lo hizo la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que pretendía según su Exposición de Motivos, “abordar una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil, así como construir un amplio marco de protección del menor que vincule a todos los poderes públicos”. En la citada ley, hay que diferenciar claramente dos partes: un primer bloque de preceptos relativos a los derechos del menor de edad y principios rectores de la actuación administrativa, y un segundo bloque de normas que modifican parcialmente el articulado del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a su ámbito de aplicación, según el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y sus disposiciones de desarrollo, son de aplicación a los menores de 18 años que se encuentren en territorio español, salvo que, en virtud de la ley que les sea aplicable, hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad. Se quiere adecuar así al artículo

Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravellat Ballesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pág.57.

1 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, a no ser que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Se ha considerado que el menor de edad emancipado está fuera del ámbito de aplicación de la ley, ya que se extingue la potestad o tutela para regir su persona y bienes como si fuera mayor¹⁶².

La Constitución establece en su artículo 12 que “los españoles son mayores de edad a los 18 años”. Para los extranjeros, por el contrario, la mayoría de edad se regirá por su ley personal, esto es, por las disposiciones nacionales específicas que a estos efectos hayan establecido sus respectivos ordenamientos.

La determinación del momento temporal a partir del cual se inicia la personalidad es una cuestión que casi todas las constituciones relegan tácitamente al legislador, y en particular, aunque no de forma exclusiva, al Código Civil. El artículo 29 del Código Civil estatal suple esta falta de previsión constitucional estableciendo que “el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Según el artículo 30 del Código Civil estatal, a tenor de la redacción dada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, “la personalidad se adquiere con el nacimiento con vida, una vez producido el total desprendimiento del claustro materno”.

El reparto competencial que permite nuestra Constitución hace posible que normas producidas en las Comunidades Autónomas puedan regular diversos aspectos de la protección y el ejercicio de los derechos durante la minoría de edad, lo que resulta compatible con la regulación que el legislador estatal lleve a cabo sobre esta materia.

¹⁶²Gullón Ballesteros, Antonio (1996): “Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor”. En *La Ley*, nº 1, pág.2.

Así, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, regula tal reparto competencial en la disposición final vigesimoprimera, dejando especialmente a salvo las llamadas “normas de Derecho Civil foral o especial” en las Comunidades Autónomas en que rijan, conforme a lo establecido en el artículo 149.1.8 de la Constitución y declarando que esta ley del menor es subsidiaria respecto de dichas disposiciones específicas vigentes¹⁶³.

La protección jurídica del menor de edad no se limita exclusivamente al ámbito civil, sino que se manifiesta también en otros sectores del derecho (penal, laboral, procesal, fiscal, social). Se ha denunciado la carencia en nuestro ordenamiento jurídico de un tratamiento jurídico unitario e integral de la legislación que afecta a la protección jurídica de la infancia, señalándose que no se trata de reformar continuamente textos legales o crear textos nuevos plagados de principios muy laudables pero frecuentemente superfluos e inconcretos, sino de ordenar sistemáticamente el galimatías jurídico existente en torno a los menores¹⁶⁴.

En la misma línea, se ha destacado que en los últimos tiempos asistimos a una incesante legislación autonómica de protección del menor. Sin embargo, bajo la misma rúbrica, dichas leyes ofrecen contenidos muy diversos, y así, en algunos casos, pretenden construir un marco jurídico completo de atención a la infancia (salud, educación, medios de comunicación, publicidad y consumo, protección social y jurídica...) y, en otros, por el contrario, se limitan básicamente a las

¹⁶³Corral Gijón, María del Carmen (1999): “Nuevas tendencias de la protección del menor”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre, n.º 655, pág.2282.

¹⁶⁴Linacero de la Fuente considera que “de *lege ferenda* sería deseable la construcción de un marco jurídico de protección del menor a través de una ley de atención a la infancia y adolescencia completa y rigurosa, cuya técnica jurídica excedería del ámbito del Derecho privado”. (Linacero de la Fuente, María (2009): “Legislación de protección jurídica del menor en el ordenamiento español. Propuesta de *lege ferenda*”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pág.1960).

instituciones típicamente civiles de protección del menor de edad (tutela, guarda y acogimiento entre otras¹⁶⁵).

En nuestro ordenamiento jurídico no existe todavía un tratamiento unitario e integral de la legislación relativa a la protección jurídica de la infancia¹⁶⁶, dado que, junto a la legislación estatal que regula esta materia, existe también legislación autonómica sobre protección de los menores de edad, con contenidos muy diferentes según la Comunidad Autónoma de que se trate.

Consideramos que sería conveniente una regulación clara y sistemática de la materia, tanto estatal como autonómica, debiendo delimitarse con claridad en la legislación estatal las normas que son de aplicación supletoria a la de las Comunidades Autónomas y cuáles se han dictado como legislación básica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.1. de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y que, por tanto, deberán ser tenidas en cuenta por las Comunidades Autónomas para respetar ese contenido básico y, en su caso, desarrollarlo.

¹⁶⁵Linacero de la Fuente, María (1999): “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”. En *Actualidad Civil*, número 4, págs 1574-1576.

¹⁶⁶Leal Pérez Olagüe (1996) indica que el propósito de hacer un código del menor integrando la totalidad de las disposiciones que le afectan sería inviable y escasamente práctico por la mutabilidad del propio ordenamiento jurídico. (Leal Pérez Olagüe, María Luisa (1996): “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 2, pág. 3).

4.1. INCIDENCIA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL EJERCICIO DE SUS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

La consideración de la minoría de edad como un estatuto natural, en el que el menor de edad ha de ser objeto de protección a cargo de los progenitores o guardadores legales y el Estado, es una constante en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978. Incluso con las reformas del derecho de familia operadas por las leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, el acento se pondrá fundamentalmente sobre los aspectos de la potestad de los progenitores cuya reforma sirve a la protección del menor de edad ordenada por el artículo 39 de la Constitución, sin contemplarlo aún como sujeto activo de las relaciones en las que se encuentra inmerso. Aquellas continúan regulando un poder de los progenitores o del tutor sobre el menor, solo que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, ahora se subordina al cumplimiento de una función a beneficio del hijo y se somete únicamente al control judicial. Hubo que esperar a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, para hallar la primera constancia jurídico-positiva expresa de la consideración del menor de edad como pleno sujeto de derechos fundamentales, tal y como se pone de relieve en su Exposición de Motivos y en su artículo 3.

Esta nueva consideración de la infancia impregnará y dará un nuevo significado a las disposiciones del Código Civil sobre las relaciones paterno y materno filiales y el ejercicio de la potestad, por parte de los progenitores, congruente con la posición constitucional del menor de edad y con el nuevo significado que nuestra norma suprema atribuye a este periodo temporal.

El menor de edad deja de ser considerado un mero bien “objeto” de protección legal y, sin dejar de ser beneficiario de la protección ordenada a través de distintas obligaciones imperfectas que se imponen a los padres o tutores, se convierte en un sujeto de derechos, tanto fundamentales como legales¹⁶⁷.

¹⁶⁷Aláez Corral, Benito (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales...* (op.cit, págs.40-44).

La menor edad deja, además de ser “restricción de la personalidad jurídica”, al desaparecer del Código Civil estatal el párrafo segundo del artículo 32, con la reforma realizada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela.

Por otro lado, cabe considerar que, cuando nos referimos a la minoría de edad, estamos englobando un abanico de edades, desde el nacimiento, según los artículos 29 y 30 del Código Civil estatal, hasta los 18 años, en las que la capacidad intelectual y volitiva de una persona es muy diversa, de acuerdo con sus paulatinas condiciones de madurez.

Comienza la personalidad con el nacimiento. En el derecho histórico español, el Fuero Juzgo establecía que el nacido no adquiriría los bienes de su padre si después de nacido no recibía el bautismo y vivía diez días, tendencia que, frente a la fórmula romana de Las Partidas, se mantendrá en los Fueros Municipales y en el Fuero Real. La Ley 13 de Toro establecía un criterio de transición, acortando el plazo a veinticuatro horas.

La doctrina, en general, basándose en este texto y conforme a la tradición romanista, entendía que el nacido, para poder suceder, había de reunir estas condiciones: vivir veinticuatro horas desde que se separó o fue separado del claustro materno, que el parto no tenga lugar antes de que el feto pueda vivir, que tenga figura humana (no ser monstruo) y ser bautizado. Esta tradición es recogida por el Código Civil, a través del Proyecto de Código de 1851 y de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, textos en los que ya se suprime el requisito del bautismo por razones políticas.

Según el artículo 30 del Código Civil estatal, antes de ser modificado por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, “para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

Se precisaba la concurrencia de los dos requisitos exigidos por la ley, pero nada más: su eficacia era automática. Si el feto sobrevivía las veinticuatro horas, adquiriría la personalidad; si no los cumplía, no llegaba a adquirirla. La

causa por la que sucedía lo uno o lo otro era indiferente, y no tenía significado jurídico si sobrevivía debido a especiales cuidados médicos o si no sobrevivía debido a un accidente o a un delito¹⁶⁸.

El artículo 30 del Código Civil estatal fue reformado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁶⁹. Según la nueva redacción, la personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. Se suprime, por tanto, respecto a la regulación anterior, el requisito de tener una figura humana y la necesidad de vivir 24 horas.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, establece, en su artículo 211-1: "La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento". Entendemos que, aunque este precepto no aluda expresamente al nacimiento con vida y al total desprendimiento del seno materno, estos son requisitos inherentes al nacimiento.

Este reconocimiento de la personalidad de la persona física desde el nacimiento supone la incorporación a nuestro derecho de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que en su artículo 7 indica que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Castro y Bravo, Federico de (1952): *Derecho Civil de España*, II-1º, *Derecho de la Persona...*(*op.cit.*, págs.104-106).

¹⁶⁹La disposición final 10ª de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, indica que esta disposición entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado; es decir, el 23 de julio de 2011.

¹⁷⁰Albaladejo García (1997) entendía que la Convención sobre los derechos del niño, como tratado internacional, era de aplicación directa en España, una vez que pasó a formar parte de nuestro ordenamiento interno mediante su publicación en el Boletín Oficial del Estado, "siendo la norma posterior al Código Civil y a la Ley y Reglamento del Registro Civil, los deroga, en cuanto choque con ellos, y, sin duda, choca al establecer la inscribibilidad inmediata del nacimiento, que aquellos no permitían antes de las veinticuatro horas...entiendo que todo nacido vivo con figura humana puede ser inscrito inmediatamente en el Registro, más que a efectos patrimoniales y de incidencia en situaciones de terceros, si se le inscribe antes de las veinticuatro horas, habrá que probar la supervivencia en ese plazo". (Albaladejo García, Manuel (1997):"Desde el instante en que nace todo niño es persona e inscribible en el registro". En *Revista de Derecho Privado*, nº 81, pág.175).

En relación con la capacidad del menor de edad, desde un punto de vista sociológico, se advierte cómo, a medida que un niño crece, tiende a dársele una mayor autonomía que, inevitablemente, trasciende al ámbito jurídico.

Existe, en la actualidad, un desplazamiento de la histórica consideración del menor de edad como persona jurídicamente incapaz de obrar por sí misma, para pasar a concebirla como persona con capacidad de obrar limitada y evolutiva.

Sentada la premisa de que la minoría de edad no es sinónimo de ausencia plena de la capacidad de obrar, el problema radica en que el derecho positivo dista de afrontar la delimitación de la capacidad de obrar del menor de edad no emancipado con pretensiones de exhaustividad o sistemáticas. Por el contrario, la normativa reguladora de su capacidad de obrar es más bien casuística y no siempre responde a criterios de política legislativa uniforme.

Toda persona humana, por el hecho de serlo y, desde que nace hasta que muere, tiene capacidad jurídica, entendida esta como la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, o, lo que es lo mismo, para ser sujeto de derecho.

Mientras toda persona tiene capacidad jurídica, no toda persona física tiene capacidad de obrar, pues, en la medida en que esta capacidad alude a la facultad o aptitud de una persona para ejercitar los derechos de los que es titular y realizar válida y eficazmente actos jurídicos y contratos, es obvio que, para ostentarla, hace falta algo más que la mera existencia de aquella. En efecto, es preciso que la persona reúna unas determinadas habilidades y facultades que le permitan comprender el significado y el alcance de sus actos.

La capacidad de obrar puede definirse como la cualidad de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos. Mientras que la capacidad jurídica, como inherente a toda persona, es igual e invariable, la capacidad de obrar depende del estado civil y, por tanto, es cambiante.

El efecto típico y primario de la capacidad de obrar es el de condicionar, de modo general, la eficacia o ineficacia de cada uno de los actos de la persona respecto a su propia esfera jurídica, teniendo en cuenta si la persona que los ejercita tiene o no capacidad para ello. La falta de capacidad de obrar produce, según el estado que la origine, diferentes formas de ineficacia¹⁷¹.

Conforme a la regla general, ostentan plena capacidad de obrar los mayores de edad no incapacitados, de modo que, en el derecho español vigente, el alcanzar una determinada edad cronológica, fijada de forma objetiva en los 18 años, tanto en el artículo 315 del Código Civil estatal como en el artículo 12 de la Constitución, es lo que determina que una persona deje de necesitar la asistencia de sus representantes legales para ejercitar sus derechos y deberes válidamente desde el punto de vista jurídico y, a partir de ese mismo instante, pase a poder actuar en el tráfico jurídico con total autonomía.

Hay que destacar que, históricamente, la plena capacidad no siempre estuvo ligada a la edad. Por el contrario, hasta los códigos civiles liberales, el factor determinante de la plena capacidad era el estatus familiar. Es en la codificación donde realmente surge la mayoría de edad como concepto jurídico autónomo, determinante de la emancipación automática y de la plena capacidad de obrar.

La edad es la condición jurídica más general, porque atañe a toda persona y, a la vez, la más impersonal y la más abstracta, por esa su misma generalidad. Estos caracteres han hecho que la consideración de la edad haya sido tan distinta en las diversas épocas de la historia. La edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona.

El cambio del vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al tráfico y permitan decisiones rápidas, hace que en todas las civilizaciones se agregue, a una determinada edad, la presunción de que con ella se alcanzan unas

¹⁷¹Castro y Bravo, Federico de (1952): *Derecho Civil de España*, II-1º, *Derecho de la Persona...* (op. cit., págs.45 y ss).

determinadas condiciones psicofísicas, con lo que se da paso a que, al fin, el requisito de una edad fijada sustituya totalmente el antiguo supuesto del desarrollo corporal o mental de la persona.

Se ha generalizado, por tanto, el sistema de señalar una edad básica (la mayoría de edad), que determina la diferencia de estado de la persona, y junto a ella se tienen en cuenta una serie de edades de significado más restringido, que señalan la capacidad especial para poder realizar cada uno de los distintos actos. A la arbitrariedad que significa la fijación de un plazo, se añade la también necesaria de elegir el modo de su cómputo.

El artículo 2 de la Ley 13 de diciembre de 1943 establecía: “Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento, sea cual fuere la hora de éste”. En el mismo sentido, el actual artículo 315 del Código Civil estatal establece que, para el cómputo de los años de la mayoría de edad, se incluirá completo el día del nacimiento. Este precepto regula solo el cómputo de la mayoría de edad, pero, en cuanto expresa, por primera vez, el criterio legislativo sobre el modo de contar la edad, no se advierte ninguna razón para que rija como excepcional y solamente para la edad de la mayoría, pues parece que el sistema que adopta deberá aplicarse a todas las demás edades¹⁷².

Por lo que se refiere a la edad en la que se cifra el paso de la menor a la mayor edad, hay que destacar que tampoco esta ha sido siempre la misma. Sin entrar en un análisis pormenorizado de su evolución histórica y, remontándonos solo a la codificación, cabe observar que los proyectos de Código Civil que se sucedieron a lo largo del siglo XIX barajaron distintas posibilidades en cuanto a la mayoría de edad como circunstancia determinante de la plena capacidad de obrar.

¹⁷² *Ibidem*, páginas 149-154.

Así, en la codificación francesa la mayoría de edad se va a unificar para todo el territorio en 21 años. Por otra parte, en el derecho español, la fijación de una edad concreta y uniforme (lo que no se logrará hasta 1943) pasará diversas vicisitudes. Hasta la Ley de Matrimonio Civil de 1870, las distintas edades que se preveían en los Proyectos de Código Civil eran uniformes, es decir, aplicables a todo el territorio español. No ha de olvidarse que hasta dicha época, el proceso codificador iba dirigido a la redacción de un Código Civil único.

El proyecto de 1821, sin hablar directamente de la mayoría de edad, fijará los 25 años como momento a partir del cual se extingue la patria potestad (artículo 378.4º), criterio igualmente seguido en el Proyecto de 1836, al que se refiere de forma expresa su Exposición de Motivos: la mayoría de edad, se dice en el mismo, se ha fijado en 25 años para uno y otro sexo. Un cambio se observa en el Proyecto de 1851, en cuyo artículo 276 se decía que “la mayor edad empieza a los 20 años cumplidos”.

Por otro lado, la Ley de Matrimonio Civil, de 18 de junio de 1870, en este punto, se limitaba a señalar, en su artículo 64.2, la regla general de que “se reputa emancipado al hijo legítimo que hubiere entrado en la mayor edad”. No aludía, pues, a una edad concreta y, dado que dejaba subsistentes los derechos propios, había que remitirse a las reglas de cada territorio para determinar cuándo se alcanzaba la mayor edad.

Prácticamente, a partir de este momento, la mayor edad se recogerá en los Proyectos y Leyes de Bases, y el Código Civil solo se aplicará a aquellos territorios que carecen de una normativa propia en este punto. La mayoría de edad, por tanto ya no se plantea como edad única.

Según el artículo 320.1 del Código Civil, de 24 de julio de 1889, en su redacción inicial: “La mayor edad empieza a los 23 años cumplidos”. No obstante, la fijación en los 23 años no alcanzará más que a aquellos territorios en los que debía de aplicarse el Código Civil, lo que significa una diversidad de edades.

La Ley de mayoría de edad de 13 de diciembre de 1943 unificará la misma para todo el territorio a los 21. La unificación se basa en que “los varios preceptos legales existentes sobre la materia, tanto en el régimen común como en el de las distintas legislaciones forales, carecen de justificación doctrinal y suscitan, en la práctica, múltiples dudas y perturbaciones”. Con posterioridad, mediante el Real Decreto Ley 33/1978, de 16 de noviembre, se modifican, nuevamente, los artículos del Código Civil referentes a la mayoría de edad, fijándola en 18 años. Por su parte, el artículo 12 de la Constitución española de 1978 señala que “los españoles son mayores de edad a los 18 años”.

Por primera vez en nuestra historia, la mayoría de edad se contempla, con carácter uniforme y general, en un precepto constitucional, pues en las diversas constituciones españolas, salvo en lo que hacía referencia a la mayoría de edad del Rey, se guardaba silencio en este punto.

Consecuentemente con ello, el actual artículo 315 del Código Civil estatal, según la redacción dada por Ley de 13 de mayo de 1981, determinará que “la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos”¹⁷³. Esta rebaja de la mayoría de edad no fue un hecho aislado en el ordenamiento jurídico español, sino que fue acorde con lo dispuesto en la Resolución 29/72 del Consejo de Europa, de 19 de septiembre de 1972¹⁷⁴.

El artículo 322 del Código Civil estatal establece que “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Así pues, la regla general que liga la capacidad de obrar a la mayoría de edad tiene algunas excepciones.

En primer lugar, cabe la posibilidad de que concurran circunstancias particulares que hagan que una persona, a pesar de haber alcanzado los 18

¹⁷³ Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (1985): *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas, págs.133-158.

¹⁷⁴ García Garnica, María del Carmen (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Pamplona: Aranzadi, págs. 21 y siguientes.

años, no tenga suficiente juicio para actuar por sí sola, y deba seguir siendo asistida en su actuar jurídico, bien por un representante legal que supla su falta de capacidad natural, o bien por un curador que simplemente complete su capacidad, existente aunque no plena.

Conforme a los artículos 199 y 200 del Código Civil estatal, la incapacitación de una persona solo podrá tener lugar en virtud de sentencia judicial y por una de las causas legalmente establecidas, concretamente, por concurrir en ella enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma.

En segundo lugar, y como dispone el propio artículo 322 del Código Civil estatal, algunos actos requieren una capacidad de obrar especial, sin que para su válida realización sea suficiente o necesario, según el caso, ser mayor de edad no incapacitado.

Por otro lado, el Código Civil equipara a los mayores de edad, en lo que a la capacidad de obrar se refiere, a los menores de 18 años cuando se hayan emancipado o hayan obtenido el beneficio de la mayor edad, aunque esta equiparación no es absoluta, sino que se aplican las limitaciones del artículo 323 y 324 del citado texto.

En cuanto a la capacidad de obrar de los menores no emancipados, en tanto sujetos necesitados de una especial protección, la ley confía su guarda y representación para todos los actos que les afecten a sus padres, en su defecto a sus tutores y, en última instancia, a la propia Administración Pública.

Esta inicial negación a la persona menor de edad de capacidad de obrar por sí misma responde a una razón de ser especialmente tuitiva y no limitativa, coherente con su natural falta de madurez intelectual y volitiva. No en vano, la propia Constitución consagra en su artículo 39 la defensa y protección de los menores de edad como principio informador del ordenamiento jurídico y de la actuación de los poderes públicos¹⁷⁵.

¹⁷⁵*Ibidem*, página 30.

Al margen de las dificultades que entrañe la delimitación de la capacidad de obrar de los menores no emancipados, hay que destacar que nuestro derecho positivo no les niega de forma absoluta la capacidad de obrar.

Desde el punto de vista estrictamente positivo, el artículo 10 de la Constitución consagra entre los fundamentos del orden político y de la paz social la dignidad de la persona, y el libre desarrollo de la personalidad.

El punto de mayor trascendencia para el derecho civil en materia de menores de edad es la declaración solemne contenida en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en el sentido de establecer que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. Este texto altera profundamente el tratamiento que hasta ahora había deparado el Derecho Civil a los menores de edad, en lo relativo a su capacidad jurídica y de obrar. Con él se adopta un nuevo sentido y orientación en materia de capacidad del menor de edad, que el legislador justifica bajo argumentos basados en el conocimiento científico actual, según el cual la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos¹⁷⁶.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, ha modificado el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según establece el Preámbulo de la citada ley, con la finalidad de desarrollar y reforzar el derecho del menor de edad a que su interés superior sea prioritario, incorporando en el contenido de este concepto jurídico indeterminado¹⁷⁷ tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de

¹⁷⁶Sabater Bayle, Elsa (1996): "La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor". En *Actualidad Jurídica*. Aranzadi, n.º 241, 1996, pág.3.

¹⁷⁷Villagrasa Alcaide (2011) indica que "el concepto jurídico del interés del menor se configura por el ordenamiento jurídico de tal forma que solamente se da una solución justa en la concreción del mismo en cada una de las circunstancias de hecho en que sea de aplicación. El encargado de precisar dicho interés —progenitores, jueces, Administración— no va a ser libre para decidir, a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles <intereses>, sino que se tendrá que precisar el <interés> que real y efectivamente sea el verdadero y adecuado en cada supuesto". (Villagrasa Alcaide, Carlos (2011): "El interés superior del menor". En Ravellat Ballesté, Isaac (coord.) (2011): *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Barcelona: Bosch, pág.38.

la Observación general número 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Se ha destacado que, a pesar de la ambigüedad del legislador, se puede entender a tenor del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que se ha de conceder a las personas menores de edad una capacidad de obrar adaptada a su edad, tal y como reconoció la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, al declarar que los menores han de tener una progresiva capacidad de obrar¹⁷⁸.

El artículo 2, en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, hace referencia a esta capacidad progresiva del menor de edad, estableciendo, como criterio general para interpretar y aplicar en cada caso el interés superior del menor de edad en el apartado b) del artículo 2.2., “la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior”.

La protección de la persona cuya capacidad está modificada judicialmente en el plano de los derechos fundamentales debe ser orientada en el sentido del respeto de la personalidad de esa persona, entendido todo ello en función de su interés superior.

No es posible hablar, para este caso, como para el del menor de edad, de un interés en abstracto, de validez universal, sino que hay que ubicarlo en el espacio y en el tiempo y concretarlo a un determinado ordenamiento jurídico, interpretado de acuerdo con las convicciones generalizadas en la sociedad, que son las que determinarán lo que puede entenderse como más beneficioso para el incapaz.

¹⁷⁸ Díez García, Helena (2013): “Capítulo II. De la representación legal de los hijos”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrig.(dir.) (2013): *Comentarios al código civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, pág.1661.

En términos generales, y por referencia a nuestro sistema jurídico, entendemos que el interés preponderante del menor de edad puede residir en preservar su dignidad personal y proporcionarle el disfrute vivencial de una situación, unos medios y unas relaciones que favorezcan el desarrollo de su personalidad, y no solo de la actual, sino con perspectivas de futuro, de forma que le permita integrarse en la sociedad a la que pertenece en las mejores condiciones posibles, individuales y sociales¹⁷⁹.

Vivimos en una cultura que trata de otorgar una especial protección a la infancia. Las cláusulas en las que se contempla el beneficio o el interés de los menores de edad aparecen reiteradas en nuestra legislación. Si nos referimos en concreto al Código Civil estatal, la cláusula más clara se encuentra en el párrafo segundo del artículo 154, según la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que establece que “la patria potestad como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y moral”. La misma idea se reitera en otros artículos del Código Civil estatal que vamos a citar a título de ejemplo. Así, el artículo 170 del Código Civil, tras permitir que los progenitores puedan ser privados total o parcialmente de su potestad a causa del incumplimiento de los deberes inherentes a ella, establece la posibilidad de que los mismos puedan recuperarla si hubiera cesado la causa que motivó la privación, pero indicando que se haga en beneficio e interés del hijo.

La idea del interés de los hijos aparece también regulada en el artículo 103 del Código Civil estatal, donde, al regularse las medidas provisionales que se adoptan tras la admisión de las demandas de nulidad, separación y divorcio, dice que una de las medidas es determinar, en interés de los hijos, cuál de los cónyuges ha de ostentar la potestad sobre ellos.

¹⁷⁹ Rivero Hernández, Francisco (1997): “Los derechos humanos del incapacitado”. En Marzal, Antonio (ed.) (1997): *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. Barcelona: Esade, pág.28.

En relación con la adopción, el artículo 176 del citado texto indica que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando. En el mismo sentido, en relación con la tutela, el artículo 216 del Código Civil estatal dice que las funciones tutelares constituyen un deber y se ejercerán en beneficio del tutelado. La idea rectora, por tanto, es el beneficio o interés de los menores de edad, una cláusula general de gran ambigüedad que solo la casuística puede ir perfilando.

La cláusula del beneficio de los menores de edad puede encontrar su fundamento en la idea de libre desarrollo de la personalidad, teniéndose que recurrir, para llenar este concepto jurídico indeterminado, a los usos sociales generalizados, según los cuales, el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición jurídica similar o parecida a la de los demás, lo que puede encontrar su fundamento último en la idea de igualdad¹⁸⁰.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece una serie de criterios generales para interpretar y aplicar el interés superior del menor de edad, que se aplicarán sin perjuicio de otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas de cada supuesto.

El respeto de la personalidad y de la limitada autonomía del menor de edad, así como la atención de su interés y derechos fundamentales, no pueden ignorar que la persona no es plenamente capaz ante el derecho, y que en el orden jurídico dinámico y de ejercicio de sus derechos se halla sometido a tutela o patria potestad, con lo que será el representante legal el que va a decidir y a ejercitarlos en su nombre en determinados supuestos.

El ámbito de actuación del representante legal tiene un límite institucional muy importante, que sustrae de su ámbito representativo y decisorio una parcela jurídica de creciente amplitud y trascendencia, a saber, los derechos de la

¹⁸⁰Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1984): "El principio de protección integral de los hijos (Toutpourl'enfant)". En V.V.A.A (1984): *La tutela de los derechos del menor. Actas del primer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba: Junta de Andalucía, págs. 129-131.

personalidad, a los que alude el artículo 162.1 del Código Civil estatal, que, si bien en ese precepto van referidos solo al ejercicio de la patria potestad, sin distinción entre el menor y el incapacitado, dicha norma y exclusión deben extenderse también al ejercicio de la tutela¹⁸¹.

Los derechos de la personalidad constituyen una amplia y heterogénea serie de prerrogativas y poderes que garantizan a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu, asegurando al sujeto el respeto a su personalidad física y moral. Estos derechos son atributos inherentes a la condición de la persona, es decir, son cualidades o bienes de la personalidad que el derecho positivo debe reconocer y tutelar.

Los derechos de la personalidad gozan en la sociedad política moderna, casi de modo universal, de la protección superior que les brinda el derecho constitucional. La teoría del Estado de Derecho y el moderno constitucionalismo cuentan, como doctrina ya indiscutible, con la idea de que el ser humano goza de una serie de derechos fundamentales e inmanentes que, como tales, quedan fuera del poder del Estado y de sus órganos y deben ser, por ello, objeto de una salvaguarda especial.

La relación entre derechos de la personalidad y derechos humanos es evidente, de modo que la formulación ius pública de muchos derechos humanos o derechos fundamentales alcanza también a la esfera de las relaciones privadas¹⁸².

En el ámbito o esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden los progenitores que ejercen la potestad operar sin el consentimiento del menor de edad; de modo que, en esta esfera, su función consiste en la de complemento o de capacidad. Esta función es indudablemente distinta del genuino poder de representación legal, ya que, en

¹⁸¹ Rivero Hernández, Francisco (1997): "Los derechos humanos del incapacitado". En Marzal, Antonio (ed.) (1997): *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. Barcelona: Esade, págs.32-33.

¹⁸² Romero Coloma, Aurelia María (1985): *Los bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Trivium, pág.125.

la representación legal, el representante sustituye completamente en la actuación al representado, mientras que, en la función de complemento, el autor del acto o del negocio jurídico es la propia persona titular de los intereses y el que complementa se limita a concurrir con ella, emitiendo una declaración adicional que salva el defecto o la limitación de la capacidad¹⁸³.

El artículo 1263 del Código Civil estatal se refiere a la incapacidad de prestar consentimiento; es decir, contempla una incapacidad referida al consentimiento contractual que el precedente artículo 1262 del Código Civil ha definido como el concurso de dos declaraciones de voluntad diferentes: la oferta y la aceptación. El artículo 1263 del Código Civil establecía que no podían prestar consentimiento los menores no emancipados ni los incapacitados. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, da una nueva redacción a este precepto estableciendo que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que la ley les permita realizar por sí mismos y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.

No puede hablarse de un tratamiento jurídico unitario de la incapacidad de consentir declarada en el artículo 1263 del Código Civil estatal; de ahí que el efecto de que personas integrantes de la categoría personal del artículo 1263.1 del citado texto legal presten efectivamente el consentimiento dependerá, en cada caso, de la efectiva aptitud psicológica del menor de edad no emancipado. Así, no existirá consentimiento cuando carezca de capacidad natural y, por el contrario, sí existirá cuando lo haya prestado un menor de edad no emancipado dotado de capacidad natural¹⁸⁴.

El tratamiento que realiza el Código Civil de la capacidad de obrar de los menores de edad es fragmentario e incompleto. La incapacidad para contratar es un aspecto de la incapacidad de obrar de la persona. Por ello, la

¹⁸³ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1992): *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas, pág.286.

¹⁸⁴ Badosa Coll, Ferrán (1990): "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el artículo 1263 del Código Civil)". En V.V.A.A. (1990): *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, pág.238.

incapacidad de obrar en general debe estar en función del efecto jurídico del acto, de modo que solo será relevante en los actos cuyo efecto jurídico sea perjudicial para la persona que no tiene capacidad, y será irrelevante en los actos que sean puramente beneficiosos. Así, según el artículo 443 del Código Civil, los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, y, según el artículo 626 del Código Civil “a contrario”, las personas que no pueden contratar podrán aceptar donaciones que no sean condicionales y onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes¹⁸⁵.

Existen supuestos en que el menor de edad tiene capacidad de obrar o un cierto ámbito de actuación que regula expresamente la ley. Se trata de capacidades de obrar “especiales” que le reconoce el ordenamiento jurídico, a partir de una determinada edad o atendiendo a su grado de madurez. Así, a título de ejemplo, podemos enumerar los siguientes casos en el Código Civil estatal:

- a) Superados los doce años, el menor tiene capacidad para prestar el consentimiento a su adopción, conforme establece el artículo 177.1 del Código Civil.
- b) A los catorce años, los menores tienen capacidad para hacer testamento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil estatal, salvo el testamento ológrafo, que solo podrá ser otorgado por personas mayores de edad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 688 del citado texto.
- c) El artículo 48 del Código Civil estatal permitía casarse a los menores de edad a partir de los catorce años, siempre que hubieran obtenido dispensa del Juez de Primera Instancia. Conforme a la nueva redacción dada al artículo 48 por la ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se elimina la posibilidad de dispensa para casarse a los

¹⁸⁵ *Ibidem* páginas 191-241.

menores a partir de catorce años, por lo que solo podrán casarse los menores emancipados a partir de los dieciséis años.

- d) A los dieciséis años, los menores tienen capacidad para solicitar del Juez su emancipación (artículo 320 del Código Civil), o el beneficio de la mayoría de edad si está sometido a tutela (artículo 321 del Código Civil).
- e) Asimismo, de acuerdo con el artículo 164.3 del Código Civil, a partir de los dieciséis años, el menor puede realizar por sí solo los actos de administración ordinaria sobre los bienes que haya adquirido mediante su trabajo o industria.

La existencia de “capacidades especiales del menor” hace que debamos plantearnos si el menor de edad podrá o no realizar un determinado acto a falta de previsión legal expresa¹⁸⁶. Y así, en función de la tesis que adoptemos de capacidad o incapacidad de obrar general del menor de edad, la respuesta variará admitiendo o negando, respectivamente, la posibilidad de realizar dicho acto¹⁸⁷. Entendemos, en efecto, que existe una capacidad general del menor de edad no emancipado, que será variable y flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad.

Para construir jurídicamente la capacidad general del menor, deberá partirse del artículo 162.2º-1 del Código Civil estatal, que exceptúa de la representación legal de los padres los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo¹⁸⁸.

¹⁸⁶Albaladejo García (2006) considera que en los casos de falta de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor de edad capacidad para realizar determinados actos no se puede realizar mecánicamente, sino viendo si, en función de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido al menor de edad. (Albaladejo García, Manuel (2006): *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer, pág. 242).

¹⁸⁷Linacero de la Fuente, María (1999): “La protección del menor...” (*op. cit.*, pàgs.1590-1591).

¹⁸⁸Jordano Fraga, Francisco (1984): “La capacidad general del menor”. En V.V.A.A. (1984): *La tutela de los derechos del menor. Actas del primer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba: Junta de Andalucía, pág. 253.

El Real Decreto Ley 33/1978, de 16 de noviembre, unificó para todo el territorio español la mayoría de edad en los dieciocho años, como se ha mencionado anteriormente. Existen, sin embargo, peculiaridades en el tratamiento de la capacidad de obrar de los menores de edad en algunos de los territorios con competencia en materia civil propia. En este sentido, reviste especial interés el Derecho Civil aragonés, así como alguna previsión en el Derecho Civil catalán y en el navarro.

Así, en el Derecho Foral de Aragón, la legislación actualmente vigente sobre la materia está contenida en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón“, el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas.

A diferencia del Derecho Civil estatal, el matrimonio de un menor de edad determina su equiparación al mayor de edad. Además, en derecho aragonés, según el artículo 5.3 del Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas citado, la representación legal del menor de edad termina al cumplir los catorce años, completándose a partir de esa edad su capacidad con la asistencia.

El artículo 7 del citado Texto Refundido establece que el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo ejercer los derechos de la personalidad, realizar actos y contratos propios de la vida del menor de edad que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales, y llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia.

Por otro lado, los artículos 20 y 24 del Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas regulan la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de los menores de edad, estableciendo diferente regulación según se trate de un menor de catorce años o de un menor a partir de dicha edad. Así, el artículo 20 establece que, siempre que con arreglo a las leyes, la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión de sus derechos de la personalidad, cuando se trate de un menor de catorce años, si tiene suficiente capacidad, se requiere su consentimiento y la autorización conjunta de los

titulares de la autoridad familiar o del tutor, pudiendo ser suplida dicha autorización, en caso de negativa de alguno de ellos, por el juez.

Contra la voluntad del menor de edad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del mismo. Si el menor de edad no tiene suficiente capacidad, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor de edad, apreciada conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el juez.

Tratándose de menores mayores de catorce años, el artículo 24 establece que siempre que, con arreglo a las leyes, la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de edad, mayor de catorce años, dependerá de su exclusiva voluntad, con las siguientes salvedades:

- a) Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, en cuyo caso necesitará la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores que esté en ejercicio de la autoridad familiar o en su defecto, del tutor.
- b) Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor de edad.
- c) Si el menor de edad no está en condiciones de decidir sobre ella, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor de edad, apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el juez.

Por su parte, la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, establece en su artículo 211.5 que el menor puede realizar por sí solo, además de los actos que regula expresamente la ley, los actos relativos a los derechos de la personalidad, así como otros para los que tenga capacidad, según su edad y capacidad natural.

En cuanto al Derecho Civil Foral de Navarra, está regulado en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil de Navarra. Según la Ley 50 de la Compilación de Derecho Civil de Navarra, la

capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad, al cumplirse los dieciocho años, aunque los menores que sean púberes, entendiéndose como tales los mayores de catorce años, tendrán capacidad para los actos determinados en este texto legal.

Por otro lado, la Compilación navarra exceptúa del ámbito de la representación legal de los menores de edad aquellos actos que estos puedan realizar legalmente por sí mismos, así como aquellos con respecto a los cuales exista conflicto de intereses entre representante y representado, echándose en falta, sin embargo, en el Derecho Civil navarro, la referencia a los derechos de la personalidad¹⁸⁹.

En cuanto al derecho estatal, el menor de edad no emancipado, en el ámbito de su capacidad propia, puede contratar válidamente y no solo celebrar contratos eficaces en tanto no se impugnen, sino absolutamente válidos.

Puede decirse que los contratos celebrados por los menores de edad se agrupan en las categorías que se incluyen a continuación:

- a) Radicalmente nulos, cuando por las condiciones psíquicas del menor de edad no existe verdadero consentimiento. En estos casos falta la capacidad natural del menor de edad.

- b) Perfectamente válidos, cuando, con relación al propio contenido y naturaleza de los mismos, el menor, por su edad y desarrollo, posee condiciones de juicio y entendimiento suficiente para expresar un verdadero consentimiento.

¹⁸⁹Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1988):“La Patria Potestad y la Filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra”. En *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6, 2, pág. 101: “ Se exceptúan también, al amparo de las Leyes 3ª y 6ª de la Compilación, *los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*”.

- c) Relativamente eficaces. En todos los demás casos, el menor de edad celebra contratos en principio válidos, pero de eficacia claudicante en las condiciones de los artículos 1300 y siguientes del Código Civil estatal, de modo que podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años o por el menor de edad en ese mismo plazo, una vez emancipado, si el representante legal no los ha confirmado previamente¹⁹⁰.

Entendemos, teniendo en consideración lo revisado en este apartado de nuestro trabajo, que sería necesario regular de una forma sistemática y completa toda la legislación referida a la capacidad de los menores¹⁹¹.

Al analizar la capacidad de obrar de los menores de edad, cabe tomar como punto de partida los artículos 162 y 267 del Código Civil estatal, en los que se afirma genéricamente la existencia de excepciones al ámbito de la representación legal de los padres y tutores con respecto a los actos que el propio menor puede realizar por sí mismo. Concretamente, el número 1 del párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil estatal, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, exceptúa de la representación legal de los padres que ostenten la patria potestad de sus hijos menores no emancipados “los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con sus condiciones de madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. A su vez, en el caso de que el menor de edad esté sujeto a tutela, el artículo 267 del

¹⁹⁰Jordano Fraga, Francisco (1984): “La capacidad general del menor...” (*op. cit.*, págs. 263-264).

¹⁹¹Gullón Ballesteros (1996), en este mismo sentido, indica que “mucho más importante hubiera sido regular la capacidad de obrar del menor con carácter general, acabando con la consideración fragmentaria e incompleta que en el Código Civil recibe la materia”. (Gullón Ballesteros, Antonio (1996): “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor...” (*op. cit.*, pág. 3).

Código Civil estatal establece que el tutor es su representante, “salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo”, “por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”.

Es difícil determinar con precisión cuáles son los límites de la capacidad de obrar del menor no emancipado. A pesar de ello, cabe extraer tres ámbitos de capacidad de obrar de estos menores de edad a partir de los preceptos citados:

1. El de los actos para los que tengan madurez suficiente, cuya válida perfección por los menores está plenamente admitida desde un punto de vista sociológico y, por ende, jurídico.
2. El de los actos para los que la ley establece una capacidad de obrar especial a favor del menor de edad.
3. El de los actos relativos a sus derechos de la personalidad¹⁹².

El artículo 162 del Código Civil estatal establece una genérica exclusión del ámbito de la representación legal de los padres de los actos relativos a los derechos de la personalidad de los menores de edad no emancipados que estén bajo su potestad. En estos casos, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, el artículo establece que los responsables parentales intervendrán en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

El artículo 162.2.1. del Código Civil estatal, en su redacción anterior a la citada ley, excluía de la representación legal de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”.

La nueva redacción del precepto tiene su origen en la enmienda en el Senado número 235 del Grupo Parlamentario Popular¹⁹³, por la que se modifica la

¹⁹²García Garnica, María del Carmen (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado...* (op. cit, pág.34).

redacción del punto primero del artículo 162 del Código Civil estatal, exceptuando de la representación legal de los padres “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda realizar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

Se establecen los siguientes argumentos como justificación de la enmienda:

La redacción actual del artículo 162.1º del CC puede llevar a confusión, pues cabría interpretar que los titulares de la patria potestad no pueden ostentar la representación legal de los hijos menores no emancipados, no sólo respecto de los actos relativos a los derechos de la personalidad, sino de cualesquiera otros que vengan determinados en disposiciones normativas o que los menores, de acuerdo a su madurez y con los usos sociales, puedan realizar por sí mismos. Ahora bien, se considera que la exclusión de la representación legal de los padres en el ejercicio de derechos de la personalidad no debe ser absoluta. Estos derechos requieren de un acercamiento diferenciado a través del interés superior del menor. Cuando el menor carezca de capacidad y madurez suficiente, los responsables parentales actuarán dentro de su deber de vela y cuidado.

En aquellos casos en los que los menores cuenten con capacidad y madurez suficiente para ejercitar estos derechos, los progenitores actuarán como asistentes en el sentido de acompañamiento vigilado y de tutela en el desarrollo paulatino del menor para evitar que, por su falta de experiencia, el menor atente contra su propio interés¹⁹⁴.

El primer interrogante que plantea esta excepción a la representación legal del menor de edad no emancipado se concreta en la delimitación de la categoría

¹⁹³Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, número 550, 26 de junio de 2015, págs. 185-186.

¹⁹⁴Lacruz Berdejo (2008), en un sentido similar, indica que: “el artículo 162.1 por sí mismo, no supone que el menor realizará por sí solo todos los actos relativos a los derechos de la personalidad, ni siquiera teniendo discernimiento suficiente. Lo único y muy importante que hace es excluir la representación, pero cabe exigir para una actuación del menor susceptible de afectar irreparablemente a sus derechos de la personalidad, el asentimiento de sus guardadores o intervención de autoridad externa a la familia”. (Lacruz Berdejo, José Luis (2008): *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, volumen 2. Personas. Quinta edición. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson, págs. 130-132).

de los “derechos de la personalidad”, así como de los actos relativos a los mismos que aquel puede llevar a cabo válidamente por sí mismo.

La categoría jurídica de los derechos de la personalidad ha sido una de las más controvertidas por la doctrina. El principal problema que plantea la delimitación de los derechos de la personalidad radica en que se trata de una categoría jurídica moderna, cuya construcción dogmática aún no ha terminado de ser elaborada de forma satisfactoria e incontrovertida. Aun así, cabe afirmar que, tras la elevación por la Constitución de 1978 al rango de derechos fundamentales de aquellos que venían recibiendo esta calificación, la mayor parte de los problemas y dudas que rodeaban a esta categoría han sido superados¹⁹⁵.

Es indiscutible que los derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física o a la intimidad, son también derechos de la personalidad, sin que su directa oponibilidad frente a los poderes públicos implique desconocer su eficacia en las relaciones jurídico privadas.

Cabe definir los derechos de la personalidad como aquellos derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona. La razón de ser última de estos derechos se encuentra en el principio general de tutela de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad, consagrada en el artículo 10 de la Constitución.

Al intentar hacer una enumeración de los derechos que integran esta categoría, nos encontramos con la imposibilidad de llevar a cabo un elenco cerrado e inmutable de ellos, dada la variabilidad histórica de los valores esenciales de la persona, que en cada momento demandan ser objeto de atención específica por el legislador, así como a causa de las discrepancias doctrinales existentes en torno a la calificación de algunos derechos.

¹⁹⁵ García Garnica, María del Carmen (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado...* (op. cit., pág.60).

Podemos encontrarnos ante dos hipótesis que demandan un tratamiento diverso, sin que el artículo 162 del Código Civil se refiera separadamente a ellas: así, de un lado, aquella en la que el menor de edad tiene suficiente capacidad volitiva e intelectual para llevar a cabo por sí mismo el ejercicio de sus derechos de la personalidad, aunque carezca de capacidad de obrar plena, y, de otro, aquella en la que el menor carece de capacidad natural para gobernarse por sí mismo transitoria o permanentemente, bien por su corta edad, bien por adolecer en el caso concreto de alguna enfermedad psíquica o física con tales efectos.

Tanto en nuestro derecho como en el derecho comparado, el ejercicio de estos derechos no se rige por las reglas generales de la capacidad de obrar, sino por la aptitud de su titular para comprender y querer el alcance de sus actos o por las condiciones de madurez del mismo.

Es importante destacar que en este ámbito no cabe hacer generalizaciones, por dos razones. En primer lugar, porque la heterogeneidad de los derechos de la personalidad y de los actos relativos a los mismos impide considerar que las condiciones de madurez necesarias para ejercitarlos sean las mismas para todos ellos. Para precisar el alcance de la capacidad del menor en este ámbito, no solo hay que atender a su madurez, sino también a la legislación que desarrolle esta previsión en relación con los distintos derechos de la personalidad. En segundo lugar, porque no siempre es fácil deslindar las esferas personal y patrimonial, debido a que en algunos actos de ejercicio de los derechos de la personalidad prima el carácter patrimonial sobre el personal.

Cuando el menor con capacidad natural pretenda llevar a cabo una actuación contraria a sus intereses, cabe la posibilidad de que tanto sus representantes legales como cualquier otra persona o el Ministerio Fiscal recaben el auxilio de la autoridad judicial para evitarle un perjuicio o apartarle de un peligro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil estatal.

En caso de que le falte al menor de edad un grado suficiente de discernimiento, es evidente que no podrá ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, y que resultará necesario, en estos casos, el complemento de la capacidad del menor de edad que salve el defecto o la limitación de capacidad.

Partiendo de la regla general de que los actos de carácter personalísimo no son susceptibles de sustitución propia, esta afirmación supone que los representantes legales solo podrán ejercitar los derechos de la personalidad si concurren dos presupuestos: 1) que el sujeto carezca de capacidad natural suficiente para llevar a cabo por sí mismo tal acto, y 2) que la actuación sea objetivamente beneficiosa¹⁹⁶.

De acuerdo con el artículo 223.2 del Código Civil estatal, cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede adoptar disposiciones relativas a su persona o a sus bienes, que serán aplicables en el supuesto en que sea judicialmente incapacitada. La autotutela¹⁹⁷ solo produce sus efectos a partir de que el sujeto beneficiario haya sido judicialmente incapacitado. En cuanto a la capacidad necesaria para el otorgamiento, a la vista del precepto, se requiere capacidad de obrar “suficiente”, expresión que podemos equiparar con la capacidad natural de querer y entender, esto es, de tener conciencia del acto y de consentirlo libremente.

Respecto a los menores de edad emancipados, según la opinión mayoritaria, no plantea excesivos problemas reconocer que puedan adoptar medidas de autoprotección, pues, en virtud del artículo 323.1 del Código Civil, se encuentran habilitados para regir su persona y sus bienes como si fueran mayores, aunque su poder patrimonial esté sometido a limitaciones que han de ser interpretadas restrictivamente, por lo que su capacidad parece suficiente.

Respecto a los menores de edad no emancipados, si son mayores de 14 años, parece imponerse la respuesta afirmativa a la cuestión de si tienen capacidad de obrar suficiente para adoptar disposiciones relativas a su persona o bienes, aplicables en el supuesto de ser judicialmente incapacitados, pues si les permite otorgar testamento notarial y nombrar tutores a sus hijos en

¹⁹⁶ *Ibidem*, páginas 77-92.

¹⁹⁷ Badosa Coll (1983) indica que “con la expresión autotutela la doctrina española ha venido designado la legitimación de un mayor de edad para regular el mecanismo protector de su tutela en contemplación de una eventual incapacitación. (Badosa Coll, Ferrán (1993): “La autotutela”. En V.V.A.A. (1983): *Libro Homenaje al profesor Dr José Luis Lacruz Berdejo*, volumen II. Barcelona: Bosch, pág.903.

testamento¹⁹⁸, debe reconocérseles capacidad de obrar suficiente para ordenar la autotutela. Pero, por debajo de dicha edad ello no resultará posible, pues estos menores carecen de capacidad natural de entender y querer¹⁹⁹.

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, regula las Instrucciones Previas en el artículo 11. Mediante las Instrucciones Previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad en relación con los cuidados y tratamientos a su salud, con el objeto de que esta voluntad se cumpla en el momento en que se llegue a encontrar en una situación que le impida manifestar su voluntad.

Exigen también la mayoría de edad para la declaración de voluntad anticipada algunas leyes autonómicas. Así, en idéntico sentido que la ley estatal, la Ley 3/2001, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes en Galicia, exige, en el artículo 5, según la redacción dada por la Ley 3/2005, de 7 de marzo, que el documento de Instrucciones Previas sea otorgado por “persona mayor de edad, capaz y libre”.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, regula el documento de voluntades anticipadas en el artículo 212-3, por el cual, la persona mayor de edad con plena capacidad de obrar puede, para el caso en que se encuentre en una situación en que no pueda decidir por sí misma, expresar las instrucciones para la realización de actos y tratamientos médicos. También puede designar la persona que, en su sustitución, debe recibir la información sobre su salud y decidir sobre la realización de dichos actos y tratamientos.

¹⁹⁸ Leonseguí Guillot, Rosa Adela (2009): “La tutela”. En Lasarte Álvarez, Carlos (2009): *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Colex, pág.118.

¹⁹⁹ Leonseguí Guillot, Rosa Adela (2009): “Protección en el orden civil y capacidad de autogobierno de los menores en situación de discapacidad e incapacitación”. En Villagrasa Alcaide, Carlos; Ravetllat Ballesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Boch, págs. 942-943.

Entendemos que la mención expresa del precepto a la persona mayor de edad con plena capacidad de obrar excluye de su posible aplicación no solo a los menores de edad, sino también a los menores emancipados.

Se ha criticado por parte de la doctrina los requisitos de capacidad exigidos para otorgar el documento de voluntades anticipadas; así, se ha indicado que no podemos olvidar que el documento de voluntades anticipadas en sustancia es un consentimiento informado prestado con anterioridad por el sujeto, en previsión de que este no pueda prestarlo en un momento posterior cuando deba realizarse la intervención médica, aunque es cierto que la función con la que surgen estos documentos se circunscribe, comúnmente, a las instrucciones o pautas de la intervención médica para el caso de una enfermedad terminal o intervención de grave riesgo. No podemos negar la capacidad del mayor de 16 años para prestar su consentimiento informado en previsión de una enfermedad futura en la que él no pueda emitirlo, cuando sí le reconocemos esa capacidad para prestarlo directamente para cualquier actuación médica, que puede implicar igualmente, un elevado nivel de riesgo para su vida²⁰⁰.

Existen, sin embargo, otras legislaciones autonómicas que establecen una regulación diferente de esta materia. Así, en Aragón, el artículo 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, según la redacción dada a este precepto por la Ley 10/2011, de 24 de marzo, permite emitir declaración de voluntades anticipadas a los mayores de edad, menores emancipados y menores aragoneses mayores de catorce años, así como a los incapacitados judicialmente, salvo que la resolución judicial de incapacitación determine otra cosa.

La Ley 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud de la Comunidad Foral de Navarra, regula las voluntades

²⁰⁰ Represa Polo, María Patricia (2011): "La regulación del documento de voluntades anticipadas en Libro Segundo del Código Civil Catalán". En Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarte Aznar, Sergio (2011): *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, págs. 190-191.

anticipadas en el artículo 54, estableciendo que el documento de voluntades anticipadas es el dirigido al médico responsable, en el que una persona mayor de edad, o un menor de edad al que se le reconoce capacidad suficiente conforme a la presente Ley Foral, deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas que quiere que se le practiquen cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurren no le permitan expresar personalmente su voluntad.

La Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, permitía otorgar voluntades anticipadas en el artículo 17 a la persona “mayor de edad o menor emancipado”. En el mismo sentido, la ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunidad Valenciana, establece en su artículo 45 que, a través del documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas, una persona mayor de edad o menor emancipado con capacidad legal suficiente manifiesta libremente las instrucciones a tener en cuenta en las actuaciones médicas para aplicarlas cuando se encuentre en una situación que no le permita expresar libremente su voluntad, pudiendo también designar un representante.

Entendemos que la legislación autonómica debería respetar la previsión contenida en la Ley Básica Estatal, que exige la mayoría de edad para otorgar el documento de instrucciones previas, y que el hecho de darse regulaciones diferentes a la legislación básica en Comunidades Autónomas como Valencia, Navarra y Aragón, sin ninguna otra justificación que la residencia en esas Comunidades Autónomas, puede suponer una infracción del derecho a la igualdad jurídica de trato reconocido en el artículo 14 de la Constitución²⁰¹.

La posibilidad de diferentes regulaciones sobre la formalización de las voluntades anticipadas exige una coordinación adecuada entre todas ellas, de

²⁰¹En contra, Beltrán Aguirre (2007) considera que la capacidad de los menores de edad para formular voluntades anticipadas es cuestión atinente a la capacidad de obrar de las personas y, como tal, incardinable en el ámbito civil, por lo que, existiendo una competencia de Navarra en materia de derecho civil foral exclusiva, la regulación de la capacidad de los menores contenida en su ley foral prevalece sobre la contenida en la legislación básica estatal, por tratarse de materias competenciales distintas. (Beltrán Aguirre, Juan Luis (2007): “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. En *D.S. Derecho y salud*, volumen 15, número Extra 1 (Ejemplar dedicado a XV Congreso “Derecho y Salud”), págs. 16-17.

manera que un documento formalizado de acuerdo con la normativa propia de una Comunidad Autónoma no pueda ser desconocido en los centros sanitarios de otra diferente. Se prevé para ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 11.5 de la Ley 41/2002, la creación del Registro Nacional de Instrucciones Previas en el seno del Ministerio de Sanidad y Consumo. Este registro, así como el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, ha sido creado por el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero.

Consideramos que sería conveniente una regulación más detallada sobre la capacidad del menor de edad en su ejercicio de los derechos de la personalidad, así como que exista una regulación de las condiciones básicas del ejercicio de estos derechos similar en todas las Comunidades Autónomas que legislen en esta materia.

4.2. INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO DE PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, abandona el control administrativo del internamiento de presuntos incapaces, instaurando el control judicial en el artículo 211 del Código Civil estatal.

Dentro de las dudas de interpretación puestas de relieve por la doctrina, se encontraba la referida a quién podía ser objeto de la medida de internamiento. El tenor literal del precepto, referido al “internamiento de un presunto incapaz”, llevaba a que los incapaces naturales, incluidos los menores de edad y los incapacitados, pudieran quedar excluidos de ese marco normativo.

Existieron opiniones diversas en la doctrina: por una parte, aquellos autores que, realizando una interpretación literal del artículo 211, afirmaban que este solo se aplicaba a los presuntos incapaces, mientras que a los incapacitados sometidos a tutela estaba dirigido el artículo 271.1. Según estos autores, a los menores de edad, no incluidos ni en uno ni en otro, se les aplicaría el régimen de los artículos 154 y 162 del Código Civil, donde no estaba previsto control judicial alguno. Por tanto, existiendo acuerdo de los que ejercían la patria potestad y el centro, podía tener lugar el internamiento sin necesidad de solicitar autorización judicial²⁰².

Por otra parte, estaban aquellos autores que consideraban que las garantías del artículo 211 también se aplicaban a los menores de edad sometidos a patria potestad²⁰³, al entender que, parecería excesiva la inexistencia de un control mínimo con respecto al menor de edad sometido a patria potestad en los casos de internamiento, sobre todo cuando se trata de internamientos prolongados. Ello supondría una mayor protección de unos menores de edad

²⁰²Bustos Valdivia, Inmaculada (2000): “Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996”. En *Actualidad Civil*, n.º 35, págs.1306-1307.

²⁰³Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1984): “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”... (*op. cit.*, pág. 958).

respecto a otros, ya que, en temas esenciales de los derechos fundamentales y las libertades públicas, esa protección debe ser básicamente la misma, tanto si se encuentran sometidos a tutela como si lo están a patria potestad²⁰⁴.

El artículo 271.1. del Código Civil establece la necesidad de autorización judicial para que el tutor pueda internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

El empleo del verbo *internar* parece indicar permanencia, por lo que, cuando la asistencia sanitaria o educativa se realiza sin internamiento, de forma ambulatoria, no será precisa la autorización judicial²⁰⁵.

Este es el único apartado de los artículos 271 y 272 del Código Civil que se ocupa de la esfera personal del tutelado. La necesidad de autorización judicial en estos casos está justificada, dada la trascendencia de las actuaciones previstas en él incluso si se trata de menores de edad. Se ha destacado que sorprende que no se exija autorización judicial para otras actuaciones que comprometan de forma importante la vida del menor de edad o incapacitado, a su integridad física, a los bienes de la personalidad o a las prestaciones personales del mismo.

Se sostuvo que la autorización judicial prevista en el artículo 271 era la del artículo 211 del Código Civil y no la del artículo 273, ya que no estaba justificado conceder una protección menor a la prevista en aquél a unos u otros sujetos según sean menores de edad o incapacitados o sean únicamente presuntos incapaces²⁰⁶.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó el artículo 211 del Código Civil y reguló el internamiento por razón del trastorno psíquico en el

²⁰⁴Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos, pág.199.

²⁰⁵Ordás Alonso, Marta (2009): "Del ejercicio de la tutela". En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2009): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pág.427.

²⁰⁶Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela...* (*op. cit*, págs. 548-550).

artículo 763, incluyendo en su ámbito de aplicación a los sometidos a patria potestad y tutela.

En el ámbito internacional, se refiere al internamiento de menores de edad el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que en su artículo 5 permite el internamiento de un menor, siempre en virtud de una orden legalmente acordado para vigilar su educación. Asimismo, la Convención de Derechos del Niño establece en el artículo 37 que los Estados parte garantizarán que ningún niño sea privado de libertad ilegal o arbitrariamente, reconociendo que los menores de edad privados de libertad deben ser tratados con respeto y humanidad, teniendo en cuenta las necesidades de las personas de su edad. Asimismo, les deben garantizar el derecho a la asistencia jurídica, así como el derecho a impugnar la legalidad de su privación de libertad ante la autoridad competente.

El artículo 211 del Código Civil estatal fue reformado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que modificó parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta reforma vino motivada por la necesidad de establecer una normativa de protección del menor en consonancia con los tratados internacionales suscritos por España. Esta ley recogió expresamente el internamiento de un menor de edad en centro psiquiátrico y, para que se realizara con las máximas garantías, se sometió expresamente a autorización judicial previa, salvo razones de urgencia, y, por otra parte, dispuso que dicho internamiento “se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”²⁰⁷. Se salvaban ya las dudas que se tenían respecto de si era necesaria autorización judicial cuando el internamiento lo llevaban a cabo los que ejercían la patria potestad.

²⁰⁷Alonso Pérez(1997) considera que el internamiento de las personas menores de edad se realice en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad “es medida prudente y laudable. El problema es que sea posible y se trate de un centro bien dotado de medios y de personas adecuadas a la responsabilidad que les incumbe”. (Alonso Pérez, Mariano (1997): “La situación jurídica del menor en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”. En *Actualidad Civil*, número 1, pág.29).

Así se establece expresamente en la Exposición de Motivos de la citada ley, que indica lo siguiente:

[...] otra cuestión que se aborda en la Ley es el internamiento del menor de edad en centro psiquiátrico y que con el objetivo de que se realice con las máximas garantías por tratarse de un menor de edad, se somete a la autorización judicial previa y a las reglas del artículo 211 del Código Civil, con informe preceptivo del Ministerio Fiscal, equiparando, a estos efectos, el menor de edad al presunto incapaz y no considerando válido el consentimiento de sus progenitores para que el internamiento se considere voluntario, excepción hecha del internamiento de urgencia.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ha derogado el artículo 211 del Código Civil, regulando en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”²⁰⁸, si bien mantiene un texto prácticamente igual al artículo 211 del Código Civil, según la redacción dada a dicho artículo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, por lo que respecta al internamiento de menores.

En cuanto a quiénes pueden ser internados, el artículo 211.1 del Código Civil, sustituyó la referencia al “presunto incapaz”, por “la persona que por razón de trastorno psíquico, no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad”. El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mantenía los mismos términos, ampliando su aplicación a los sujetos a tutela.

El internamiento de menores de edad afecta a un derecho fundamental, en concreto, la privación de libertad del menor internado, por lo que dicha materia, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución, debería regirse por ley orgánica.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, declarando la inconstitucionalidad de aquellos

²⁰⁸Perdiguero Bautista, Eduardo Ángel (1996): “El internamiento por razón de trastorno psíquico tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor”. En *Diario La Ley*, Sección Doctrina, tomo 3, pág.3.

incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida solo puede regularse mediante ley orgánica.

Tal es el caso del primer inciso del párrafo primero del indicado artículo 763.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual: “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial”, así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo, que establece que “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”.

En ambos casos nos hallamos ante unos preceptos incluidos en una ley ordinaria y, al regular la privación de libertad personal garantizada por el artículo 17 de la Constitución, es materia reservada a ley orgánica, de tal modo que vulneran el artículo 81.2 de la Constitución:

A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material [...] Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que solo el legislador puede remediar, razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”²⁰⁹

En la Sentencia 141/2012, de 2 de julio, el Tribunal Constitucional reitera este requerimiento al legislador.

Se ha propuesto, con ocasión del proyecto de ley orgánica, que se debería redactar, para dar cumplimiento a lo dispuesto en las anteriores sentencias del Tribunal Constitucional, refundir y compilar debidamente actualizada la normativa sobre el tipo de medidas coercitivas a las que pueden ser sometidas las personas que sufren trastornos psíquicos, incorporando la normativa

²⁰⁹Sentencia del Tribunal Constitucional. Pleno: Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, fundamento jurídico tercero.

sustantiva y procedimental precisa para regular adecuadamente los tratamientos ambulatorios involuntarios²¹⁰.

En la medida en que el internamiento conculca el derecho a la libertad e incluso el derecho a la integridad física del menor, corresponde la aplicación del artículo 162.1 del Código Civil, conforme a la redacción dada por la Ley de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia que excluye de la representación legal de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí solo”.

En el supuesto en que el menor de edad tenga “suficiente juicio”, o “condiciones de madurez suficiente”, se puede plantear si el menor de edad en estos casos puede prestar su consentimiento a un internamiento voluntario, planteándose también el posible problema en los supuestos en que hubiera discordancia entre los progenitores y el menor de edad. Existen autores que consideran como requisito para que un internamiento sea voluntario que la persona internada sea mayor de edad²¹¹. Consideramos, en este sentido que, para internar a un menor de edad en un establecimiento de salud mental o cualquier otro centro en el que se limiten los derechos de los menores de edad, debería contarse con autorización judicial.

Se ha destacado la “posible contradicción entre el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 172.2 y 3 del Código Civil estatal, ya que nada impediría acudir a la vía del artículo 172.2 del Código Civil dedicado a la “guarda asistencial o administrativa” para solicitar el internamiento del menor en un centro asistencial, “por circunstancias graves”, que podrían ser de salud

²¹⁰Beltrán Aguirre, Juan Luis (2011): “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación”... (*op .cit.*, pág.4).

²¹¹Roldán Luque(1997) indica que “desaparecida tras la reforma operada por la LO 1/1996 la posibilidad de internamientos voluntarios de menores, tan solo cabe que el internamiento sea involuntario, ora ordinario previa solicitud de autorización judicial, ora por razones de urgencia, en cuyo caso la intervención judicial será a posteriori”. (Roldán Luque, María Jesús (1997): “Internamiento de menores en centros psiquiátricos y de educación especial”. En *Protección jurídica del Menor*. Granada: Comares, pág.215).

mental, burlando la preceptiva autorización judicial del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”²¹².

El internamiento psiquiátrico de personas menores de edad exige, en cuanto a la constatación del trastorno psíquico, los mismos requisitos que exige para los adultos.

El procedimiento de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico se encuentra regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para interpretar este precepto, vamos a partir de la doctrina que establece la sentencia 141/2012, de 2 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, ya que la misma especifica los requisitos que se deben cumplimentar en los internamientos involuntarios de urgencia²¹³.

La sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto contra el auto de Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada y contra el auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada, de 1 de abril de 2009, que ratificaron la medida de internamiento involuntario urgente por trastornos psiquiátricos.

En dichas resoluciones, se impugna la lesión del derecho fundamental a la libertad personal, que el recurrente funda en los siguientes argumentos: a) la superación con exceso del plazo de las 72 horas legales para que el Magistrado-Juez encargado del caso resolviera el internamiento; b) la ausencia de datos objetivos que justificasen la necesidad y proporcionalidad de la medida, y c) la falta de información al recurrente de sus derechos a ser asistido por abogado y a la práctica de pruebas en el procedimiento.

²¹²Linacero de la Fuente, María (2001): *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Montecorvo, págs. 383-384.

²¹³Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2012): “Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos psiquiátrico”. En Aranzadi Civil-Mercantil. *Revista doctrinal*, n.º 7 págs 1-4: “La importancia de la Sentencia es que la misma especifica minuciosamente cuáles son los requisitos que se deben cumplimentar en dichos internamientos de urgencia (...). De ahí que me haya parecido oportuno considerar que la Sentencia sirve de decálogo en la materia... Decálogo que, al ser contrastado con los Autos recurridos, se acompaña de un ejemplo concreto sobre todo lo que no se debe hacer en tales casos”.

El Tribunal Constitucional dicta esta sentencia tras haber denegado la solicitud de desistimiento presentada por el demandante, en base a la pérdida de interés legítimo, una vez terminada la tramitación del proceso de amparo. Dicho rechazo se basa en el interés público del caso, derivado de ser el primer recurso de amparo que enjuicia un caso de internamiento psiquiátrico urgente desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad, tratándose asimismo de una materia con una gran importancia social en atención al colectivo al que afecta, que es con alguna frecuencia el de las personas con discapacidad mental, que se puede calificar como colectivo especialmente vulnerable.

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia, el Tribunal Constitucional hace referencia a su doctrina consolidada referida al internamiento involuntario, cuando es acordada directamente por la autoridad judicial bien como medida cautelar en un proceso ya iniciado, bien como medida definitiva impuesta en sentencia, exigiendo como condiciones necesarias para que pueda considerarse la legalidad del internamiento las siguientes:

- a) Debe probarse la enajenación mental de la persona afectada por el internamiento, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real;
- b) esta debe revestir un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y
- c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste, no pudiendo prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al responsable médico ordenar el internamiento de una persona cuando existan razones de urgencia que hagan necesaria la inmediata adopción de la medida. La fase extrajudicial

de este internamiento urgente exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Es necesaria la existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del tratamiento inmediato, debiendo quedar plasmado por escrito para su posterior control por la autoridad judicial.

- b) Es necesario informar al afectado o a su representante acerca del internamiento y de sus causas.

- c) Es obligación del centro comunicar al tribunal competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas. Se trata de un plazo máximo que empieza a contar desde el momento en que se produce materialmente el internamiento involuntario.

- d) Desde que tiene lugar la comunicación del internamiento por el centro al órgano judicial competente, ha de considerarse que la persona internada pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial.

La fase de control judicial en el internamiento urgente está regulada en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fijando un plazo de 72 horas, desde que se produce la comunicación del internamiento al tribunal competente, para que aquél practique las pruebas y ratifique el internamiento o, en caso contrario, ordene su cesación. Se debe tomar en consideración, para decidir sobre la procedencia del internamiento, el estado mental de la persona internada en el momento en el que se realizan las pruebas judiciales; asimismo se debe tomar en consideración el estado mental de la persona afectada por la

medida en el momento en que se adoptó por el responsable sanitario su internamiento.

Como garantías propias de la fase de control judicial relacionadas directamente con el derecho fundamental a la libertad, aparecen las siguientes:

- a) La autoridad judicial ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado o su representante en su nombre a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además, y conforme recoge expresamente el art. 763.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al establecer que “la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley”, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con abogado y procurador en este trámite y de su derecho a solicitar la práctica de pruebas.

- b) En el plano probatorio, además de efectuar el examen directo del interno en el centro, la autoridad judicial proveerá a la práctica del reconocimiento pericial por un médico designado por él, y podrá practicar cualquier otra prueba que estime pertinente.
- c) Sin duda, una de las principales garantías de este marco regulador del internamiento urgente lo constituye el límite temporal del que dispone la autoridad judicial para resolver, lo que constituye una novedad respecto a la legislación anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. El plazo ha de considerarse improrrogable, tal como se ha reconocido con otros plazos de detención judicial que desarrollan el art. 17.1 de la Constitución. Por tanto, no puede mantenerse el internamiento de la persona si una vez finalizado no se ha ratificado la medida, ni cabe aducir

dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar su demora, ni puede considerarse convalidado el incumplimiento porque más tarde se dicte el auto y este resulte confirmatorio.

Vencido el plazo no desaparece la facultad de la autoridad judicial para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad, sin perjuicio de que tras esa ratificación deba ejecutarse la orden judicial con todos sus efectos. Otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad. Como consecuencia, la superación del plazo de las 72 horas conllevará la lesión del derecho fundamental del artículo 17.1 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Constitucional finaliza otorgando el amparo al recurrente, al considerar vulnerado su derecho a la libertad personal, ya que el Juzgado encargado del caso no cumplió con el límite de las 72 horas que le correspondía, incurriendo en un exceso de catorce días respecto de la fecha de vencimiento del plazo legal y, asimismo, el recurrente no recibió la necesaria información sobre sus derechos dentro del procedimiento, ni en cuanto a su derecho a designar abogado y procurador para su defensa, ni sobre la posibilidad de solicitar la práctica de posibles pruebas pertinentes.

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “el internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”²¹⁴. Existen autores que consideran que corresponde a la autoridad judicial decidir, tanto en lo concerniente a la solicitud de internamiento, como respecto a la fijación del centro adecuado, entendiendo que, por razones de seguridad jurídica en

²¹⁴San José (20004) destaca que “a pesar de lo dispuesto en el artículo 763.2 la realidad es que en la práctica totalidad de las ciudades españolas no existen estos centros adecuados para menores de edad”. (San José, Lourdes (2004): “Internamiento psiquiátrico involuntario en menores. Marco constitucional y legal de la privación de libertad por razón de un trastorno psíquico”. En *Sisenesjornades catalanes d'actualizació en medicina forense*: Barcelona, 22, 23 i 24 de noviembre de 2001. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, pág.21).

beneficio del menor de edad, la autorización ha de determinar qué centro médico será el receptor, debiendo ser autorizado judicialmente todo traslado de dicho centro a otro distinto²¹⁵.

Pasando a analizar la legislación existente sobre el internamiento psiquiátrico en Cataluña, este estaba regulado en el artículo 255 del Código de Familia Catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio. Para describir el ámbito de aplicación de la preceptiva autorización judicial, se refería al internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que fuera su edad, en una institución adecuada y cerrada. Con ello parecía que se había querido hacer hincapié no tanto en el origen del trastorno, para no limitarlo exclusivamente al psiquiátrico, como en la privación efectiva de libertad, admitiendo que pudiera ser cualquier centro adecuado al trastorno psíquico, pero que fuera cerrado. Este artículo resultaba literalmente más preciso que el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y el derogado por esta norma, artículo 211 del Código Civil; además, extendía el control judicial al tratamiento psiquiátrico aplicable a la persona internada.

Se partía de que el internamiento de una persona por razón de trastornos psíquicos, cualquiera que fuera su edad, en una institución adecuada y cerrada, requería la autorización judicial previa siempre que la situación de la persona no le permitiera decidir por sí misma. Dado que, en ocasiones, en los supuestos de urgencia, tendrá que actuarse de forma inmediata, se permitía el internamiento sin autorización judicial, pero con la obligación del director o directora del centro de dar cuenta del hecho del internamiento al juez en el término máximo de veinticuatro horas. Idéntica obligación se va a dar en el caso de que nos encontremos con una persona que ha ingresado voluntariamente, pero en un momento determinado llega a encontrarse en una situación en la que no puede decidir voluntariamente por sí misma la continuación del internamiento.

²¹⁵Roldán Luque, María Jesús (1997): "Internamiento de menores en centros psiquiátricos y de educación especial", pág.218.

El artículo 255 del Código de Familia de Cataluña imponía a la autoridad judicial que procediera a realizar una “exploración personal” del sujeto internado, a escuchar el dictamen del facultativo que designe y a estudiar el informe del Ministerio Fiscal. El juez tenía que acordar motivadamente la autorización o la denegación del internamiento o, en su caso, la continuación del mismo. Además, el Código de Familia de Cataluña imponía a la autoridad judicial la obligación de revisar la situación de la persona internada cada dos meses.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, regula el internamiento involuntario en su artículo 212-4., derogando la regulación contenida en el Código de Familia. Se refiere al internamiento, en un establecimiento especializado, de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva y establece que este requiere autorización judicial previa si la situación de tal persona no le permite decidir, cualquiera que sea su edad.

El precepto analizado contempla el internamiento por razón de trastornos psíquicos y por razón de enfermedades que pueden afectar a la capacidad cognitiva, ampliando el ámbito de aplicación respecto a la legislación anterior que se contenía en el artículo 255 del Código de Familia, en la que solo se hacía referencia al internamiento por razón de trastorno psíquico, en el mismo sentido que el artículo 763 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que se refiere también a los internamientos por trastorno psíquico.

La doctrina de las Audiencias Provinciales, con algunas excepciones, ha admitido la aplicación de estos preceptos a los internamientos en centros geriátricos de personas que padecen enfermedades degenerativas y que no están en condiciones de decidir por sí mismas y, en consecuencia, de consentir sobre el ingreso, denegándose la autorización del internamiento en los demás casos en que la persona mayor no tenga una enfermedad que le impida decidir. Un sector doctrinal considera que la referencia expresa del precepto a los dos tipos de internamiento disipa cualquier duda que pueda existir al

respecto ²¹⁶ . El centro residencial no cumple una función meramente asistencial, sino terapéutica o, cuando menos paliativa.

Pueden ser objeto de internamiento las personas mayores y menores de edad. El artículo 763.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil exige que, cuando se trata de internamientos de menores, se realicen en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

La nueva regulación del internamiento contenida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, elimina la referencia contenida en el derogado artículo 255 del Código de Familia de Cataluña relativa al hecho de que el establecimiento en el que deba autorizarse el internamiento deba ser un establecimiento cerrado.

Dado que no exige que el establecimiento sea cerrado, se ha llegado a afirmar que este artículo contempla la posibilidad de que judicialmente puedan autorizarse los tratamientos ambulatorios en los supuestos en los que se prevea la necesidad de asistencia ambulatoria del enfermo y no exista voluntad por parte del mismo a someterse a dicho tratamiento²¹⁷.

En los supuestos de urgencia, conforme dispone el artículo 212.5 del Código Civil de Cataluña, no será necesaria la autorización judicial previa para realizar el internamiento. La urgencia debe ser constatada por un facultativo y debe fundamentarse en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo, o para su integridad física o psíquica o la de otras personas. El director del establecimiento donde se realice el internamiento debe comunicarlo a la autoridad judicial del lugar donde se halle el centro médico en un plazo de veinticuatro horas, a fin de que la autoridad judicial ratifique o deje sin efecto ese internamiento, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que recibe la comunicación.

²¹⁶ Viñas Mestre, Dolors (2011): "Sección Segunda. Internamientos". En Roca Trías, Encarnación y Ortuño Muñoz, Pascual (coords.) (2011): *Persona y Familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Las Rozas (Madrid): Sepin, pág.113.

²¹⁷ *Ibidem*, página 114.

La revisión de la necesidad del internamiento se producirá en un plazo que no puede exceder de dos meses desde la ratificación de esa medida privativa de libertad, a cuyo fin es necesario que en este plazo el director del establecimiento informe periódicamente sobre la situación de la persona internada. Precisamente, a petición del director del establecimiento, la autoridad judicial puede acordar, dada la situación de la persona internada, que los informes posteriores se emitan en intervalos superiores, sin que puedan exceder de seis meses.

El último inciso del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil autoriza a los facultativos que atiendan a la persona internada, cuando consideren que no es necesario mantener el internamiento, a dar de alta al enfermo, comunicándolo inmediatamente al tribunal competente.

Salvo en los supuestos en los que el internamiento se ha acordado como medida cautelar prevista en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que los facultativos necesitarían autorización judicial para poder dar de alta a la persona internada, en el resto de supuestos los facultativos pueden dar de alta a la persona internada con la única obligación de comunicarlo a la autoridad judicial que ha autorizado el internamiento.

Aunque se ha criticado por parte de la doctrina que no exista una intervención judicial cuando los facultativos deciden dar de alta al paciente internado, consideramos que, dado que la finalidad del internamiento en estos casos es solo terapéutica, el alta médica debe considerarse suficiente.

La decisión médica que acuerda poner fin al internamiento no es susceptible de ningún recurso, por lo que, si existe discrepancia con la decisión de los facultativos, las personas legitimadas únicamente podrían instar un nuevo internamiento con todos los requisitos que exige el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, regula como novedad el ingreso de menores de edad en centros de protección específicos para menores con

problemas de conducta en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales.

Su regulación específica deriva, según el Preámbulo de la citada ley, de las peticiones planteadas por instituciones relevantes como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño, así como de lo indicado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131 y 132/2010, por las que se resolvieron cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas en relación con el artículo 211 del Código Civil y en el artículo 763 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Así, el Informe del Defensor del Pueblo sobre Centros de Menores con Trastornos de Conducta y en Situación de Dificultad Social de 2009, estableció como recomendación que se solicitase la autorización judicial en los términos previstos en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, siempre que el internamiento del menor de edad se produzca por razón de trastorno psíquico, debiéndose valorar asimismo la necesidad de recabar la autorización judicial para el ingreso del menor de edad en todos aquellos centros que apliquen medidas que conlleven alguna limitación de los derechos que los mismos puedan ejercitar de acuerdo con su edad²¹⁸.

La Ley Orgánica 8/2015, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, introduce el artículo 778 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que incorpora un procedimiento detallado para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor de edad en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, con la finalidad de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar.

El ingreso de un menor de edad en estos centros a solicitud de la Entidad Pública de Protección de Menores que ostente la tutela o guarda de un menor

²¹⁸ <<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2009-01-Centros-de-protección-de-menores-con-trastornos-de-conducta-y-en-situación-de-dificultad-social.pdf>.[consulta:10/07/2015], pág. 407.

o del Ministerio Fiscal requiere control judicial, exigiendo la autorización judicial previa al internamiento, salvo en los supuestos de urgencia, en los que el ingreso será ratificado con posterioridad. En este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al juzgado competente dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, debiendo la autoridad judicial resolver sobre la ratificación de dicha medida de ingreso en el plazo máximo de setenta y dos horas.

El juzgado para conceder la autorización o ratificar el ingreso deberá examinar y dar audiencia al menor de edad, a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostenten la patria potestad o tutela y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada, debiendo emitir informe el Ministerio Fiscal. Deberá recabarse el dictamen de un facultativo designado por el juzgado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere pertinente.

El menor de edad será informado sobre su ingreso en formatos accesibles y en términos comprensibles a su edad y circunstancias. Por otro lado, la autorización o ratificación del ingreso solo procederá cuando no resulte posible atender al menor de edad de una forma adecuada con unas condiciones menos restrictivas.

La Entidad Pública y el director del centro deberán informar al juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias del menor de edad y sobre la necesidad de mantener la medida. Los informes se emitirán cada tres meses a no ser que la autoridad judicial señale un plazo inferior.

Recibidos los informes de la Entidad Pública y del director del centro, previa la práctica de las actuaciones que la autoridad judicial estime pertinentes, así como audiencia del menor de edad y del Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

Será competente para autorizar el ingreso de un menor de edad en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta el Juzgado de Primera Instancia donde radique el centro. Si el menor de edad fuera trasladado a otro centro, no será necesaria nueva autorización judicial, pero sí

que tenga conocimiento del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el nuevo centro.

Los menores de edad no podrán permanecer en el centro más tiempo del necesario para atender a sus necesidades. El cese del internamiento será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta fundamentada de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Se da, por tanto, un mayor protagonismo a la autoridad judicial que en los internamientos por trastorno psíquico regulados en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los que, cuando los facultativos consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo y lo comunicarán a la autoridad competente. Consideramos que no existe justificación para este mayor protagonismo judicial y que debería existir una previsión similar a la contemplada en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los centros de menores con problemas de conducta están regulados en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su capítulo IV del título II, que incluye los artículos 25 a 35. Este capítulo se ha introducido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

El artículo 25 de la citada ley establece que estos centros estarán destinados al acogimiento residencial de menores de edad que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta “que presenten conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada”.

El Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2009 sobre los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, se refirió al concepto de trastorno de conducta como “el conjunto de comportamientos agresivos, disruptivos y violentos, en la infancia y adolescencia, que son graves y dificultan la adaptación del menor a su entorno social, educativo y familiar”.

En el indicado informe, el Defensor del Pueblo se refiere a la existencia de una controversia científica en torno al diagnóstico de trastorno de conducta. Así, destaca que, mientras algunos expertos piden la eliminación del trastorno de conducta de las clasificaciones de enfermedad mental, y piden que se considere exclusivamente un problema social y educativo, aludiendo a la importancia de evitar la medicalización de estos problemas, otros expertos destacan la necesidad de detectar y tratar los problemas de salud mental que de forma frecuente subyacen en estos menores de edad, como son los trastornos afectivos o adictivos.

El Defensor del Pueblo destaca la necesidad de que los diagnósticos clínicos diferenciales sean realizados por profesionales con formación específica en salud mental infantil y de que los planes de tratamiento se establezcan desde equipos multidisciplinares²¹⁹.

El artículo 26 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, establece que no podrán ser ingresados en estos centros los menores de edad que padezcan enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento especial por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad, y se regulan, en los artículos 27 y siguientes, las condiciones para poder aplicar a los menores de edad que estén internos en estos centros medidas de contención o aislamiento, la forma de realización de los registros personales y materiales, el régimen disciplinario que les es aplicable, así como las normas para la administración de medicamentos, que deberán respetar en todo caso las disposiciones sobre consentimiento informado contenidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

²¹⁹Informe del Defensor del Pueblo del año 2009 sobre los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, págs. 29-31.

El Defensor del Pueblo, en su informe del año 2009 sobre los centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social, destacó la insuficiencia de recursos para atender la creciente demanda de atención a jóvenes con problemas de conducta y en situación de dificultad social, lo que en la práctica supone que, en muchos casos, los menores de edad sean derivados a un centro específico en razón no de la adecuada indicación clínica o diagnóstica, sino en función de las vacantes existentes en el momento del ingreso. Destacó, asimismo, cómo, como consecuencia de esta deficiente gestión, menores de edad están siendo atendidos en recursos que no son los más adecuados para ellos, lo que condiciona en gran medida el fracaso del acogimiento.

El artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece la necesidad de acompañar a la solicitud del ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta la valoración psicosocial que justifique dicho ingreso. Se ha destacado que, para garantizar los derechos de los menores ingresados en estos centros, será necesario que las autoridades que tienen la responsabilidad de supervisar y controlar el funcionamiento de los centros y de la situación de los menores de edad que están ingresados en los mismos no se limiten al cumplimiento formal de las exigencias de la ley, y tengan en cuenta en todo caso que a la limitación de los derechos de la persona que se produce en estos centros no se le puede superponer otra justificación que el propio interés de la persona menor de edad²²⁰.

Consideramos positiva la nueva regulación de los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, en cuanto establece, por un lado, el control judicial del internamiento en estos centros y, por otro, una regulación expresa de las condiciones para poder aplicar medidas de contención o aislamiento, así como para determinar otras medidas limitativas de los derechos de los menores de edad ingresados en dichos centros, aunque

²²⁰Lázaro González, Isabel Eugenia (2015): "La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia". En *Familia y sucesiones, cuaderno jurídico*, n.º 111, pág. 8.

estimamos que hubiera sido conveniente que el legislador, cumpliendo la obligación que le viene impuesta por la sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, hubiera incluido asimismo en la reforma la regulación de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, que pueden afectar también a menores de edad.

4.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS TRATAMIENTOS E INTERVENCIONES MÉDICAS DE PERSONAS MENORES DE EDAD QUE EXIGEN INTERNAMIENTO O TRATAMIENTO AMBULATORIOS INVOLUNTARIOS

La facultad de consentir o rechazar una intervención médica constituye parte del contenido esencial de los derechos a la vida y a la integridad física, de un lado, y de la libertad y de la dignidad de la persona, de otro.

Los derechos recogidos en el artículo 15 de la Constitución protegen, según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional²²¹, la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Este derecho fundamental conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación, que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la vida o salud.

El derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad; por lo tanto, esa misma asistencia médica constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que tenga una justificación constitucional²²².

El artículo 15 de la Constitución no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral.

Las actuaciones médicas llevan implícita una posibilidad de afección a la integridad personal protegida por el artículo 15 de la Constitución, en la medida en que este tutela la inviolabilidad de la persona contra toda intervención en su

²²¹ Entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional 221/2002, de 25 de noviembre, especialmente su fundamento jurídico cuarto, 220/2005, de 12 de septiembre, en su fundamento jurídico cuarto, y 167/2007, de 2 de julio, en su fundamento jurídico quinto.

²²² Cfr. fundamento jurídico tercero de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011.

cuerpo, de manera que es preciso arbitrar los mecanismos necesarios para garantizar la efectividad del derecho en ese ámbito, coherenciándolo con la función y finalidad propias de la actividad médica.

Esta garantía de la efectividad de este derecho de la personalidad en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad física y psíquica, para resultar acorde con ese derecho, debe ser consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada.

Para determinar las garantías que, desde la perspectiva del artículo 15 de la Constitución, se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente, podemos acudir, por una parte, a los tratados y acuerdos en la materia ratificados por España, por el valor interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que les reconoce el artículo 10.2 de la Constitución y, por otra, a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que también ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales que tutelan los derechos fundamentales, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución.

Entre esos elementos hermenéuticos encontramos, en primer lugar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y reconocida con el mismo valor jurídico que los tratados en el artículo 6.1 del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado por los Estados miembros de la Unión Europea el 13 de diciembre de 2007, y con entrada en vigor el 1 de enero de 2009.

El artículo 3 de la citada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley.

En esta misma línea, el artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, redactado en Oviedo, el 4 de abril de

1997, y ratificado por España por Instrumento de 23 de julio de 1999, establece en su artículo 5 la regla general, según la cual solo podrá realizarse una intervención en el ámbito de la sanidad después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento, a cuyo efecto deberá recibir una información acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la noción de vida privada cuyo respeto se consagra en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos²²³.

Para que la facultad de consentir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento y elegir entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que le propongan los facultativos²²⁴.

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, en su artículo 2, la exigencia con carácter general del previo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, “que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada” y que “se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley”.

²²³Fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo de 2011.

²²⁴Fundamento jurídico quinto. *Ibidem*.

El artículo 4 del mismo texto legal recoge, en los términos más amplios, el derecho de los pacientes a conocer “toda la información disponible” sobre cualquier actuación en el ámbito de su salud, “salvando los supuestos exceptuados por la ley”. El precepto pone de relieve que las excepciones no son indeterminadas ni de consideración extensiva, permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, supuestos en los que es preciso comunicarlo a las personas vinculadas al paciente.

A continuación nos referiremos a la legitimación y la capacidad necesaria para prestar o denegar el consentimiento a los actos y a los tratamientos médicos que le sean prescritos al paciente menor de edad, teniendo en cuenta las normas internacionales, nacionales y autonómicas que regulan esta materia.

La facultad de consentir o rechazar el acto médico es una facultad personalísima. Ello va a tener gran trascendencia jurídica a la hora de determinar qué personas están capacitadas para prestar válidamente dicho consentimiento y cuáles no, así como quiénes y cuándo podrán prestar el consentimiento por los pacientes incapacitados jurídica o fácticamente para prestarlo por sí mismos.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, fue la primera norma que consagró en el derecho español un elenco de derechos del paciente. Con carácter general, incluyó en algunos preceptos indicaciones sobre la información y el consentimiento de los pacientes, pero sin hacer ninguna mención concreta a los menores de edad. Así, se refería al consentimiento informado en el artículo 10.6, limitándose a establecer el derecho del paciente a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito de aquel para la realización de cualquier intervención.

No obstante, la necesidad del consentimiento del paciente se exceptuaba en tres supuestos:

- a) Cuando la falta de intervención supusiera un riesgo para la salud pública;
- b) cuando el paciente no estuviera capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho correspondería a sus familiares o personas a él allegadas, y
- c) cuando la urgencia no permitiera demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

El artículo 10.6 fue derogado por la disposición derogatoria única 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.

Hay que esperar al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999, para encontrar, por una parte, una referencia específica a la capacidad del menor de edad en este ámbito, y por otra, la primacía que se da a su capacidad natural.

Así, el artículo 6 del citado texto legal se refiere a la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento, exigiendo que solo pueda efectuarse una intervención en estos casos cuando redunde en su beneficio directo. Tratándose de un menor de edad que no tenga capacidad, solo podrá realizarse la intervención médica con autorización de su representante legal, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley, debiendo ser tomada en consideración la opinión del menor cuando sea posible.

Se da primacía a la capacidad del menor de edad, pero a su capacidad natural, ya que solo se requerirá la autorización de los representantes legales cuando se considere que el menor de edad no tiene capacidad. En ningún momento se hace referencia a la capacidad de obrar o a la mayoría de edad, sino a la capacidad en general, por ello se presume que se está haciendo referencia a una capacidad intelectual y volitiva.

En el ámbito de la legislación estatal, hay que esperar hasta la promulgación 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, para contar con una regulación acorde con las bases internacionales.

Hasta la aprobación de esta ley, que deroga y reemplaza las previsiones de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, relativas al consentimiento informado, no encontrábamos en la legislación estatal ninguna regla que resolviera de forma específica quién era el legitimado para prestar el consentimiento cuando el paciente es menor de edad.

El artículo 9.2, b) 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, permite a los facultativos llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, consultando, si es posible, a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente.

Ante la falta de norma legal que delimite quiénes son los familiares o personas vinculadas de hecho al enfermo, se ha propuesto realizar una interpretación analógica de los criterios establecidos en los artículos 234 y 235 del Código Civil estatal para la delación de la tutela²²⁵.

²²⁵García Garnica, María del Carmen (2004): El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado... (*op. cit.*, pág.133).

El apartado 3 del artículo 9 de la citada ley establece que se otorgará el consentimiento por representación²²⁶ en los supuestos que enumera. La disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 al artículo 9 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.

Así, en el artículo 9-3 a) regula una serie de situaciones que en la práctica pueden ser diferentes. Se refiere a un paciente que, a criterio del médico responsable de la asistencia, no es capaz de tomar decisiones, o bien a los casos en que su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación. En este apartado, se limita a señalar que, si el paciente carece de representación legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

El supuesto previsto en el artículo 9.3 b) se refería a los pacientes incapacitados legalmente. Con la nueva redacción del precepto, se refiere al supuesto en que el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

El artículo 199 del Código Civil estatal se refiere a esta situación al determinar que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley”.

La sentencia en la que se declare la incapacitación debe establecer el organismo de guarda aplicable a la persona cuya capacidad está modificada judicialmente. Debe tenerse presente que el artículo 9.3 b) de la Ley 41/2002,

²²⁶ Domínguez Luelmo (2007) considera que hubiera sido preferible mantener la expresión *consentimiento* por sustitución que figuraba inicialmente en la proposición de Ley, ya que la representación en sentido técnico jurídico tiene un significado muy preciso que nada tiene que ver con algunos de los supuestos que se regulan en este precepto, donde no hay representación, sino consentimiento otorgado por personas distintas del afectado por no poder este prestarlo libre y voluntariamente. (Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica...* (op. cit., pág.346).

solo resulta aplicable cuando el incapacitado quede sometido a representación legal, y no en los demás casos²²⁷.

El artículo 201 del Código Civil estatal permite la incapacitación de los menores de edad, siempre que “concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”²²⁸. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del citado texto, “la patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de ley, al llegar aquéllos a la mayor edad”. Lo mismo que en el caso de la patria potestad prorrogada, son los titulares de esta los que deben otorgar el consentimiento por sustitución, y resulta indiferente que el incapacitado sea menor o mayor de edad.

Resulta fundamental en este ámbito tener en cuenta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006, que incluye el principio de respeto a la autonomía de las personas con discapacidad y reconoce en el artículo 12 el deber de los Estados de adoptar las medidas necesarias para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, llevó a cabo una serie de reformas legales con el objetivo de adaptar nuestra legislación a la Convención y, asimismo, en su disposición adicional séptima, estableció que el Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con

²²⁷ *Ibidem*, página 347.

²²⁸ Núñez Muñiz (2009) indica que, tratándose de la incapacitación de un menor de edad, es necesario que la causa de incapacitación se prevea que va a perdurar en la mayoría de edad, “pues de lo contrario no tendría sentido la incapacitación, dado que la finalidad primordial de ésta es dotar al incapacitado de un representante legal que le cuide y atienda sus intereses, y el menor, por el hecho de serlo ya dispone de ella: la patria potestad y en su defecto la tutela en su defecto”. (Núñez Muñiz, Carmen (2009): “La incapacitación del menor en el derecho civil común español”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, pág.1048”).

discapacidad, sin que hasta la fecha se haya procedido a cumplir lo establecido en la disposición adicional séptima de la citada ley.

Se ha destacado como posible causa del retraso de la acomodación del Derecho Privado a la Convención la complejidad de la materia, y la falta de acuerdo entre los juristas acerca de cuál es el grado de compatibilidad de las normas jurídico-privadas con el artículo 12 de la Convención, sin que exista tampoco acuerdo sobre cuál ha de ser el alcance de la modificación de tales normas. Así, mientras algunos autores consideran que nuestro ordenamiento jurídico es contrario a la Convención y es necesario construir un nuevo sistema, otros autores consideran que nuestro ordenamiento jurídico es compatible con la Convención, sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de realizar las oportunas adaptaciones²²⁹.

Nuestro ordenamiento jurídico ante la falta o disminución de la capacidad de la persona para autogobernarse, ya sea por causa de la edad o de discapacidad, modifica lo que conocemos como capacidad de obrar de la persona en su beneficio y establece medidas de protección de la persona o del patrimonio. Se ha destacado que ambos sistemas de protección, el de la infancia y el de las personas con discapacidad, están interconectados por lo que a la hora de efectuar reformas, conviene tener en cuenta ambos regímenes de protección y llevar a cabo una reflexión conjunta²³⁰.

Legalmente podemos encontrarnos con supuestos en que no es suficiente con el consentimiento prestado por los representantes legales del paciente incapacitado, sino que se necesita autorización judicial. Así ocurrirá con la esterilización de personas que de forma permanente no puedan prestar su consentimiento, en cuyo supuesto resulta aplicable el artículo 156 del Código Penal, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que establece que no será punible la esterilización acordada

²²⁹ Mayor del Hoyo, María Victoria (2014): "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. En *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 68, n.º 2173, págs. 6-7.

²³⁰ *Ibidem*, páginas 10-14.

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 apartado anterior, que excluye la posibilidad de que los menores de edad puedan prestar su consentimiento a la esterilización, estableciendo que no será válido el consentimiento prestado por los menores de edad ni por sus representantes legales. Como requisitos para la autorización judicial a la esterilización, se establece que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, para salvaguardar el mayor interés del afectado y con arreglo a lo establecido por la legislación civil.

La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 requerirá autorización judicial en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona afectada por la medida, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por la autoridad judicial de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

Se ha considerado que esta regulación solo se refiere a la esterilización no terapéutica, de manera que si la esterilización es una medida indicada para salvaguarda la vida o salud del incapacitado, la intervención debe regirse por las reglas analizadas sobre consentimiento informado²³¹.

El artículo 9.3 c) regula el consentimiento de los menores de edad como un supuesto de consentimiento por representación. Cuando el paciente menor de edad no tenga capacidad natural para comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor de edad. Se establecía en estos casos que el menor de edad debía ser oído si tenía doce años cumplidos. Con la nueva redacción de este precepto, dada por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, se establece que

²³¹Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica...* (op. cit., pág.349).

“el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²³²”.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, desarrolla el derecho del menor a ser oído y escuchado, de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007, cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 12 de noviembre de 2010, y de acuerdo también con la Observación nº 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado, conforme indica el Preámbulo de la citada ley.

Según dispone el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se garantizará que el menor de edad, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez debe ser valorada por personal especializado, teniendo en cuenta el desarrollo volitivo del menor y su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

No es posible la prestación del consentimiento por representación si el menor está emancipado o tiene dieciséis años cumplidos. Conforme a la redacción

²³²Varela García, Carlos (1997): “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios Programáticos y normas de conflicto”. En *Actualidad Civil*, n.º 1, pág. 269): “[...] superados los posicionamientos de la legislación preconstitucional anterior que concebía al menor desde una perspectiva protectora-paternalista, considerándole como un ser irresponsable con independencia de su grado de madurez, se ha pasado, a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a considerarle como un sujeto de derecho con cuya opinión se debe contar a la hora de adoptar medidas que le puedan afectar”.

originaria del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en caso de actuación de grave riesgo, se establecía que, según criterio facultativo, los progenitores serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Esta previsión contenida en el artículo 9.3 c) fue cuestionada en cuanto que:

[...] esta limitación a la presunta capacidad que presentan los menores emancipados o mayores de dieciséis años para prestar por sí el consentimiento no nos parece del todo acertada, ya que la simple eventualidad de hallarnos ante un menor maduro debería traducirse en un respeto absoluto a la decisión por él adoptada, con total independencia de cuál sea el nivel de riesgo asumido por la intervención facultativa o terapéutica, debiendo procederse a informar a los representantes legales únicamente cuando el menor lo autorice o cuando el médico entienda que éste no tiene una capacidad real para tomar la decisión médica de que se trate²³³.

Sin que constituya una excepción al reconocimiento de capacidad para consentir de los emancipados y los mayores de dieciséis años, el artículo 9.3.c) de la citada ley disponía que, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres deben ser informados y su opinión tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Cataluña, sección 5ª, de 7 de abril de 2010, declaró la nulidad de la norma 33 del Código Deontológico aprobado por el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, conforme al cual, el médico, al tratar a un paciente menor de edad, cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores, y hacer prevalecer la voluntad del menor de edad. Los argumentos utilizados para declarar dicha nulidad fueron los que se exponen en el fragmento siguiente:

²³³Ravetllat Ballesté, Isaac (2013): *El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario*. Barcelona: Huygens, págs. 66-67.

Conforme al tenor literal de esta norma, cuando el médico considere que un paciente menor de edad tiene las suficientes condiciones de madurez -con independencia de cuál sea dicha edad-, se producirán dos consecuencias ineludibles. Por una parte, <habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores>, lo que comporta que éstos no serán informados del estado de salud del menor que se halla sujeto a su patria potestad o tutela, en tanto que, por otra, prevalecerá en todo caso la voluntad de aquel sobre la de sus padres o tutores.

Resulta obvio, según establece la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que tal regulación contraviene lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente. Según este precepto, en los casos en que se trate de menores cuya capacidad no esté modificada judicialmente y que sean capaces intelectual y emocionalmente para comprender el alcance de la intervención, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabrá prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, incluso en estos casos, los padres deben ser informados en todo caso, cuando se trate de una actuación de grave riesgo, y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

La norma impugnada no respeta tales prescripciones, desde el momento en que impide que los padres o tutores sean informados en todo caso, cuando el médico considere que el menor tiene las suficientes condiciones de madurez, y hace prevalecer la voluntad de este, sin ponderar en uno y otro caso las circunstancias de edad y riesgo que establece el precepto legal.

Entendemos que esta cuestión no quedaba clara. Por un lado, la información a los padres pone en entredicho el derecho a la confidencialidad de los datos relativos a la salud del menor de edad, y, por otro, tampoco parece que dicha opinión pueda hacer variar el sentido del precepto para los emancipados y los mayores de dieciséis años, pues el artículo 9.3 c) decía claramente que en estos casos “no cabe prestar consentimiento por representación”²³⁴.

²³⁴ Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica...* (op. cit., pág. 363).

El precepto se refería solo a los padres, como personas a las que debía informarse y cuya opinión debía tenerse en cuenta. No resolvía el supuesto en que el menor de edad ha obtenido el beneficio de mayor edad, o el de los emancipados cuyos progenitores hayan fallecido o hayan quedado impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida en la ley. Según el artículo 286 del Código Civil estatal, en estos casos procede el nombramiento de curador, por lo que pudiera pensarse que la información a que se refería el artículo 9.3 c) de la ley debería suministrarse al curador.

Aunque la edad general que se prevé en el Código Civil para que tenga lugar la emancipación por diferentes vías es la de dieciséis años, en el caso de la emancipación por matrimonio podíamos encontrarnos con el supuesto de un menor de edad con catorce años. En esta materia deben tenerse en cuenta las particularidades que plantean algunas Comunidades Autónomas con competencia para legislar en materia civil. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, elimina la posibilidad de contraer matrimonio con catorce años mediante dispensa que contemplaba el artículo 48 del Código Civil estatal, así como la emancipación por matrimonio, por lo que a partir de la entrada en vigor de esta ley solo es posible la emancipación a partir de los dieciséis años.

Teniendo en cuenta que el artículo 9-3 c) de la Ley 41/2002 no hacía ninguna distinción, su referencia a los emancipados incluía todos los supuestos, sea en el derecho general del estado o en el derecho civil propio de algunas Comunidades Autónomas²³⁵.

Conforme a la nueva redacción dada al artículo 9.4 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, por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años, no cabe prestar el consentimiento por representación, salvo que se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior. Cuando se trate de una actuación de grave riesgo

²³⁵ *Ibidem*, página 362.

para la vida o salud del menor de edad, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión.

Consideramos que esta solución es claramente criticable y supone alejar nuestro sistema legal del principio de autonomía configurado por la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²³⁶.

La disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, introduce un nuevo apartado sexto conforme al cual, cuando el consentimiento deban prestarlo por representación el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente. Las decisiones que se consideren contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que se den situaciones de urgencia en las que los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, sin que pueda derivarse de su actuación ningún tipo de responsabilidad, al estar amparada su actuación por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Se otorgará el consentimiento por representación cuando el menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente para comprender el alcance de la intervención. En este supuesto, el consentimiento lo otorgará su representante legal, pero después de haber oído la opinión del menor si tiene doce años cumplidos. La opinión del menor, sin que sea vinculante, se deberá tener en cuenta para seguir la decisión más acorde con la aplicación del interés superior del menor.

²³⁶ Rivera Álvarez, Joaquín María (2015): "El consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. Interés superior del menor". En *Revista de Derecho Privado*, n.º 2, marzo, abril, pág. 85.

En primer lugar, habrá que precisar cuándo se considera por el legislador que el menor de edad es capaz intelectual y emocionalmente, para poder entender la información que está recibiendo y posteriormente prestar el consentimiento a cualquier actuación médica.

La segunda pregunta es la relativa a quién determina si la capacidad natural del menor está dentro de los parámetros mínimos para entender y querer. Se desprende de la norma que es el médico que atiende al menor de edad el que debe determinar si tiene capacidad natural²³⁷.

Siendo la voluntad de los padres y del menor de edad coincidente, el Tribunal Constitucional se manifestó sobre la capacidad de decisión de un menor de 13 años, testigo de Jehová, en la sentencia 154/2002, de 18 de julio de 2002. Tras la negativa del menor de edad a que le practicaran una transfusión de sangre, alegando sus convicciones religiosas, se produjo su fallecimiento. La Audiencia Provincial de Huesca, dictó sentencia el 20 de noviembre de 1996, absolviendo a los demandados. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por infracción de ley contra dicha sentencia. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, mediante sentencia dictada el 27 de junio de 1997, estimó el recurso, casando y anulando la sentencia impugnada, y, a continuación, dictó sentencia en la que condenó a los progenitores como responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional.

El objeto del recurso de amparo era dilucidar si, tal y como entendió la sentencia impugnada, el hecho de que los recurrentes no disuadieran a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, sobre la base de sus creencias religiosas, puede considerarse una omisión de la conducta que les era exigible dada su condición de garantes de la salud de su hijo menor de edad. El

²³⁷ Ruiz Jiménez, Juana (2009): "El consentimiento informado en el ámbito de los menores e incapacitados". En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Boch, pág. 1204.

Tribunal Constitucional entiende que la actuación de los recurrentes se encuentra amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa y, por tanto, reconoce que, a los recurrentes en amparo, se les había vulnerado su derecho fundamental a la libertad religiosa, anulando la sentencia del Tribunal Supremo.

La Sala del Tribunal Constitucional estima que la expresada exigencia a los progenitores de una actuación disuasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, aquietándose desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión, es una actuación que contradice al propio centro de sus convicciones religiosas, que va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor de edad²³⁸.

En la demanda de amparo se cuestiona también la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño de trece años, estando en juego su propia vida. El Tribunal Constitucional analiza el significado de la oposición del menor de edad al tratamiento médico prescrito. Considera que es cierto que el ordenamiento jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad; entre ellos, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de la integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de su potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código Civil estatal.

²³⁸ Domínguez Luelmo (2007) destaca que algunos aspectos de esta sentencia han sido criticados con acierto al considerarse que, si bien el resultado al que llega: exoneración, parece sensato, sí resulta criticable la fundamentación jurídica empleada para obtenerlo, que se basa en la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de los titulares de la potestad, ya que, según el Tribunal Constitucional, no cabía exigirles una actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. En rigor, el argumento que, en nuestra opinión, debiera haber fundamentado el fallo es que, en el caso enjuiciado, el menor tenía suficiente capacidad para decidir por sí mismo acerca de la transfusión, resultando obligado, por consiguiente, respetar su decisión de negarse a la misma. (Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica...* (op. cit., págs. 365, 366).

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor de edad respecto de determinados actos jurídicos no es suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

Para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos, según indica el Tribunal Constitucional; así, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física; en segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en todo caso, por los órganos judiciales y, en último lugar, el valor de la vida, como valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

En este caso, el Tribunal Constitucional considera que por encima de todo está el interés del menor y el derecho a la vida, señalando que “en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de los padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión”.

Como crítica a los argumentos defendidos en esta sentencia, se ha destacado que “el deber de protección de la vida y de la salud de los hijos menores debe medirse de acuerdo con pautas objetivas, con las pautas que derivan del nivel de atención sanitaria existente en cada momento y lugar. No parece acertado entender que la libertad religiosa permite a los titulares de la patria potestad liberarse del mencionado deber, en los términos que acepta el Tribunal Constitucional, cuando las creencias de aquellos son compartidas por su hijo menor de edad, aunque sean expresa, indudable e incluso intensamente asumidas por este. El estado social y de derecho no debería permitir hoy en día

en España el fallecimiento de un niño de trece años por el hecho de que el mismo y sus progenitores se nieguen a aceptar una transfusión de sangre”²³⁹.

La normativa general sobre capacidad, el Código Civil estatal, no delimita edad concreta como hace 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, sino que simplemente hace alusión a la madurez²⁴⁰.

A continuación, nos vamos a referir a tratamientos médicos que tienen una regulación específica en nuestro derecho: la esterilización y la interrupción voluntaria del embarazo.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015, regula la esterilización de personas menores de edad o de aquellas personas que de forma absoluta carezcan de capacidad para prestar el consentimiento en el artículo 156, remitiéndose a lo establecido en la legislación civil. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 indica que el artículo 156:

[...] se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código.

Según la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

²³⁹Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2002): “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”. En *Aranzadi Civil. Revista doctrinal*, nº 2, pág. 1987.

²⁴⁰Ruiz Jiménez, Juana (2009): “El consentimiento informado en el ámbito de los menores e incapacitados”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravetllat Ballesté, Isaac.(coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia...* (op. cit., pág. 1207).

[...] 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

Como requisitos para la autorización judicial²⁴¹ a la esterilización se establece en el artículo 156 del Código Penal que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, para salvaguardar el mayor interés del afectado y con arreglo a lo establecido por la legislación civil.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la esterilización de una persona incapacitada, en la regulación que establecía el artículo 428.2 del Código Penal de 1973²⁴², en sentencia de 14 de julio de 1994.

La esterilización puede ser médicamente indicada y beneficiosa para la salud y la vida del incapaz, según la citada sentencia. La cuestión se reduce, sustancialmente, a la ponderación de los intereses o valores en conflicto y a la proporcionalidad entre los fines y los medios, en atención a los derechos y valores constitucionalmente reconocidos, cuya protección legitimaría la limitación del derecho fundamental a la integridad física que tal intervención comporta.

²⁴¹Ruiz Jiménez(2009) indica que en el supuesto en que fuera necesaria la esterilización de un menor de edad por razones terapéuticas, atendiendo a la legislación existente no puede existir una respuesta uniforme para todos los supuestos, sino que la misma dependería de la edad del menor y de sus condiciones de madurez. (Ruiz Jiménez, Juana (2009): "Capacidad del Menor". En Lasarte Álvarez, Carlos (2009):*Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Colex, pág.53).

²⁴²El artículo 428.2 del Código Penal de 1973 establecía que "No será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz".

En la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1994, se argumenta que la esterilización de una persona incapaz y con grave deficiencia psíquica no es un trato inhumano o degradante, prohibido por el artículo 15 de la Constitución, pues, realizado por el médico especialista según la *lexartis*, en nada difiere fácticamente de la esterilización voluntaria de una persona capaz mayor de edad²⁴³.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su redacción originaria establecía, en el apartado cuarto de su artículo 9, que “la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general para la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

No existió unanimidad sobre la interpretación de este precepto. Así, algunos autores mantenían que la menor de edad no podía consentir la interrupción voluntaria del embarazo hasta los dieciocho años, sino que debían hacerlo sus representantes legales. Según otros autores, la remisión a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad debía entenderse en relación con la normativa general de la capacidad de obrar²⁴⁴.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, modificó el apartado 4 del artículo 9 de la citada ley, en su disposición final segunda, estableciendo que “la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”. La finalidad de la reforma de este precepto, por tanto, fue que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujetase al régimen general previsto en esta ley, eliminando la excepcionalidad establecida en este caso.

²⁴³Rivero Hernández, Francisco (1997): “Los derechos humanos del incapacitado”. En Marzal, Antonio (ed.) (1997): *Derechos humanos del incapaz...* (*op. cit.*, págs.55-57).

²⁴⁴Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica...* (*op.cit.*, págs. 370-373).

El artículo 13 apartado 3 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, exige que la interrupción voluntaria del embarazo se realice con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, de conformidad con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y documentación clínica²⁴⁵.

El párrafo cuarto del artículo 13 establecía que, en el caso de mujeres de dieciséis y diecisiete años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad²⁴⁶. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

El 18 de febrero de 2015 el grupo parlamentario popular presentó una proposición de ley orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo²⁴⁷ en la que incluye la modificación del artículo 9.4 de la Ley

²⁴⁵Rivero Hernández (1997) entendía que, cuando la incapacitada se halle sometida a patria potestad, es de aplicación la exclusión de representación del artículo 162.1 del Código Civil, ya que la decisión sobre la interrupción del embarazo es un derecho de la personalidad, entendiéndose que, en defecto de norma concreta sobre su régimen jurídico, una decisión de tal trascendencia no pueden adoptarla sólo los padres, y para la validez y eficacia de su consentimiento para la interrupción del embarazo no punible de su hija incapacitada se requerirá autorización judicial. (Rivero Hernández, Francisco (1997): "Los derechos humanos del incapacitado" En Marzal, Antonio (ed.) (1997): *Derechos humanos del incapaz...* (op. cit., págs., 60-61).

²⁴⁶Ravetllat Ballesté(2013) considera que este precepto solo determina que las menores de dieciséis y diecisiete años deben prestar el consentimiento por sí mismas, "pero en absoluto se desprende del mismo la imposibilidad de que aquellas que todavía no hayan alcanzado esa edad puedan consentir autónomamente poner fin a su embarazo". (Ravellat Ballesté, Isaac (2013): *El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario...* (op. cit., pág.163).

²⁴⁷Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, x legislatura, serie B: proposiciones de ley, 27 de febrero de 2015.

41/2002, estableciendo que, para la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres menores de edad, será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

La proposición de ley fue aprobada sin modificaciones en su tramitación parlamentaria, salvo la corrección técnica consistente en sustituir la mención al apartado 4 del artículo 9 por la cita al apartado 5 del mismo artículo. La Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para Reforzar la Protección de las Menores y Mujeres con Capacidad Modificada Judicialmente en la Interrupción Voluntaria del Embarazo, suprime el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, y modifica el apartado 5 del artículo 9, que queda redactado de la siguiente forma:

5. La práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/2015 justifica la reforma en la necesidad de garantizar que los progenitores y tutores puedan cumplir con la obligación de cuidado y asistencia de las personas sometidas a su potestad o tutela que les viene reconocida en los artículos 154 y 269 del Código Civil estatal.

En el debate parlamentario, la proposición de ley fue objeto de importantes críticas, dentro de las cuales podemos destacar la que solicita la retirada de la proposición de ley por ser contraria a las normas internacionales de derechos humanos²⁴⁸.

En este sentido, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, el 17 de junio de 2015, en el Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de la Discriminación contra la Mujer en la Legislación y en la Práctica. Adición. Misión a España²⁴⁹, en el punto 80 y en relación a la Proposición de Ley de fecha 18 de febrero de 2015 que supedita el aborto de las niñas de 16 y 17 años y mujeres con capacidad modificada judicialmente al consentimiento de los padres, personas que ostenten la patria potestad o tutores, “exhorta a que se retire la proposición, que es incompatible con las normas internacionales de derechos humanos”. El punto 81 del citado informe indica que la exigencia del consentimiento de un tercero en el caso de niñas menores de 18 años es contraria a las obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, remitiéndose a la recomendación realizada en la Observación General n.º 15 del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud²⁵⁰, en la que el Comité recomendó que los Estados estudiaran la posibilidad de permitir que los niños accedieran a someterse a determinados tratamientos e intervenciones dentro de los que se estaría incluido el aborto, sin el permiso de un progenitor, cuidador o tutor.

En todos los supuestos de consentimiento por representación debemos tener en cuenta el artículo 9. 7 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**, según la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que establece que la prestación del consentimiento por sustitución tiene que ser adecuada a las circunstancias y

²⁴⁸ *Diario de Sesiones del Senado*, x legislatura, núm.513, 25 de agosto de 2015, Comisión de Sanidad y Servicios Sociales, págs.6-7.

²⁴⁹ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?c=172&su=171 [consulta: 22/09/2015].

²⁵⁰ <www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC.15_sp.doc>, punto 31 [consulta: 30/09/2015]

proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

La legislación autonómica adopta diferentes soluciones en torno a la información y consentimiento a otros tratamientos médicos a los que pueden ser sometidos los menores de edad. En primer lugar, se puede considerar discutible que la capacidad para prestar el consentimiento, que afecta a la capacidad de las personas y que, por tanto, es de derecho civil, haya sido objeto de atención por diversos legisladores autonómicos, al margen de su competencia sobre un derecho civil propio. En las leyes de aquellas comunidades que carecen de competencia sobre derecho civil, las normas no se presentan como normas relativas a la capacidad de las personas, sino como regulación de los derechos de los pacientes.

Algunas leyes autonómicas, forales y no forales, fijan el ámbito de aplicación de la norma en el territorio de la Comunidad Autónoma o la residencia en la misma. El criterio territorial previsto en las leyes autonómicas se aleja del de la vecindad, que es la ley personal, que determina la capacidad de las personas, conforme a los artículos 9.1 y 16.1 del Código Civil estatal²⁵¹.

Así, el artículo 1 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes de Galicia, fija su ámbito de aplicación en “todo tipo de asistencia sanitaria que se preste en la Comunidad Autónoma de Galicia”. Por otro lado, el artículo 2 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, establece su aplicación “a todos los extremeños y residentes en cualquiera de los Municipios de Extremadura”. Por su parte, el artículo 3 de la Ley 6/2002, de Salud de Aragón, reconoce como titulares de los derechos reconocidos en la Ley a quienes sean residentes en Aragón. Asimismo, el artículo 2, en relación con el artículo 11, de la Ley 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud de la Comunidad Foral de Navarra, establece que la Ley se

²⁵¹ Parra Lucán, María Ángeles (2003): “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español” En *Aranzadi Civil*, nº 1, págs.5.

aplicará a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra.

En Cataluña, además de la regulación contenida sobre esta materia en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, Sobre los Derechos de Información Concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica en Cataluña, también se refiere al consentimiento informado en el ámbito de la salud el artículo 212-2 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Este precepto está ubicado en el capítulo II del título I, que lleva por rúbrica “autonomía de la persona en el ámbito de la salud”. Su misma ubicación, fuera del capítulo I del título I, que se refiere a la personalidad civil y capacidad, permite justificar que se pueda entender que, en la legislación catalana sobre esta materia, deba entenderse también aplicable el criterio territorial al que se refiere el artículo 111-3 de la Ley 29/2002, de 30 diciembre, Primera Ley del Código Civil de Cataluña, según el cual, el derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las situaciones en que deba regirse por el estatuto personal y de las excepciones que puedan establecerse en cada materia.

A continuación, vamos a referirnos a algunas leyes autonómicas que regulan la capacidad de los menores de edad para prestar su consentimiento a los tratamientos médicos a los que pueden ser sometidos.

Así, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, establece, en su artículo 10.3, que los menores de edad tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad respecto al tratamiento médico al que se les someta. Los padres, o tutores, serán informados de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir a los que deban ser sometidos los menores de edad. Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente.

Las mayores especialidades sobre la materia aparecen en el derecho civil de Aragón, a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas. Sus artículos 20 y 24 abordan la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad de

los menores de edad, estableciendo diferente regulación según se trate de un menor de catorce años o de un menor a partir de dicha edad. Así, el artículo 20 establece que, siempre que con arreglo a las leyes, la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión de sus derechos de la personalidad, cuando se trate de un menor de catorce años, si tiene suficiente capacidad, se requiere su consentimiento y la autorización conjunta de los titulares de la autoridad familiar o del tutor, pudiendo ser suplida dicha autorización, en caso de negativa de alguno de ellos, por el juez.

Contra la voluntad del menor de edad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del mismo. Si el menor de edad no tiene suficiente capacidad, solo será posible la intromisión cuando lo exija el interés del menor de edad, apreciada conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente por el juez.

Tratándose de menores de edad mayores de catorce años, el artículo 24 del Decreto Legislativo 1/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas, establece que, siempre que con arreglo a las leyes, la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, la intromisión en los del menor de edad, mayor de catorce años, dependerá de su exclusiva voluntad, con las siguientes salvedades:

1. Si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, necesitará la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores que esté en ejercicio de la autoridad familiar o en su defecto, del tutor.
2. Contra su voluntad solo será posible la intromisión con autorización judicial en interés del menor de edad.
3. Si el menor de edad no está en condiciones de decidir sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad, solo será posible la misma cuando lo exija el interés del menor de edad, apreciado por

uno de los titulares de la autoridad familiar o por el tutor y, subsidiariamente, por el Juez.

El artículo 6 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Rioja, fija en dieciséis años la edad para prestar el consentimiento. Según su artículo 6.4, el usuario menor de dieciséis años, debe ser consultado por el médico, con el fin de que su opinión sea tenida en cuenta en atención a su edad y madurez, estableciendo que, en todo caso, el consentimiento informado deberán prestarlo los representantes legales del menor de dieciséis años.

Por su parte, el artículo 7.3 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, disponía que se dará a los menores la información adaptada a su grado de madurez, y en todo caso a los mayores de doce años. También deberá informarse a los padres o tutores que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores. Los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información. En la actualidad, la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud, de la Comunidad Valenciana, ha derogado la Ley 1/2003, manteniendo en su artículo 42.2 el mismo contenido que establecía la anterior redacción.

En relación con el consentimiento al tratamiento médico, según el artículo 9.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, cuando el paciente sea menor de edad, o se trate de un incapacitado legalmente, el derecho corresponde a sus padres o representante legal. En estos casos, si el menor tiene, según el médico responsable, suficiente grado de madurez, se le facilitará también la información adecuada a su edad. En el caso de menores emancipados, el menor deberá dar personalmente su consentimiento.

La regulación que establecía esta norma autonómica era contraria a la ley básica estatal contenida en la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica. Así, mientras que en la ley estatal se establece que el consentimiento solo puede ser prestado por representación en

menores no emancipados o menores de 16 años, cuando no tuvieren suficiente grado de madurez, en la Ley 1/2003, de 28 de enero, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, se establecía que el consentimiento informado deberán prestarlo los representantes de los menores, salvo en el caso de los menores emancipados, que deberán dar personalmente su consentimiento.

Al darse una regulación autonómica distinta a la nacional sin ninguna otra justificación que la residencia en la Comunidad Valenciana, la norma autonómica podría infringir el derecho a la igualdad jurídica de trato²⁵².

La Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud, de la Comunidad Valenciana, deroga la ley anterior modificando la regulación contenida en la Ley 1/2003. Establece en su artículo 43.4 que el consentimiento se otorgará por representación o sustitución en los supuestos y condiciones previstos en la legislación básica estatal, pasando a regular el consentimiento de los menores de edad en el artículo 43.4 c) con el mismo contenido que el artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, antes de su modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

La Ley 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud en la Comunidad Foral de Navarra, regula, en su artículo 51, el consentimiento por representación, estableciendo que se otorgará, cuando el paciente sea menor, de entre doce y dieciséis años, y no sea capaz de entender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante del menor, después de haberse escuchado la opinión de este, si tiene doce años cumplidos.

²⁵²Dolz Lago, Manuel-Jesús (2003): “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?”. En *La Ley*, n.º 2, págs. 1495-1496.

Cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión correspondiente.

La ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información Concerniente a la Salud y la Autonomía del Paciente y a la Documentación Clínica de Cataluña, en su artículo 7. 2 d), indica que se otorgará el consentimiento por sustitución cuando los menores no estén capacitados para comprender el alcance de la intervención sobre su salud. En estos casos, el consentimiento debe darlo el representante del menor después de haber escuchado su opinión si este es mayor de doce años. En los demás casos y, en especial, cuando el menor esté emancipado o sea mayor de dieciséis años, el menor deberá dar personalmente su consentimiento.

Para los casos de incapacidad legal, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información Concerniente a la Salud y a la Autonomía del Paciente y a la Documentación Clínica de Cataluña, se remite al artículo 219 del Código de Familia, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio. Este artículo exigía autorización judicial para aplicar a la persona incapacitada tratamientos médicos que pudieran poner en peligro su vida o integridad física o psíquica.

En los casos de personas internadas por razón de trastorno psíquico, la Ley 21/2000 se remitía al artículo 255 del Código de Familia, que establecía a su vez una remisión al artículo 219 del mismo Código de Familia, cuando se pretendían aplicar sobre la persona internada tratamientos médicos que pudiesen poner en peligro la vida o integridad física y, en este caso, las funciones que correspondiesen, según el artículo 219, al tutor debían ser ejercidas por los familiares o, “ si no los hay, por el Juez o Jueza”.

El Código de Familia ha sido derogado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña y, en su disposición final cuarta, establece que, desde la entrada en vigor de esta ley²⁵³, las remisiones que el

²⁵³La disposición final quinta de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña indica que la Ley entra en vigor el 1 de enero de 2011.

artículo 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información Concerniente a la Salud y a la Autonomía del Paciente y Documentación Clínica hace al Código de Familia, deben entenderse hechas a lo que el Código Civil establece en materia de consentimiento informado en el artículo 212-22.

La Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, suprime esta necesaria autorización judicial que debían pedir el tutor o los progenitores para aplicar ciertos tratamientos médicos a las personas sometidas a tutela o potestad, justificando su supresión, en la exposición de motivos de la citada ley, en el hecho de que esta autorización judicial no se exige en la legislación del ámbito sanitario.

El artículo 212-2 del Código Civil de Cataluña regula el consentimiento a los actos médicos. Así, establece que, si el menor tiene capacidad suficiente o es mayor de dieciséis años, debe prestar él mismo el consentimiento. En caso contrario, el consentimiento lo deben prestar las personas indicadas en el artículo 212-1.4.

Establece, asimismo, que si las personas llamadas a prestar el consentimiento por sustitución se niegan a prestarlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención, a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no pueda consentir.

En Cataluña, se admite expresamente por el legislador que existan otras personas involucradas en el bienestar del menor de edad que no sean los progenitores. Así, el artículo 236-14.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, que toma como referente el derecho alemán, prevé que, en caso de riesgo inminente para el menor, el cónyuge o el conviviente en pareja estable del progenitor que tiene la custodia del hijo puede adoptar las medidas necesarias para el bienestar del hijo, debiendo informar sin demora a su cónyuge o conviviente.

El precepto del derecho alemán que es tomado como referente por el citado artículo 236-14 apartado 3 es el & 1687 b (2) del Código Civil alemán, según el cual, “en caso de peligro inminente el cónyuge está legitimado para ejercitar

todas las acciones legales que sean necesarias para proteger el bienestar del hijo; el progenitor que ostenta la patria potestad debe ser informado sin demora”²⁵⁴.

Situaciones que impliquen inminente riesgo para el menor de edad son, por ejemplo, aquellas situaciones que tienen que ver con accidentes en los que deben tomarse decisiones urgentes en cuanto a tratamientos médicos que no admiten demora. Sin embargo, cuando se trata de enfermedades que se conocían con anterioridad a la situación de riesgo y, por tanto, el progenitor conocía y podía prever que se llegaría a ese riesgo, la decisión se excluye del ámbito de actuación del cónyuge o conviviente²⁵⁵.

El Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, incluía en el apartado cinco del artículo 212-2 una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario; así, establecía que, cuando exista un riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica de una persona que sufra un trastorno mental o para otras personas de su entorno, la autoridad judicial podrá autorizar la aplicación de tratamientos médicos sin el consentimiento del enfermo, siempre que la gravedad clínica del trastorno le impida la competencia mental necesaria. En todo caso, se establecía que el tribunal debía escuchar a la persona afectada y recibir el informe de un facultativo del que se derivase la necesidad de la medida. La autorización judicial debía contener un término, que no podía exceder de dos meses, dentro del cual el facultativo debía informar de la situación de la persona afectada, a fin de revisar la necesidad de la medida.

Se presentaron enmiendas de supresión de este apartado por el grupo parlamentario del Grupo Popular de Cataluña y por el Grupo Mixto. Por su parte, el grupo parlamentario de Convergencia i Unió presentó una enmienda

²⁵⁴Marqués Lamarca (2008) traduce este precepto del Código Civil alemán. (Marqués Lamarca, Albert (2008): *Código Civil Alemán y ley de introducción al código civil*. Madrid: Marcial Pons, pág.401.

²⁵⁵Navas Navarro, Susana (2011):“Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del Código Civil Catalán, relativo a la persona y la familia”. En BarradaOrellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarte Aznar, Sergio (2011): *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, págs.668-669.

de modificación de este apartado, que fue retirada con posterioridad, estableciendo el carácter preceptivo de la aplicación del tratamiento médico por la autoridad judicial, siempre que se dieran los supuestos previstos en dicho apartado. Así, disponía que la autoridad judicial ha de autorizar la aplicación de tratamientos médicos sin el consentimiento del enfermo, siempre que la gravedad clínica del trastorno le impida la competencia mental necesaria, exigiendo, además que el riesgo para la integridad física o psíquica de la persona que sufre un trastorno mental o para otras personas de su entorno sea grave y continuado, como requisito para poder aplicar el tratamiento. Suprime, por tanto, la necesidad de que el riesgo sea inmediato, pasando a exigir que el riesgo sea continuado, además de grave.

En la misma línea, la enmienda de modificación veinte del Grupo Parlamentario Socialista, Ciudadanos para el Cambio, Grupo Parlamentario de Izquierda Republicana de Cataluña y Grupo Parlamentario de Iniciativa por Cataluña Verde, Izquierda Unida y Alternativa, que también fue retirada, exigía que el riesgo para la integridad física o psíquica de la persona que sufre un trastorno mental o para otras personas de su entorno sea grave y continuado, así como que la gravedad clínica del trastorno disminuya manifiestamente la competencia mental necesaria²⁵⁶.

Finalmente, el tratamiento ambulatorio involuntario no ha formado parte de la regulación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, al ponerse de acuerdo los diferentes grupos parlamentarios en entender que la regulación de este tratamiento no tenía cabida en el Código Civil, sino en leyes del ámbito de la salud.

El grupo parlamentario popular rechaza toda la redacción de la sección primera del capítulo segundo, relativa a los tratamientos médicos e internamientos, al considerar que un código civil no ha de ser como ley sustantiva la norma

²⁵⁶ <<http://www.parlament.cat/activitat/bopc/08b726.pdf#page=3>> [consulta:25/10/2010].

jurídica que regule aspectos que entran en el ámbito del derecho administrativo sanitario²⁵⁷.

La disposición adicional primera de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece que la misma tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1. y 16 de la Constitución, que regulan la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y sobre las bases y coordinación general de la sanidad. Debido al carácter básico de esta Ley, se puede sostener que las normas autonómicas que no pudieran entenderse como desarrollo de esta ley estatal, no tendrían eficacia²⁵⁸.

Atendido el confuso y dispar *statu quo* en el derecho positivo estatal y autonómico vigente, consideramos que el régimen jurídico del consentimiento informado del paciente menor de edad solo puede ser abordado de forma satisfactoria y coherente partiendo de la premisa de que es uno de los actos que entran en el supuesto de hecho del artículo 162.2.1 del Código Civil estatal, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, que exceptúa de la representación legal de los padres "los actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo".

Es necesario distinguir dos supuestos, según que el menor de edad disponga o carezca de "condiciones de madurez" suficientes para decidir por sí mismo.

²⁵⁷ Se refiere al tratamiento ambulatorio involuntario el Diario de Sesiones del Parlamento de Cataluña de 14 de julio de 2010

²⁵⁸ Parra Lucán, María Ángeles (2003): "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado... (*op. cit.*, pág.15).

En caso de que el menor de edad tenga capacidad natural y no se encuentre imposibilitado de hecho para manifestar su voluntad, hay que partir del principio de que solo su consentimiento podrá legitimar el acto médico, dado que el acto de autorizar una intervención en la integridad física es personalísimo.

Será necesario comprobar que el paciente menor de edad ostenta capacidad natural suficiente para prestar su consentimiento informado. La apreciación de esta capacidad es una cuestión de hecho que deberá llevarse a cabo en el caso concreto, tanto en atención a las circunstancias personales del menor, como de la clase y de la trascendencia del acto a enjuiciar. Esta tarea deberá llevarla a cabo, con carácter general y, salvo “previsión legal expresa”, el propio facultativo responsable del tratamiento sanitario²⁵⁹.

La normativa estatal vigente y las normas autonómicas más recientes sobre la materia adoptan la solución intermedia de presumir que todo menor de edad goza de capacidad natural suficiente para consentir por sí mismo el acto médico a partir de los 16 años, sin perjuicio de la posibilidad de apreciarla en el caso concreto en pacientes menores de esa edad.

En relación con la posibilidad de imponer tratamientos médicos contra la voluntad del menor de edad con capacidad natural, a las dificultades generales se añade la exigencia de hallar un equilibrio entre la necesidad de respetar sus derechos fundamentales, en particular, su dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y el mandato constitucional de los poderes públicos de velar por la protección de la infancia y la juventud.

El artículo 9.4 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, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece como regla general que, cuando se trate de

²⁵⁹Bartolomé Tutor (2015) considera que la determinación de la madurez del menor parece recaer sobre los facultativos, y cree que asumen una responsabilidad que no les compete, entendiéndose que se debería corresponder esta responsabilidad en la figura del Ministerio Fiscal, que es el que asume la salvaguarda del interés superior del menor. (Bartolomé Tutor, Aránzazu (2015): *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Navarra: CizurMenor, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 221).

menores emancipados o mayores de 16 años, cabe prestar el consentimiento por representación, salvo cuando se trate de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, según el criterio del facultativo, en cuyo caso el consentimiento lo prestará el representante legal del menor de edad.

Consideramos que esta última previsión carece de justificación y es contraria al principio de autonomía del menor establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Consideramos que, en estos supuestos de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento debería prestarlo el menor de edad, siempre que tuviera suficiente madurez y, que, si se apreciase una situación de peligro para el menor, se podría instar a la autoridad judicial a fin de que adopte la decisión más acorde con el interés del menor, al amparo del artículo 158 del Código Civil estatal.

El segundo párrafo del artículo 216 del Código Civil estatal contempla que las medidas previstas en el artículo 158²⁶⁰ del citado Código para los menores de edad sujetos a patria potestad también puedan ser acordadas por la autoridad judicial, de oficio a o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela, guarda de hecho o de derecho de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos.

En la misma línea, el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé la intervención protectora urgente desde el ámbito judicial, con referencia especial a las personas en las que se aprecien motivos para promover la subsiguiente incapacitación, estableciendo en el apartado primero del citado artículo: “cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz”.

²⁶⁰Castán Vázquez (1982) señala que parece que podrán, entre otras, ser circunstancias susceptibles de provocar la intervención judicial el hecho de amenazar al menor un peligro ya sea sobre su persona, su seguridad, su salud (...). (Castán Vázquez, José María (1982): “Artículo 158 del Código Civil”. En Albaladejo, Manuel (dir.) (1982): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 167).

Con el fin de establecer los criterios, ante la falta de concreción de la normativa vigente, se aprobó la circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. Tras la exposición del marco jurídico general, aborda la cuestión de la determinación de la madurez del menor de edad y los conflictos de intereses ante transfusiones de sangre y otras intervenciones graves sobre menores de edad, planteando unas conclusiones que pueden ser de utilidad para clarificar las diferentes situaciones que pueden plantearse²⁶¹.

La Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado²⁶², plantea que pueden surgir conflictos de intereses cuando los facultativos aprecian la necesidad de una concreta intervención cuya omisión pueda generar grave riesgo para el paciente menor de edad y este, sus representantes o uno y otros niegan el consentimiento. Estas situaciones de riesgo deben solucionarse priorizando el interés del paciente menor de edad sobre la voluntad expresada por el mismo o, en su caso, por sus representantes legales.

La concreción práctica del concepto jurídico del “interés del menor” no siempre es fácil de determinar. La Sala Primera del Tribunal Supremo viene aportando en sus resoluciones, desde la Sentencia 565/2009, de 31 de julio, una serie de criterios, máximas de la experiencia, para orientar la determinación del interés superior del menor y su concreción en el caso concreto:

“En este sentido según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes²⁶³:

²⁶¹ Gómez Díaz-Romo, Antonia (2013): “Asistencia sanitaria y particularidades ideológicas, culturales y religiosas. Especial referencia a tratamientos involuntarios en huelgas de hambre y testigos de Jehová”. En Palomar Olmedo, Alberto; Canero Martínez, Josefa (dirs.) (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 995-996.

²⁶²

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201-2012.pdf?idFile=7b9a2a61-9fd8-4422-9f76-cabecec2961[consulta:10/03/2015].

²⁶³ Sentencia 565/2009, de 31 de julio, de la sala primera del Tribunal Supremo, hecho octavo.

- a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas.
- b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento.
- c) Mantenimiento, si es posible del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda la alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica: y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo.
- d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse.
- e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión “en interés del menor” (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio)”.

El legislador establece la irrelevancia del consentimiento del menor de edad, sea o no maduro para decidir determinadas intervenciones médicas que pueden comprometer de forma importante su salud o tener consecuencias irreversibles; así, el artículo 156 del Código Penal niega relevancia al consentimiento de cualquier menor de edad en materia de trasplantes, cirugía transexual y esterilizaciones; el artículo 4 de la Ley 30/1079, sobre Trasplantes de Órganos, prohíbe a los menores de edad, en todo caso, la donación de

órganos²⁶⁴, y, en general, el artículo 6.1. del Convenio de Oviedo excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio directo del paciente.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, en su artículo 9.6, conforme a la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que, en los casos en que el consentimiento se preste por representación, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Cuando se considere que las decisiones adoptadas sean contrarias a dichos intereses, deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso, los profesionales sanitarios deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o la salud del paciente.

La Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, sobre Tratamiento Sustantivo y Procesal de los Conflictos ante Transfusiones de Sangre y otras Intervenciones Médicas sobre Menores de Edad en Caso de Riesgo Grave, establece en estos casos que, al tratarse de un conflicto en el que están afectados derechos fundamentales, es necesario judicializar su resolución, amparándose en el artículo 158 del Código Civil estatal, que establece en su apartado cuarto que el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará las demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. El fiscal no solo está legitimado para promover el procedimiento como expresamente prevé el artículo 158, sino que debe entenderse que su

²⁶⁴Quesada Tolsada (2004) indica que haciendo una interpretación conjunta de los artículos 156 del Código Penal, así como del artículo 4 de la Ley 30/1979 y del 269 del Código Civil estatal, se llega a la conclusión de que la donación de órganos del menor o del incapaz está excluida del ámbito de la representación del tutor, mientras que el consentimiento para que el pupilo sea receptor de órganos sí puede prestarlo válidamente el tutor, al tratarse de algo que beneficia al tutelado. (Quesada Tolsada, María Corona (2004): *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*. Barcelona: Atelier, pág. 108).

intervención es preceptiva cuando el expediente se inicie de oficio o por otros legitimados.

Siguiendo la Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, pueden plantearse diferentes conflictos de intereses, que darán lugar a diferentes soluciones.

El primer supuesto se plantearía cuando el menor de edad maduro se niega a una transfusión de sangre u otra intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, en caso en que sus representantes legales sean favorables a que se realice la misma. En tal supuesto, a la vista del artículo 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, el médico podría, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, llevar a cabo la intervención, aunque será aconsejable, siempre que la situación no sea de urgencia, y más respetuoso con el principio de autonomía del menor de edad, plantear el conflicto ante dicha autoridad.

El segundo supuesto se plantearía cuando el menor de edad maduro rechaza la práctica de una transfusión u otra intervención con grave riesgo para la vida o salud, y sus representantes legales apoyan la decisión. En estos casos, el médico debe plantear el conflicto ante la autoridad judicial, directamente o a través del fiscal, sin perjuicio de que, si concurre una situación de urgencia, pueda, sin autorización judicial, llevar a cabo la intervención amparado por la causa de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

El tercer supuesto se plantearía cuando el menor de edad maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo sus representantes legales los que se oponen. En este caso debe estarse a la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor de edad maduro, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autorización judicial.

El cuarto supuesto se plantea cuando los representantes legales del menor de edad sin condiciones de madurez no consienten la intervención, generando la omisión de la misma riesgo grave para su vida o salud. En estos casos, el médico deberá plantear el conflicto ante la autoridad judicial. En situaciones de

urgencia, podrá el médico aplicar directamente el tratamiento, y su conducta estará amparada por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

No existe ninguna norma que regule el procedimiento a seguir en los casos en los que el médico, como garante de la salud e integridad del paciente menor de edad, ponga los hechos en conocimiento de la autoridad judicial. El artículo 158 del Código Civil estatal, aplicable a estos supuestos, establece que las medidas previstas en el mismo podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. La disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para adoptar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Por tanto, cuando no se siga otro procedimiento, habrá de incoarse uno de jurisdicción voluntaria, cuya regulación viene contenida en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

La propia naturaleza de la decisión a adoptar debe llevar a calificar el procedimiento como urgente e inaplazable, considerando la Circular 1/2012, de la Fiscalía General del Estado, que debe tramitarse por el Juzgado de Guardia.

Podemos concluir que, de acuerdo con la legislación actualmente vigente, cuando el menor de edad es competente, de acuerdo con la Ley, para consentir respecto a las actuaciones médicas sobre su salud, cuando está emancipado o es mayor de dieciséis años, o cuando tiene entre doce y dieciséis años y es competente emocional e intelectualmente para comprender el alcance de la intervención, su voluntad no puede ser suplida por sus representantes legales, salvo en los casos en los que se trate, según el criterio del facultativo, de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, en cuyo caso deberá prestar el consentimiento el representante legal de la persona menor de edad, una vez oída y tenida en cuenta su opinión.

Se deberá tener en todo caso en cuenta el interés superior del menor, según los criterios establecidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia.

Asimismo la Observación General nº 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial establece, en el punto 77, que el derecho del niño a la salud es fundamental para evaluar el interés superior del niño:

Sin embargo, si hay más de una posibilidad para tratar una enfermedad o si el resultado de un tratamiento es incierto, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, y también debe tenerse en cuenta debidamente la opinión del niño en función de su edad y madurez. En este sentido, se debe proporcionar al niño información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y permitirle, cuando sea posible, dar su consentimiento fundamentado.

4.4. INTERNAMIENTO Y TRATAMIENTO TERAPÉUTICO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Pueden distinguirse tres modelos diferentes en relación con el tratamiento de un menor de edad que ha cometido un hecho delictivo. El primero es el modelo de protección, que tuvo su origen a principios del siglo veinte, con el nacimiento de una serie de movimientos humanitarios que se propusieron liberar a los niños del sistema penal de adultos. No se estimaba necesaria la existencia de un proceso para imponer al menor una medida que siempre iba a redundar en su beneficio, aunque se tratase de un internamiento en un centro de los llamados de reforma o reformatorios. A los menores de edad les fue aplicado un régimen en muchos casos más grave que el que se hubiese seguido con un adulto, ya que se vieron privados de derechos y garantías básicas del proceso penal.

El segundo modelo es el educativo, que surge con el Estado del Bienestar. En este modelo, los servicios sociales, a través de los trabajadores sociales, intentan ayudar al menor de edad, sin distinguir si ha cometido o no un hecho delictivo.

El tercer modelo es el jurídico. Como consecuencia de este modelo se produjo una auténtica modificación en la concepción del tratamiento penal del menor en la que se considera necesario extender a los menores de edad las garantías constitucionales. Se deriva de ello un menor énfasis en la idea de protección y asistencia del menor de edad y, al mismo tiempo, un acercamiento a los planteamientos de la jurisdicción penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa con un importante número de medidas dirigidas a esos fines.

Reflejo de esta tendencia o modelo fueron las distintas Recomendaciones y Reglas que surgieron en el ámbito europeo y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁶⁵ que, en su artículo 40.3,

²⁶⁵Ornosa Fernández (2007) se refiere a estos tres modelos en relación con tratamiento de los menores de edad que han cometido un hecho delictivo. (Ornosa Fernández, María Teresa (2007): *Derecho Penal de Menores*. Barcelona: Bosch, págs. 32-34).

establece que los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para niños de quien se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haberlas infringido.

En España hubo que esperar a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, para que existiese una consecuencia legal de esta tendencia, que ha quedado totalmente establecida con la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor.

La creación de Tribunales Tutelares de Menores tuvo lugar por Ley de 25 de noviembre de 1918, y fue objeto de sucesivas reformas hasta llegar al Texto Refundido de la Ley de Tribunales de Menores, por Decreto de 11 de junio de 1948.

El texto de 1948, inspirado en los principios de la escuela positivista, consideraba al menor infractor como un ser enfermo necesitado de ayuda y tratamiento y, en consonancia con la exención de responsabilidad penal que los sucesivos códigos penales establecían para los menores de 16 años, creó un sistema inquisitivo en el que al Juez le eran otorgados amplios poderes, sin que existiese prácticamente ningún control ~~en~~sobre sus actuaciones y decisiones porque se entendía que todo lo hacía para ayudar y proteger al menor de edad.

La Ley podía también ser aplicada a los menores que cometiesen conductas no delictivas, pero que se consideraban irregulares, ya que su ámbito se extendía a los casos de menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del tribunal respectivo, requirieran el ejercicio de su facultad reformadora.

No existían unas normas de procedimiento, ya que el juez expresamente estaba autorizado, en el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Tribunales de Menores de 11 de junio de 1948, a no someterse a ningún procedimiento. La Ley, asimismo, preveía la posibilidad de adoptar diversas medidas en relación con los menores de edad, entre las cuales se encontraba

la de internamiento, sin especificar el límite máximo de su duración y sin que el Juez estuviese obligado a revisar su resolución cada cierto tiempo²⁶⁶.

La publicación de la Constitución de 1978 no supuso una modificación en el sistema de enjuiciamiento a los menores de edad que habían cometido un hecho delictivo, por lo que continuó la vigencia de la Ley de Tribunales de Menores de 11 de junio de 1948 y su normativa de desarrollo, normativa que vulneraba principios constitucionales como el de legalidad, derecho a la tutela judicial efectiva, libertad y seguridad.

Declarado inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, el artículo 15 de la Ley de Tribunales de Menores de 11 de junio de 1948, en el que se establecían las normas de procedimiento para corregir y proteger a los menores de edad, por no respetar el artículo 24 de la Constitución, al excluir, en el proceso corrector, la aplicación de las normas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, se creó un vacío normativo que, como se reconocía en dicha sentencia, solo podía ser llenado de forma definitiva con la actividad del legislador. Por Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, se realizó una importante modificación de la Ley de 1948, que pasó a denominarse, Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

Por primera vez, se estableció una edad mínima por debajo de la que la Justicia de Menores no puede intervenir. El límite fue el de los 12 años. Si un menor de esa edad cometía un hecho delictivo, cualquiera que fuera su gravedad, solo cabía la actuación protectora de la Entidad Pública correspondiente, si su situación personal o familiar así lo aconsejaba. El límite máximo seguía siendo el de dieciséis años.

El Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, establecía la mayoría de edad penal a los 18 años, equiparándola a la civil. Sin embargo, el propio texto legal, en su disposición final séptima, dejó

²⁶⁶ *Ibidem*, páginas 44-46.

en suspenso esta novedad hasta que entrase en vigor la ley que regula la responsabilidad penal del menor.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se aplica para exigir responsabilidad de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. Conforme establece el artículo 2 de la citada ley, las personas a las que se aplique esta ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, y, en especial, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores.

Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea un menor de 14 años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes.

El Ministerio Fiscal deberá remitir a la Entidad Pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor de edad, a fin de valorar su situación, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Se ha criticado la falta de previsión de un internamiento de los menores de 14 años que cometan hechos graves, pues algunos autores consideran que debería adoptarse el internamiento psiquiátrico previsto en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, al revelar estas conductas una alteración mental evidente²⁶⁷.

²⁶⁷Urbano Castrillo, Eduardo de (2007): *La responsabilidad penal de menores: adaptada a la L O 8/2006, de 4 de diciembre*. Navarra: Cizur Menor, Thomson Aranzadi, pág. 43.

Según el artículo 124 de la Constitución, así como según el artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el artículo 174 del Código Civil estatal, el Ministerio Fiscal, siempre que conozca una situación de un menor de edad que haga necesaria una intervención de la Entidad Pública en su protección, está obligado a instar de dicha acción protectora, con independencia de si el menor ha cometido o no un hecho delictivo.

Debe estarse al momento de la comisión de los hechos para determinar la edad del menor a los efectos de la competencia de esta jurisdicción, con lo que no es de aplicación, en estos casos, el criterio establecido en el artículo 315 del Código Civil estatal, de inclusión en el computo del día completo del nacimiento, sino que habrá que estar al momento exacto, en una interpretación favorable a la persona que tiene conforme a los principios inspiradores del derecho penal, según lo ha establecido una reiterada jurisprudencia²⁶⁸.

El principio de interés superior del menor planea sobre toda la regulación contenida en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y también sobre el régimen diseñado en el plano cautelar. Así, como sostiene su Exposición de Motivos, “la adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse el interés superior del menor”.

El artículo 5 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece, para los menores en quienes se aprecien las circunstancias eximentes del artículo 20.1º, 2º y 3º del Código Penal, la aplicación de un tipo específico de medidas, las de naturaleza terapéutica. Es decir, al menor de edad le es aplicable una circunstancia eximente de la responsabilidad penal relativa a que padece una anomalía o alteración psíquica, una intoxicación plena o influencia de un síndrome de abstinencia de bebidas alcohólicas o drogas que le impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, o bien una grave alteración de la realidad.

²⁶⁸ Vid. sentencias del Tribunal Supremo 14 de enero 1988, 18 de mayo de 1992 y 13 de abril de 1994.

Todo ello, si fuese un adulto, implicaría una exención de responsabilidad penal y, en su caso, la aplicación de una medida de seguridad de las previstas en los artículos 101 y siguientes del Código Penal. Sin embargo, al tratarse de un menor de edad, se le podrá aplicar una de las medidas previstas en el artículo 7, letras d y e, es decir, la de tratamiento ambulatorio o la de internamiento en un centro terapéutico.

Solo se prevé la aplicación de dos tipos de medidas, que son el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio, según la remisión al artículo 7.1 letras d) y e), medidas que además solo se pueden aplicar en caso necesario. Es discutible el alcance de la mencionada expresión, de modo que algunos autores exigen, como presupuesto para su adopción, la peligrosidad²⁶⁹.

Otros autores destacan que el legislador parece confundir las medidas de seguridad reguladas en el Código Penal, que únicamente son aplicables a los adultos, con las medidas previstas para los menores de edad, cuando en realidad se trata de medidas completamente diferentes. Así, las medidas de seguridad exigen, como presupuestos materiales previos, la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan y la comisión de un hecho previsto como delito, mientras que los presupuestos previos que fundamentan la imposición de una medida a un menor de edad están relacionados con su interés y con criterios puramente educativos y de reinserción²⁷⁰.

El Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, junto con todas las disposiciones autonómicas en la materia, han establecido un sistema de protección de los menores de edad al que se podría acudir cuando el menor de edad se encuentre en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20.1., 2. y 3. del Código Penal.

²⁶⁹Martín Ríos, María del Pilar (2003): "La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas". En *Anuario de Justicia de Menores*, nº 3, pág.193.

²⁷⁰Ornosa Fernández, María Teresa (2007): *Derecho Penal de Menores...* (op.cit., pág.136).

Consideramos que habría que dejar la protección de los menores de edad a las entidades públicas competentes, sobre todo cuando tienen problemas de salud mental y de drogadicción, y destinar exclusivamente el ámbito penal, a través del procedimiento y con las medidas previstas en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, cuando el mismo es responsable de haber cometido una infracción penal²⁷¹.

Las medidas terapéuticas son la única alternativa posible ante circunstancias del artículo 20.1., 2. y 3. del Código Penal. Sin embargo, ante situaciones en que el sujeto presente anomalías psíquicas o adicciones que incidan en su motivación y precisen atención específica, pero no sean tan importantes como para encuadrarse en el artículo 20 del Código Penal, sí sería posible la aplicación conjunta de medidas terapéuticas del artículo 7 con otras de distinta naturaleza.

El internamiento terapéutico aparece regulado en el artículo 7.1.d) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. En el punto 16 de la Exposición de Motivos de la citada ley, se contempla en qué supuestos es aplicable, y se indica que el internamiento terapéutico está previsto para aquellos supuestos en que los menores, bien por su adicción al alcohol o a otras drogas o por disfunciones de su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, y no se dan ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

El artículo 7.1 e), así como el punto 20 de la Exposición de Motivos, se refieren al tratamiento ambulatorio. En ellos se indica que resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que puedan ser atendidos sin necesidad de internamiento.

²⁷¹ *Ibidem*, página 136.

La voluntad del menor de edad solo es relevante en la aplicación de una medida respecto a los tratamientos de desintoxicación o deshabituación, estableciendo el artículo 7 que, cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias. Para elegir la medida o medidas, se atiende de modo flexible a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor. Se tendrán en cuenta tanto los hechos como las circunstancias personales del menor, según dispone el artículo 40.4 de la Convención de Derechos del Niño.

Frente al régimen previsto en la norma, se alzan voces que destacan la innecesidad de habilitar la vía penal para imponer medidas terapéuticas de protección y custodia que ya están previstas civilmente, a la vez que se subraya la incongruencia que supone aplicar una medida de las previstas en la ley a sujetos que están exentos de responsabilidad respecto a ella²⁷².

El artículo 8 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores prohíbe al Juez de Menores imponer una medida que sea más restrictiva de derechos o de una duración superior a aquella solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. El juez debe, asimismo, concretar en la sentencia dictada el plazo de la medida por la que optó, según indica el artículo 39.1.

Bajo el epígrafe de las medidas cautelares y en el segundo capítulo del Título III de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, dedicado a la instrucción del procedimiento, los artículos 28 y 29 contienen la regulación de las diversas medidas que, junto a la detención del menor, que está regulada en el artículo 17, pueden imponerse con carácter cautelar sobre el menor de edad, unas veces con el fin de asegurar el proceso y la integridad de la víctima y su entorno, y otras con la intención de dar protección al propio menor expedientado.

²⁷²*Ibidem*, página 194.

Las medidas cautelares personales no constituyen fines en sí mismas, sino que se dirigen a un proceso penal principal en relación con el cual encuentran su verdadero significado, de aquí que el propio texto de la ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, limite su mantenimiento hasta el momento en que recaiga sentencia firme en el expediente, y solo pueden permanecer vigentes en tanto subsistan los presupuestos que en su momento operaron como motivos para su imposición.

En el ámbito del enjuiciamiento penal juvenil, y a excepción de la detención, las medidas cautelares solo podrán ser adoptadas por el Juez de Menores competente, mediante auto debidamente motivado, previa solicitud del Ministerio Fiscal o de la acusación particular si la hubiere.

Según el artículo 29 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuando quede acreditado, en el transcurso de la instrucción del proceso, que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o inmerso en alguno de los supuestos previstos por los apartados 1º, 2º y 3º, del artículo 20 del Código Penal, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables.

Además, dicha adopción tendrá lugar sin perjuicio de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en la citada ley, conforme a lo establecido en los artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor.

Contempla, por tanto, este precepto dos tipos de medidas: por un lado, las que, con carácter cautelar, cabe aplicar al menor de edad que se encuentre dentro de los presupuestos legales, considerándose sujetos pasivos de estas medidas aquellos menores respecto de los cuales, durante la fase de instrucción, haya resultado suficientemente acreditado que se encuentran en situación de enajenación mental o cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del artículo 20 del Código Penal, y, por otro, las medidas que a dicho menor puedan serle impuestas en sentencia.

La ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se refiere a las primeras como medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor, conforme a los preceptos civiles aplicables, por lo que deberán estimarse como tales tanto el internamiento por razón del trastorno psíquico, regulado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el sometimiento a tratamiento ambulatorio, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 158.4 del Código Civil estatal, a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia²⁷³. El precepto también prevé la posibilidad de que en estos casos el Fiscal pueda instar las actuaciones para la incapacitación del menor de edad y la constitución de los organismos tutelares.

El artículo 757.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la incapacitación de los menores de edad, establece que, en los casos en que proceda conforme a la ley, solo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. Sobre la base de este precepto, se puede interpretar que el Ministerio Fiscal no puede instar la incapacitación del menor de edad, sino únicamente solicitar a los titulares de la patria potestad o la tutela que lo hagan²⁷⁴.

Si un menor de edad se encuentra dentro de una de las causas de exención de la responsabilidad penal antes descritas, el Fiscal deberá instar las medidas cautelares de protección previstas en la legislación civil y, a pesar de haber apreciado que concurre una de estas causas de exención de la responsabilidad, puede continuar con la instrucción y efectuar alegaciones en las que se solicite que se le aplique alguna medida terapéutica.

Desde el punto de vista práctico, se ha destacado que esta posibilidad puede suponer una injerencia en las medidas que hayan podido ser adoptadas en el ámbito civil con carácter cautelar, y que pueden originarse contradicciones

²⁷³Valbuena García, Esther (2008): *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Pamplona: Aranzadi, pág.370.

²⁷⁴Ornosa Fernández, María Teresa (2007): *Derecho Penal de Menores...* (op. cit, pág.370).

entre la jurisdicción civil y la penal, sin que quede claro cuál de las dos jurisdicciones es prioritaria²⁷⁵.

Las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 29 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, podrán mantenerse hasta que recaiga sentencia firme, siempre y cuando subsistan los presupuestos legales que determinaron su adopción. Así, aunque para el internamiento en centro, regulado en el artículo 28 de la citada ley, se contempla un plazo legal máximo de seis meses, que podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, por otros tres meses como máximo, no queda clara la posibilidad de efectuar una aplicación analógica del mismo al internamiento terapéutico²⁷⁶.

Al tratarse de medidas de protección de carácter civil, y no penales, resulta polémica la cuestión de determinar si a estas medidas les son aplicables los plazos previstos en el artículo 28 de la citada ley o si, por el contrario, no resultan aplicables dichos plazos, debiendo estarse a las necesidades de cada menor²⁷⁷.

Contra el auto que resuelve el incidente del artículo 29 de la citada ley, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, por los trámites que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el Procedimiento Abreviado.

Según la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, cuando los jueces de menores apliquen alguna de las medidas terapéuticas a las que se refieren los artículos 5.2, 7.1 y 29 de esta ley, en caso de enfermedades

²⁷⁵ *Ibidem*, página 369.

²⁷⁶ Valbuena García, Esther (2008): *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores...* (op. cit., pág.379).

²⁷⁷ Ornos Fernández, María Teresa (2007): *Derecho Penal de Menores...* (op. cit, pág.371).

transmisibles u otros riesgos para la salud, podrán encomendar a las autoridades o servicios de salud correspondientes su control y seguimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, autoriza a las autoridades sanitarias de las distintas administraciones para el reconocimiento, el tratamiento, la hospitalización o el control de personas cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la población. El artículo 28 de la Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad, enumera unos principios a los que debe acomodarse la actividad de la Administración cuando ejercite las medidas preventivas o limitativas de derechos.

Según el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo 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”.

Sería necesario que la legislación aplicable en esta materia estableciese las garantías jurídicas que deben regular tanto el procedimiento administrativo como el procedimiento de autorización judicial de las medidas administrativas, estableciendo la posibilidad de intervenir con abogado de oficio y fijando asimismo los plazos máximos del control de los internamientos o tratamientos²⁷⁸.

²⁷⁸Beltrán Aguirre, Juan Luis (2011): “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación”... (*op. cit*, pág.5).

CONCLUSIONES

I. El internamiento involuntario no siempre ha gozado de la debida protección judicial. Entre los precedentes legislativos más inmediatos hay que destacar que, durante la vigencia del Decreto de 3 de julio de 1931, que era la norma que regulaba el régimen de asistencia e internamiento de las personas con problemas de salud mental en España hasta su derogación por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el internamiento involuntario estaba sometido únicamente a autorización administrativa. Este tratamiento jurídico resultaba contrario al derecho a la libertad personal derivado del artículo 17 de la Constitución de 1978 y a los principios concordantes recogidos en convenios internacionales ratificados por España, entre los que cabe destacar el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en Materia de Tutela, instauró el control judicial en su artículo 211. Esta norma planteó numerosas dudas interpretativas para la doctrina. En efecto, pueden considerarse como algunas de las deficiencias más importantes de esta regulación las siguientes:

- a) La falta de determinación del ámbito de aplicación subjetiva del régimen de internamiento involuntario previsto en el artículo 211 del Código Civil;
- b) la falta de regulación de los supuestos donde debía cesar el internamiento;
- c) la falta de determinación de las personas legitimadas para instar el procedimiento, y
- d) la falta de previsión de plazo alguno para las actuaciones judiciales.

El artículo 211 del Código Civil fue reformado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que sustituyó la expresión “internamiento de un presunto incapaz” por la de “internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por

sí”, refiriéndose de forma expresa al internamiento de personas menores de edad, eliminando la duda que existía con la redacción anterior del citado precepto sobre si era necesaria la autorización judicial prevista en el artículo 211 cuando la persona fuera menor de edad. Asimismo, esta reforma estableció como especialidad, en el supuesto de internamiento de menores de edad, la necesidad de que esta medida se realizara, en todo caso, en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

El artículo 211 del Código Civil fue derogado y sustituido por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que pasó a regular los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico en su artículo 763. Entendemos que existe una incorrecta ubicación de la normativa sobre el internamiento involuntario, ya que, aunque en él han de considerarse normas procesales, al regular el procedimiento necesario para acordarlo y su ratificación, también existen normas de derecho puramente sustantivo, las que regulan la posibilidad de privar de libertad a una persona por razón de trastorno psíquico, destacando las normas civiles de derecho sustantivo sobre los aspectos puramente procesales.

II. La normativa sobre internamiento involuntario debe interpretarse restrictivamente al basarse en una limitación del derecho fundamental a la libertad personal. Las sentencias 131/2010 y 132/2010, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional han declarado la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ya que, al posibilitar la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, y tratarse, por tanto, de una cuestión relativa al derecho fundamental de la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución, debía regularse por ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 de la Constitución. La declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de los preceptos

indicados, limitándose el Tribunal Constitucional a instar al legislador a regular el internamiento involuntario mediante ley orgánica.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, ha derogado el artículo 211 del Código Civil y ha integrado, dentro de su propia regulación, el artículo 763 sobre “el internamiento no voluntario por razón del trastorno psíquico”.

La regulación vigente del internamiento involuntario en Cataluña se contiene en el artículo 212-4, 212-5 y 212-6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia.

Además de las anteriores normas, en la regulación del internamiento involuntario debemos tener en cuenta también el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, de su jurisprudencia y de las sentencias del Tribunal Constitucional, pueden extraerse garantías que deben presidir todo internamiento por razón de trastorno psíquico:

- a) El internamiento ha de venir motivado por una “perturbación mental” del interesado, que deberá quedar acreditada mediante un dictamen médico.
- b) El apartado tercero del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refuerza esa garantía, con la exigencia de una previa exploración por la autoridad judicial a la persona afectada por la medida de internamiento.
- c) La mencionada “perturbación mental” debe ser de tal carácter o magnitud que justifique la privación de libertad, ya sea porque impida a quien la padezca la vida en sociedad, ya sea porque la propia sociedad deba protegerse con el fin de garantizar la seguridad de los demás ciudadanos.
- d) El internamiento psiquiátrico necesariamente ha de ser acordado mediante resolución judicial, en la que se justifiquen los motivos por los que se adopta esta medida.

e) El internamiento autorizado judicialmente será revisado periódicamente por la autoridad judicial, una vez vistos los informes médicos recabados al efecto y practicadas las diligencias que estime imprescindibles, y solo puede prorrogarse en la medida en que persista la situación de “perturbación” que justificó el ingreso.

Se someten a autorización judicial todos aquellos internamientos motivados por un trastorno psíquico.

El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no se refiere al internamiento involuntario de personas mayores en centros geriátricos. La doctrina y la jurisprudencia están divididas en cuanto a la aplicación o inaplicación de este precepto a este tipo de internamientos.

Consideramos conveniente que en la necesaria ley orgánica que deberá regular los internamientos involuntarios, conforme al requerimiento efectuado por la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, del Tribunal Constitucional, exista una regulación expresa de los internamientos involuntarios en centros geriátricos.

III. Dentro de los internamientos involuntarios podemos distinguir entre el internamiento ordinario –que se caracteriza por la inexistencia de una situación de urgencia y requiere la previa autorización judicial– y los internamientos urgentes, cuando, según establece el artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”. El artículo 212-5 apartado primero de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, es más preciso, al indicar que la causa de urgencia médica que requiere el internamiento urgente “debe ser constatada por un facultativo y debe fundamentarse en un riesgo inmediato y grave para la salud del enfermo o para la integridad física o psíquica del enfermo o de otras personas”, no siendo necesario en los casos de internamientos urgentes la autorización judicial previa.

El responsable del centro médico donde se ha producido el internamiento involuntario urgente debe comunicarlo, dentro del plazo de 24 horas, a la autoridad judicial competente quien, dentro del plazo máximo de 72 horas desde la comunicación, deberá ratificar la medida de internamiento o dejarla sin efecto.

El internamiento voluntario se produce cuando el afectado, pudiendo hacerlo, presta su consentimiento, quedando al margen del control judicial mientras no haya vicios que lo invaliden, o cuando con posterioridad al ingreso voluntario el paciente pierda la capacidad de decidir. El artículo 212- 6 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, establece la obligación de comunicar a la autoridad judicial el ingreso, para que, si procede, proceda a su ratificación, cuando la persona que fue voluntariamente internada se encuentre en una situación en la que no pueda decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento. Entendemos que sería conveniente disponer de una norma de contenido similar en la legislación estatal.

El internamiento involuntario puede acordarse como medida cautelar en un procedimiento de incapacitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, se contempla la posibilidad de que el internamiento sea un pronunciamiento de la sentencia de incapacitación, según lo previsto en el artículo 760 del mismo texto legal. En ambos casos se establece, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 758 de esta misma ley, la posibilidad de que la persona afectada por el internamiento pueda disponer de su propia defensa y representación.

El artículo 763.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, aplicable a todos los internamientos involuntarios, establece como obligatorias la práctica de las siguientes pruebas:

- a) Examen personal por la autoridad judicial de la persona de cuyo internamiento se trate,
- b) audiencia del dictamen del facultativo por él designado,

- c) audiencia de la persona afectada por la decisión, del Ministerio Fiscal o de cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente.

En el internamiento de menores, será también necesario el informe de los servicios de asistencia al menor.

El internamiento debe ser controlado por la autoridad judicial, debiendo los facultativos que atiendan a la persona internada informarle cada 6 meses, o en el plazo máximo de dos meses en Cataluña, sobre la necesidad de mantener la medida. La autoridad judicial, recibidos estos informes y previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o la interrupción del internamiento.

Cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta a la persona sometida a esta medida y lo comunicarán al juzgado. Si el internamiento se ha acordado como medida cautelar, consideramos que deberá ser la autoridad judicial la que acuerde el cese del internamiento, aunque sería conveniente que existiera una regulación expresa de esta previsión en la regulación del artículo 762 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

IV. El tratamiento ambulatorio involuntario está previsto como medida de seguridad en el ámbito del proceso penal. Según el artículo 101 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 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.

Dentro de estas medidas de seguridad no privativas de libertad se contempla la libertad vigilada que, según establece el artículo 106, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento de

alguna de las medidas previstas en los apartados a-k, refiriéndose precisamente el apartado k a “la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico”.

El tratamiento ambulatorio involuntario no aparece regulado de forma expresa en nuestra legislación civil, aunque han existido dos proyectos de regulación del mismo en el ámbito estatal y uno en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La primera propuesta fue presentada por el Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió en el año 2004, y 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. El texto propuesto, en su artículo único, establecía la adición de un apartado quinto al artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La segunda iniciativa de ámbito estatal se presentó en el año 2006 dentro del proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para Facilitar y Agilizar la Tutela y Garantía de los Derechos de la Persona y en Materia Civil y Mercantil. Los tratamientos ambulatorios involuntarios se regularon en sus artículos 84-87, dentro del capítulo “de la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos”.

El Proyecto de Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, Relativo a la Persona y a la Familia, incluía, en el apartado quinto del artículo 212.2, una regulación expresa del tratamiento ambulatorio involuntario.

V. Frente a la opinión doctrinal de que es una iniciativa innecesaria, dado que los tratamientos ambulatorios involuntarios, para todo tipo de pacientes y en todo tipo de circunstancias, están contemplados en leyes vigentes como 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, se ha destacado a favor de su regulación que se trata de una medida

eficaz para un tipo de pacientes en los que la decisión de no someterse a un tratamiento no es libre ni voluntaria, sino producto de su misma enfermedad.

El artículo 3 de la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa define el tratamiento como intervención física o psicológica sobre una persona con trastorno mental que tenga un presupuesto terapéutico en relación con tal trastorno y teniendo en cuenta la dimensión social de su vida, regulando el tratamiento involuntario junto con el internamiento involuntario en centros psiquiátricos en el capítulo tercero, artículos 16 a 25, de la misma resolución.

Especial relevancia debe concederse en el ámbito europeo al 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, de 4 de abril de 1997, que fue ratificado por España el 23 de julio de 1999 y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999.

En este convenio se considera esencial el consentimiento en las intervenciones sanitarias, estableciéndose en su artículo 5 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 revocar en cualquier momento, y libremente, su consentimiento.

A la hora de defender la viabilidad del tratamiento ambulatorio involuntario como una medida directamente aplicable por la autoridad judicial, es imprescindible tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 7 del citado convenio, que permite aplicar un tratamiento a una persona que sufra un trastorno mental grave sin su consentimiento cuando la ausencia de dicho tratamiento conlleve el riesgo de resultar gravemente perjudicial para su salud.

El artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, únicamente regula el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, sin que exista ninguna referencia a los tratamientos médicos a los que puede ser sometida la persona internada. Cabría plantearse, en los internamientos involuntarios, si la autoridad judicial ha de limitar su fiscalización a la incidencia sobre el derecho a la libertad, o debe extenderla a todas las circunstancias de

ese internamiento, comprendiendo incluso el tratamiento psiquiátrico a aplicar cuando este pueda afectar a la propia dignidad del enfermo o producir secuelas irreversibles.

El Defensor del Pueblo, 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, insta la modificación del artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de introducir la necesidad de que, en los centros donde se producen los internamientos a los que se refiere este precepto, soliciten autorización judicial, cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánicas, u otras restrictivas de la libertad individual, u otros derechos fundamentales, y asimismo insta a introducir el control judicial en los casos en los que sea necesario aplicar tratamientos invasivos, especialmente cuando no sea coincidente el criterio médico con el de la persona que presta el consentimiento en representación del paciente que no esté en condiciones de decidir por sí mismo. Consideramos que se deben tener en cuenta las anteriores recomendaciones en la necesaria reforma que debe realizarse de la regulación de los internamientos involuntarios.

VI. El Tribunal Constitucional ha dejado sentado que el derecho fundamental a la integridad física y moral derivado del artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular, por lo que la aplicación de los tratamientos médicos sin contar con el consentimiento del titular puede suponer una vulneración de este derecho fundamental si no se realiza con las necesarias garantías derivadas de nuestra legislación y de los tratados internacionales ratificados por España que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución.

En el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 no existe una norma específica referida a la protección de la integridad física y moral, pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la ha englobado en la noción de vida privada consagrada en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

VII. La posibilidad de prestar el consentimiento por representación aplicable a los supuestos en los que el paciente no tiene capacidad para poder prestar el consentimiento al tratamiento médico, se establece en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que indica que se otorgará el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones 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.

VIII. El Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, redactado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, establece en su artículo 12 que los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, en igualdad de condiciones que las demás, en todos los ámbitos de la vida, y deberán adoptar las medidas necesarias para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Entendemos que, a pesar de que en el texto publicado utiliza la expresión capacidad jurídica, se está refiriendo a la capacidad de obrar.

Con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, estableció que el Gobierno remitiría un proyecto de ley a las Cortes Generales en el plazo

de un año desde su entrada en vigor, sin que a fecha de hoy se haya procedido a cumplir con lo dispuesto en la misma, produciéndose únicamente la adaptación a la nueva terminología de la Convención en algunos textos legales. Así, con esta finalidad, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, suprime los términos de *incapaz* e *incapacitación* y los sustituye por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.

Consideramos que, en la reforma que deberá llevarse a cabo para adaptar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se deberá tener en cuenta la interrelación que existe entre el sistema de protección de las personas con discapacidad y el sistema de protección de la infancia.

IX. El artículo 9 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 establece que serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad. En el mismo sentido, 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 regula, en su artículo 11, las instrucciones previas.

X. Entendemos que la legislación sobre la materia es totalmente insuficiente, y que es necesaria una regulación que contemple expresamente el tratamiento ambulatorio involuntario y evite la una situación de inseguridad jurídica como la que se da en la actualidad en esta materia, que propicia la existencia de una diversidad de criterios en la actuación de nuestros órganos judiciales.

XI. En cuanto a la situación de las personas menores de edad, la Constitución establece en su artículo 39.4. que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Dentro de estos

acuerdos internacionales, ocupa un papel preeminente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989. La Convención supuso una nueva concepción de la infancia en la que, frente a la tradicional concepción exclusivamente protectora del menor de edad, se ha pasado a considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de pleno derecho, con personalidad jurídica propia y con derecho a tomar parte decisiva en las decisiones que les conciernen.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe todavía un tratamiento unitario e integral de la legislación relativa a la protección jurídica de la infancia, dado que, junto a la legislación estatal que regula esta materia, existe también legislación autonómica sobre protección de los menores de edad, con contenidos muy diferentes según la Comunidad Autónoma de que se trate.

Consideramos que sería conveniente una regulación clara y sistemática de la materia, tanto estatal como autonómica, debiendo delimitarse con claridad en la legislación estatal las normas que son de aplicación supletoria a la de las Comunidades Autónomas y cuáles se han dictado como legislación básica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.1. de la Constitución, que establece la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y que, por tanto, deberán ser tenidas en cuenta por las Comunidades Autónomas para respetar ese contenido básico y, en su caso, desarrollarlo.

XII. Existe un evidente desplazamiento de la histórica concepción del menor de edad como persona jurídicamente incapaz de obrar por sí misma, para pasar a considerarlo como una persona con una capacidad de obrar evolutiva, y solo limitada, restrictivamente, por su beneficio.

Nuestro derecho positivo no delimita la capacidad de obrar del menor de edad con pretensiones de exhaustividad, sino que regula supuestos concretos en los que se le concede cierta capacidad de obrar para realizar actos a partir de una

determinada edad o desde la consideración de su “suficiente juicio” o “madurez”.

De manera muy destacable, según el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad se interpretarán de forma restrictiva, teniendo en cuenta, en todo caso, su interés superior.

Aunque el menor de edad está sometido a tutela o potestad parental, su representante legal decidirá o ejercerá en su nombre determinados derechos, pero exceptuándose en este ámbito de representación, según el artículo 162 del Código Civil estatal, “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”.

Consideramos que existe una capacidad general del menor de edad no emancipado, que será variable y flexible en función del grado de desarrollo intelectual y personal que socialmente corresponde a cada edad.

XIII. El internamiento por razón de trastorno psíquico de las personas menores de edad exige los mismos requisitos y sigue el mismo procedimiento que establece el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para los adultos, estableciéndose como única especialidad que los internamientos deben realizarse 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, regula como novedad el ingreso de menores de edad en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que está prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de derechos fundamentales, introduciendo el artículo 778 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que incorpora, a su vez, un procedimiento detallado para la obtención de la autorización

judicial del ingreso de un menor de edad en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, modifica también la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al incluir en su capítulo IV del título II la regulación de los centros de menores con problemas de conducta. Cabe destacar que no pueden ser ingresados en estos centros los menores de edad que padezcan enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento especial por parte de los servicios competentes en materia de salud mental.

En este contexto, se establece la regulación de las condiciones aplicables a los menores de edad que estén internos en estos centros, en cuanto a las medidas de contención o aislamiento, a las condiciones para poder restringir determinados derechos del menor, al régimen disciplinario, así como a las normas para la administración de medicamentos

Consideramos que hubiera sido conveniente establecer, en esta normativa, una regulación similar para los internamientos por razón de trastorno psíquico a los que se refiere el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

XIV. La facultad de consentir o rechazar una intervención médica forma parte, sin duda, del contenido esencial del derecho a la vida y a la integridad física, además de a la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997, establece en su artículo 6 que solo podrá efectuarse una intervención a las personas que no tengan capacidad para prestar su consentimiento a la intervención cuando redunde en su beneficio directo. Tratándose de una persona menor de edad que no tenga capacidad de obrar para tomar tal decisión, solo podrá realizarse la intervención médica con autorización de su representante legal, de una autoridad competente o de una

persona o institución designada por la ley, debiendo ser tomada en consideración la opinión del menor de edad siendo dicha opinión más determinante en función de la edad y la madurez del menor.

El artículo 9.3 c) 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, según la redacción dada por la ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, prevé que, cuando el paciente menor de edad no sea capaz de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará su representante legal después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Existen supuestos en los que no es suficiente con el consentimiento prestado por los representantes legales. Así, el artículo 156 del Código Penal, conforme a la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, excluye la posibilidad de que los menores de edad o sus representantes legales presten su consentimiento a la esterilización, requiriéndose autorización judicial para salvaguardar el mayor interés del afectado y con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

Según el párrafo primero del apartado cuarto 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, no es posible la prestación del consentimiento por representación si el menor de edad está emancipado o tiene dieciséis años cumplidos, siempre que no se encuentren en los supuestos b y c del apartado anterior.

El párrafo segundo del mismo apartado, conforme a la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de junio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal de menor, una vez oída y tomada en cuenta la opinión del

mismo”. Consideramos que esta solución resulta claramente discutible, ya que se aparta del principio de autonomía del menor de edad configurado por la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

El párrafo sexto 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, según la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, establece que, en los supuestos en que se preste el consentimiento por representación, cuando la decisión adoptada se considere contraria a la vida o la salud del paciente, deberán ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución que proceda. En casos de urgencia, los profesionales sanitarios podrán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la vida o salud del paciente. No está prevista una comunicación a la autoridad judicial de las medidas adoptadas de forma urgente por los profesionales sanitarios a fin de su control y, si se estima necesario, de su ratificación en términos similares a los previstos en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para los internamientos urgentes, lo que consideramos que es claramente discutible.

XV. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se aplica para exigir responsabilidad penal de las personas mayores de 14 años y menores de 18 por la comisión de hechos tipificados como delitos en el Código Penal o en leyes penales especiales.

Cuando los hechos delictivos sean cometidos por un menor de 14 años, se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El principio de interés superior del menor es aplicable en toda la regulación de la responsabilidad penal de los menores.

Los menores de edad en los que se aprecien las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal del artículo 20.1.2 del Código Penal, aplicables a los que padecen alguna anomalía o alteración psíquica, intoxicación plena o influencia de un síndrome de abstinencia de bebidas alcohólicas o drogas que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, podrán ser sometidos a medidas de carácter terapéutico consistentes en internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio.

Debería haberse destinado únicamente el ámbito penal para los supuestos en los que la persona es responsable de haber cometido una infracción penal y no para los casos de exención de la responsabilidad penal, en los que debería aplicarse la normativa civil de protección de menores.

XVI. Como se ha mencionado anteriormente, durante el mes de julio de 2015 se han publicado la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria; la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Todas ellas inciden en la protección de la infancia y de las personas con “capacidad modificada judicialmente”, haciéndose referencia en ellas a la adaptación a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad y a las sentencias del Tribunal Constitucional 131 y 132, de 2 de diciembre de 2010.

Únicamente se ha procedido a la regulación mediante ley orgánica que venía exigida por las sentencias del Tribunal Constitucional en relación con el internamiento de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta, sin que se haya producido la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, conforme establecía la disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que consideramos que es claramente criticable, ya que entendemos que debería haberse aprovechado esta reforma precisamente para adecuar nuestro ordenamiento jurídico al artículo 12 de tal Convención,

cumpléndose asimismo con el mandato del Tribunal Constitucional de que se regulen finalmente los internamientos por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.

Aláez Corral, Benito (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

Albaladejo García, Manuel (1997): “Desde el instante en que nace todo niño es persona e inscribible en el registro”. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 81, págs. 166-191.

Albaladejo García, Manuel (2006): *Derecho civil I. Introducción y parte general*. Madrid: Edisofer.

Alonso Pérez, Mariano (1997): “La situación jurídica del menor en la ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”. En *Actualidad Civil*, n.º 1, págs. 17-40.

Álvarez Álvarez, Henar (2013): “Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva; Luis Antonio y Ortega Domènech, Jorge (coords.) (2013): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José RamsAlbesa*. Madrid: Dykinson, págs 29-42.

Ariés, Philippe (1987): *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid: Taurus.

Aznar López, Manuel (2000): *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Granada: Comares.

Badosa Coll, Ferrán (1990): “Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (Un estudio sobre el artículo 1263 del Código Civil)”. En V.V.A.A. (1990): *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 191 a 241.

Badosa Coll, Ferrán (1993): “La autotutela”. En V.V.A.A. (1993): *Libro Homenaje al profesor Dr José Luis Lacruz Berdejo*, volumen II. Barcelona: Bosch, págs. 903-931.

Bardalet Viñals, Narcís (1995): “Los internamientos psiquiátricos desde la perspectiva médico-forense”. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, número III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaria General Técnica, págs. 137-159.

Barrios Flores, Luis Fernando (2006): “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: Una posición escéptica”. En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, págs. 311-424.

Barrios Flores, Luis Fernando (2013): “Régimen jurídico de la sanidad penitenciaria”. En Palomar Olmedo, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.) (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 217-246.

Bartolomé Tutor, Aránzazu (2015): *Los derechos de la personalidad del menor de edad: su ejercicio en el ámbito sanitario y en el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y comunicación*. Navarra: Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi.

Beltrán Aguirre, Juan Luis (2007): “La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica”. En *D.S. Derecho y salud*, volumen 15, número Extra 1 (Ejemplar dedicado a XV Congreso “Derecho y Salud”), págs. 9-26.

Beltrán Aguirre, Juan Luis (2011): “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 10, págs. 1-10.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1976): *La marginación de los locos y el derecho*. Madrid: Taurus.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1984): “La protección jurídica de la persona en relación con su internamiento involuntario en centros sanitarios o asistenciales por razones de salud”. En *Anuario de Derecho Civil*, volumen 37, nº 4, págs. 953-974.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1986): *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (1988): “La Patria Potestad y la Filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra”. En *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 6, 2, págs. 89-120.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2002): “Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores”. En *Aranzadi Civil. Revista doctrinal*, n.º 2, págs. 1985-1987.

Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2012): “Decálogo para los internamientos involuntarios urgentes por trastornos psiquiátrico”. En *Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal*, n.º 7, págs. 1-4.

Blanco del Barrio, Raquel (2006): “Tratamiento ambulatorio involuntario. cuestiones a debate”. En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, págs. 427-443.

Bustos Valdivia, Inmaculada (2000): “Consideraciones sobre el internamiento por razón de trastorno psíquico a partir de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de mayo de 1996”. En *Actualidad Civil*, n.º 35, págs.1289-1307.

Cardona Llorens, Jorge y Sanjosé Gil, Amparo (2008): “El cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En Ferrer Lloret, Jaume y Sanz Caballero, Susana. (coords.) (2008): *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 163-204.

Castán Vázquez, José María (1982): “Artículo 158 del Código Civil”. En Albaladejo, Manuel (dir.) (1982): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo III. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, págs. 165-167.

Castro y Bravo, Federico de (1952): *Derecho Civil de España, II-1º, Derecho de la Persona*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Chimeno Cano, Marta (2001): "El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: Análisis del artículo 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil". En *Revista Jurídica de Cataluña*, volumen 100, n.º 2, págs. 321-344.

Chimeno Cano, Marta (2004): *Incapacitación, tutela, e internamiento del enfermo mental*. Navarra: Thomson Aranzadi.

Corral Gijón, María del Carmen (1999): "Nuevas tendencias de la protección del menor". En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 655, págs. 2255-2302.

Couto Gálvez, Rosa María de; Mirat Hernández, María Pilar y Armendáriz León, Carmen (2007): *La protección jurídica de los ancianos: procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protegen: el internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid: Colex.

Delgado Criado, Buenaventura (1998): *Historia de la Infancia*. Barcelona: Ariel.

Díez García, Helena (2013): "Capítulo II. De la representación legal de los hijos". En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.) (2013): *Comentarios al Código Civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1657-1679.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1984): "El principio de protección integral de los hijos (Tout pour l'enfant)". En V.V.A.A. (1984): *La tutela de los derechos del menor. Actas del primer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba: Junta de Andalucía, págs. 127-131.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis (1992): *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio (2003): *Sistema de Derecho Civil*, volumen I. *Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*. Madrid: Tecnos.

Dolz Lago, Manuel-Jesús (2003): “¿Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana en Relación con los Menores de Edad?” En *La Ley*, n.º 2, págs. 1495-1501.

Domínguez Luelmo, Andrés (2007): *Derecho Sanitario y Responsabilidad Médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*. Valladolid: Ley Nova.

Duerto Argemi, Teresa (1995): “Los internamientos en residencias de la tercera edad y en centros de educación especial”. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º III. Madrid: Ministerio de Justicia e interior. Secretaria General Técnica, págs.197-211.

Egusquiza Balmaseda, María Ángeles (1999): “El internamiento involuntario de los enfermos mentales: Consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999”. En *Repertorio del Tribunal Constitucional*, n.º 3, págs. 2595-2618.

Escribano Tortajada, Patricia (2013): “Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad”. En Cuenca Casas, Matilde; Anguita Villanueva, Luis Antonio y Ortega Domènech, Jorge (coords.) (2013): *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José RamsAlbesa*. Madrid: Dykinson, págs. 137-159.

Frances, Allen (2014): *¿Somos todos enfermos mentales?* Barcelona: Ariel.

Ganzenmüller Roig, Carlos (2007): “El internamiento involuntario”. En Terreros, José Luis (coord.) (2007): *Los derechos de las personas con discapacidad*, volumen I. *Aspectos jurídicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 365-395.

García García, Lucía (2000): *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento*. Valencia: Revista General del Derecho.

García García, Lucía (2006): “Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos”. En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, págs. 69-102.

García Garnica, María del Carmen (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*. Pamplona: Aranzadi.

García Garnica, María del Carmen (2013): “Capítulo 17. Discapacidad y dependencia (I). Concepto y evolución jurídica”, En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (dir.) (2013): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo II. Navarra: Thomson Reuter, págs. 174-210.

García Garnica, María del Carmen (2013): “Título IX. De la incapacitación”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (dir.) (2013): *Comentarios al código civil*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 2041-2055.

Garrido Melero, Martín (1999): *Derecho de Familia: Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones Estables de Pareja de Cataluña y su correlación con el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons.

Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (1985): *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas.

Gías Gil, Belén (2013): "Tratamiento involuntario en psiquiatría: una revisión desde la bioética en Revista de Bioética y Derecho: Universidad de Barcelona, n.º 29, septiembre, págs.109-121: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/8089/9991> [consulta: 12/06/2015].

Gómez Díaz-Romo, Antonia (2013): "Asistencia sanitaria y particularidades ideológicas, culturales y religiosas. Especial referencia a tratamientos involuntarios en huelgas de hambre y testigos de Jehová". En Palomar Olmedo, Alberto y Cantero Martínez, Josefa (dirs.) (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 967-1002.

González Álvarez, Onésimo (2006): "El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate". En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: 2006: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, págs. 147-162

González Granda, Piedad (2009): *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*. Madrid: Reus.

Gullón Ballesteros, Antonio (1996): "Sobre La ley 1/1996, de protección jurídica del menor". En *La Ley*, n.º 1, págs. 1-7.

Jordano Fraga, Francisco (1984): "La capacidad general del menor". En V.V.A.A. (1984): *La tutela de los derechos del menor. Actas del primer Congreso Nacional de Derecho Civil*. Córdoba: Junta de Andalucía, págs. 243 y ss.

Lacruz Berdejo, José Luis (2008): *Elementos de Derecho Civil I. Parte general*, volumen 2 *Personas*. Madrid: Dykinson. Quinta edición. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría.

Lasarte Álvarez, Carlos (2007): *Principios de derecho civil I: Parte General y Derecho de la persona*. Madrid: Marcial Pons.

Lasarte Álvarez, Carlos (2012): “El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (Notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio)”. En *Diario La Ley*, nº 7968, págs. 1-14.

Lázaro González, Isabel Eugenia (2015): “La reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia”. En *Familia y sucesiones. Cuaderno jurídico*, n.º 111, págs. 1-9.

Leal Pérez Olagüe, María Luisa (1996): “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En *Diario La Ley, Sección Doctrina*, tomo 2, págs.1-11.

Leonseguí Guillot, Rosa Adela (2009): “La tutela”. En Lasarte Álvarez, Carlos (2009): *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Colex, págs. 97-123.

Leonseguí Guillot, Rosa Adela (2009): “Protección en el orden civil y capacidad de autogobierno de los menores en situación de discapacidad e incapacitación”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Boch, págs. 934-952.

Lete del Río, José Manuel (1985): “El internamiento del presunto incapaz”. En Albaladejo, Manuel (dir.) (1985): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo IV, artículos 181-332, Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, págs.199-203.

Linacero de la Fuente, María (1999): “La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero”. En *Actualidad Civil*, n.º 4, págs. 1573-1626.

Linacero de la Fuente, María (2001): *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Montecorvo.

Linacero de la Fuente, María (2009): “Legislación de protección jurídica del menor en el ordenamiento español. Propuesta de legeferenda”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, págs. 1843-1965.

López-Mora González, Nuria (2007): “El tratamiento ambulatorio involuntario”. En Terreros, José Luis (coord.) (2007): *Los derechos de las personas con discapacidad, volumen I. I. Aspectos jurídicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, págs. 397-451.

Magro Servet, Vicente (2011): “Hacia la necesaria ley orgánica integral de coordinación sanitario-judicial para la protección de las personas que sufren problemas de salud mental”. En *Diario La Ley*, nº 7702, págs. 1-16.

Marco Molina, Juana (2001): “El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos”. En *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, págs. 1714-1720.

Marcos del Cano, Ana María (2013): “Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España”. En Palomar Olmedo, Alberto; Cantero Martínez, Josefa (dirs.) (2013): *Tratado de derecho sanitario*, volumen I. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, págs. 829-852.

Marín Castán, Francisco (2015): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch.

Marín López, Juan José (1999): “Los locos y su libertad: el artículo 211 del Código Civil (sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, de 1 de julio)”. En *Derecho Privado y Constitución*, nº13, págs. 183-234.

Marquès Lamarca, Albert (2008): *Código Civil Alemán y ley de introducción al código civil*. Madrid: Marcial Pons.

Martín Ríos, María del Pilar (2003): “La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas”. En *Anuario de Justicia de Menores*, nº 3, págs. 185-241.

Mayor del Hoyo, María Victoria (2014): “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad. En *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 68, n.º 2173, págs. 1-26.

Mesa Marrero, Carolina (2008): “Los contratos de alimentos y de ingreso en residencia”. En *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. Madrid: Reus, págs. 95-113.

Modéjar Peña, María (2009): “Los menores de edad en el sistema integrado para la autonomía y la atención a la dependencia previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac

(coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, págs. 969-991.

Montero la Rubia, Javier (2008): “El Fiscal en el proceso de incapacitación”. En *Marco Jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*. Madrid: Reus, págs. 63-72.

Moretón Sanz, María Fernanda (2009): “El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, págs. 992-1016.

Moretón Sanz, María Fernanda (2010): “La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores”. En Montoya Melgar, Alfredo (coord.) (2010): *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, tomo I. Madrid: Dykinson, págs. 601-620.

Muñoz Conde, Francisco (2010): *Derecho Penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Muñoz García, Carmen (2014): “Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (1)”. En *Diario La Ley*, nº 82221, sección tribuna, 2 de enero, págs. 1-5.

Navas Navarro, Susana (2011): “Los derechos del menor en las familias reconstituidas. A propósito de los arts. 236-14 y 236-15 del Libro Segundo del Código Civil Catalán, relativo a la persona y la familia”. En Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarte Aznar, Sergio (dirs.) (2011): *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, págs. 618-686.

Nuñez Muñiz, Carmen (2009): “La incapacitación del menor en el derecho civil común español”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, págs.1043-1059.

Ordás Alonso, Marta (2009): “Del ejercicio de la tutela”. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (2009): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, págs.406-438.

Ornosa Fernández, María Teresa (2007): *Derecho Penal de Menores*. Barcelona: Bosch.

Parra Lucán, María Ángeles (2003): “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”. En *Aranzadi civil*, n.º 1, págs.1 a 21.

Perdiguero Bautista, Eduardo Ángel (1996): “El internamiento por razón de trastorno psíquico tras la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor”. En *Diario La Ley*, sección Doctrina, tomo 3, págs.1-11.

Pérez Monge, Marina (2013): “Capítulo 14. Edad avanzada”. En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (dir.) (2013): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra: Thomson Reuter, págs. 699-749.

Quesada Tolsada, María Corona (2004): *La tutela y otras instituciones de protección de la persona: Un estudio de sentencias, autos y resoluciones*. Barcelona: Atelier.

Raduà Hostench, Joan- Maria (2013): “Questions a l’entorn dels internaments no voluntaris”. En *Mónjurídic: butlletí del Col.legid’Advocats de Barcelona*, nº 278, págs.16-18. <http://www.icab.cat/files/242-389457-DOCUMENTO/MJ.278%20BAJA.pdf> [consulta: 21/04/2015].

Ravellat Ballesté, Isaac (2006): “¿Hay una única infancia? La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención de los Derechos del Niño”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y Ravellat Ballesté, Isaac (coords.) (2006): *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*. Barcelona: Ariel, págs. 49-64.

Ravellat Ballesté, Isaac (2011): “Marco Internacional e interno del Derecho de la infancia y la adolescencia”. En Ravellat Ballesté, Isaac (coord.) (2011): *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Barcelona: Bosch, págs.51-88.

Ravellat Ballesté, Isaac (2013): *El ejercicio de los derechos a la vida y a la integridad física por parte de las personas menores de edad en el ámbito sanitario*. Barcelona: Huygens.

Represa Polo, María Patricia (2011): “La regulación del documento de voluntades anticipadas en Libro Segundo del Código Civil Catalán”. En Barrada Orellana, Reyes; Garrido Melero, Martín y Nasarte Aznar, Sergio (dirs.) (2011): *El Nuevo Derecho de la Persona y de la Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*. Barcelona: Bosch, págs. 189-196.

Rivera Álvarez, Joaquín María (2015): “El consentimiento informado del adolescente en situaciones de grave riesgo: ¿autonomía privada vs. Interés

superior del menor”. En *Revista de Derecho Privado*, n.º 2, marzo, abril, págs. 71-88.

Rivero Hernández, Francisco (1997): “Los derechos humanos del incapacitado”, En Marzal, Antonio (ed.) (1997): *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*. Barcelona: Esade, págs.15-98.

Roca Gullamón, Juan (1991): *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, págs. 659-66.

Rodríguez Álvarez, Ana (2012): “Sobre el internamiento de ancianos no incapacitados en centros geriátricos”. En *Diario La Ley*, nº 7958, págs. 1-17.

Roig Bustos, Ladislao (1995): “Los internamientos de los enfermos mentales”. En *Estudios del Ministerio Fiscal. Número III*. Madrid: Ministerio de Justicia e interior. Secretaria General Técnica, págs. 215-233.

Roldán Luque, María Jesús (1997): “Internamiento de menores en centros psiquiátricos y de educación especial”. En *Protección jurídica del Menor*. Granada: Comares, págs. 211-220.

Romero Coloma, Aurelia María (1985): *Los bienes y derechos de la personalidad*. Madrid: Trivium.

Ruiz Jiménez, Juana (2009): “Capacidad del Menor”. En Lasarte Álvarez, Carlos (2009): *Protección Jurídica del Menor*. Madrid: Colex, págs. 29-60.

Ruiz Jiménez, Juana (2009): “El consentimiento informado en el ámbito de los menores e incapacitados”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavetllatBallesté, Isaac (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Boch, págs. 1188-1208.

Sabater Bayle, Elsa (1996): “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 241, 1996, págs. 1-4.

San José, Lourdes (2004): “Internamiento psiquiátrico involuntario en menores. Marco constitucional y legal de la privación de libertad por razón de un trastorno psíquico”. En *Sisenesjornades catalanes d’actualizació en medicina forense*. Barcelona, 22, 23 i 24 de novembre de 2001. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, págs. 17-27.

Sancho Gargallo, Ignacio (2000, 2001): “Internamientos por trastorno psíquico”. En Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel; Eifá Soler, José María y Valls Gombáu, José Francisco (coords) (2000, 2001): *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Iurium, págs. 3464-3476.

Santos Morón, María José (2002): *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Santos Urbaneja, Fernando (1995): “El internamiento psiquiátrico: problemas que plantea el internamiento involuntario”. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, págs.163-193

Segarra Crespo, María José (1995): “Internamiento de Menores”. En *Estudios del Ministerio Fiscal*, n.º III. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior. Secretaría General Técnica, págs.107-133.

Serrano Alonso, Eduardo (2006): “Arts. 202 a 214. {Derogados}”. En Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio: *Comentario del Código Civil*, tomo 2. Barcelona: Bosch, págs. 555-568.

Sillero Crovetto, Blanca (2007): “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”. En Lasarte Álvarez, Carlos (dir.) (2007): *La Protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, págs. 162-178.

Sillero Crovetto, Blanca (2014): “¿Incapacitación parcial tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial”. En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, págs. 30-61.

Sillero Crovetto, Blanca (2015): “Tratamiento ambulatorio involuntario para enfermos mentales graves: Marco normativo y práctica judicial”. En Cuadrado Iglesias Manuel y Núñez Boluda, María de los Desamparados (dirs.) (2015): *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Las Rozas (Madrid): La Ley, págs. 467-490.

Sole Resina, Judith (2014): “La protección de las personas mayores y con discapacidad en el ámbito de la salud”. En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, págs. 89-122.

Torres García, Teodora Felipa y Domínguez Luelmo, Andrés (2013): “Capítulo 15. La incapacitación”. En Gete-Alonso y Calera, María del Carmen (dir.)

(2013): *Tratado de Derecho de la Persona*, tomo I. Navarra: Thomson Reuter, págs. 53-121.

Urbano Castrillo, Eduardo de (2007): *La responsabilidad penal de menores: adaptada a la L O 8/2006, de 4 de diciembre*. Navarra: Cizur Menor, Thomson Aranzadi.

Valbuena García, Esther (2008): *Medidas Cautelares en el Enjuiciamiento de Menores*. Pamplona: Aranzadi.

Varela García, Carlos (1997): "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios Programáticos y normas de conflicto". En *Actualidad Civil*, n.º 1, págs. 261-282.

Velasco Ortega, Inmaculada Concepción (2014): "Del estado civil del incapacitado al de persona con capacidad modificada judicialmente: perspectivas de reforma jurídica para garantizar la autonomía de la voluntad" En García Garnica, María del Carmen (dir.) (2014): *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*. Madrid: Dykinson, págs. 150-207.

Ventura Mas, Silvia (2006): "Derechos fundamentales y cuestiones éticas en las unidades de psiquiatría. Instrucciones previas". En *La respuesta judicial ante la enfermedad mental*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, volumen 92, págs. 107-120.

Verdera Server, Rafael (2012): *Lecciones de derecho civil. Derecho civil I*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Villagrasa Alcaide, Carlos (2002) “La protección de las personas mayores por la Legislación vigente en Cataluña”. En Villagrasa Alcaide, Carlos (coord.) (2002): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona: Cedecs, págs. 57-87

Villagrasa Alcaide, Carlos (2002): “Iniciativas Internacionales y reivindicaciones sociales de las personas mayores”. En Villagrasa Alcaide, Carlos (coord.) (2002): *El Envejecimiento de la población y la Protección Jurídica de las Personas Mayores*. Barcelona: Cedecs, págs. 167-191.

Villagrasa Alcaide, Carlos (2006): “Perspectivas de la Convención sobre los derechos del niño: Reivindicaciones formuladas desde los congresos mundiales sobre los derechos de la infancia y la adolescencia”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavellatBallesté, Isaac (coords.) (2006): *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad*. Barcelona: Ariel, págs. 17-48.

Villagrasa Alcaide, Carlos (2009): “Reflexiones en torno a la aplicación internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el derecho de participación: las pautas marcadas en los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia”. En Villagrasa Alcaide, Carlos y RavellatBallesté, Isaac. (coords.) (2009): *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*. Barcelona: Bosch, págs. 55-80.

Villagrasa Alcaide, Carlos (2011): “El interés superior del menor”. En RavellatBallesté, Isaac (coord.) (2011): *Derecho de la persona: acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Barcelona: Bosch, págs. 25-50.

Viñas Maestre, Dolors (2011): “Sección Segunda. Internamientos”. En Roca Trías, Encarnación y Ortuño Muñoz, Pascual (coords.) (2011): *Persona y*

Familia: Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. Las Rozas (Madrid): Sepin, págs.109-123.

Vivas Tesón, Inmaculada (2010): *La dignidad de las personas con discapacidad: logros y retos jurídicos*. Madrid: Difusión jurídica y temas de actualidad.

Vivas Tesón, Inmaculada (2013): “Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de *lege ferenda* acerca de la protección de las personas diversamente capaces. En *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dykinson, págs. 1655-1673.

YzquierdoTolsada, Mariano (1997): *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*. Madrid: Dykinson.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luis (2007): “Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”. En *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo II Capacidad. Barcelona: Bosch, págs. 308-329.