

DISCAPACIDAD Y PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

DISABILITY AND DEPRIVATION OF THE LIBERTY

PATRICIA CUENCA GÓMEZ*
Universidad Carlos III de Madrid

Fecha de recepción: 28-8-14

Fecha de aceptación: 12-10-14

Resumen: *El presente trabajo tiene como objetivo determinar las implicaciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación con la privación de la libertad de las personas con discapacidad; analizar la compatibilidad de la legislación española en la materia con este tratado y realizar algunas propuestas para adaptar nuestra normativa a sus exigencias.*

Abstract: *This article aims to study the implications of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in relation to the deprivation of the liberty of persons with disabilities; analyze the compatibility of the Spanish legislation with this treaty and make some proposals to adapt our legislation to their demands.*

Palabras clave: libertad y seguridad, discapacidad, internamiento no voluntario, medidas de seguridad penal.

Keywords: liberty and security, disability, non-voluntary internment, criminal security measures.

* Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” y Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Este trabajo se inserta en el marco de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007) y “Dis-capacidad, in-dependencia y Derechos Humanos” (DER 2011-22729).

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la libertad y la seguridad personal¹ es un derecho humano cuyo contenido esencial suele identificarse con la prohibición de la privación arbitraria de la libertad lo que exige que la misma se lleve a cabo únicamente por las causas determinadas en la ley, con arreglo al procedimiento establecido y respetando una serie de garantías². Este derecho ha sido extensamente reconocido en diversos instrumentos internacionales generales³ en disposiciones que si bien no mencionan expresamente a este colectivo – salvo alguna excepción, lamentable, como luego se comprobará – por su propia naturaleza protegen también a las personas con discapacidad⁴.

¹ Se trata de dos dimensiones que se consideran intrínsecamente unidas y que suelen ser reconducidas a la protección de la libertad. Vid. por ejemplo el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Altun v. Turquía*, sentencia de 1 de junio de 2004. I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades: ¿el fin de los internamientos forzosos? Perspectiva internacional y europea*, 2010, ponencia presentada en el I Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Buenos Aires, disponible en www.articulo12.org.ar/documentos/trabajos/comision%20IV/4-biel.pdf.

² I. BIEL y R.K.M. SMITH, *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

³ Por ejemplo, artículo 3 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, artículo 9 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y artículo 5 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

⁴ Vid. sobre la aplicabilidad de los tratados de derechos humanos generales de la ONU a las personas con discapacidad el trabajo de G. QUINN y T. DEGENER, *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002, disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc. En relación con el derecho a la libertad y a la seguridad personales el Comité de Derechos Humanos en su *Observación General número 8* aprobada en 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7) frente a la interpretación restrictiva realizada en sus informes por los Estados parte aclaró que el párrafo 1 del artículo 9, que prohíbe la detención o prisión arbitrarias y exige que la privación de la libertad se realice por “causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”, es aplicable a todas las formas de privación libertad “ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones”, como por ejemplo “las enfermedades mentales”. Asimismo señaló que todas las personas privadas de libertad, lo sean o no como consecuencia de una acusación penal, están protegidas por ciertas garantías como el derecho a recurrir ante un tribunal a fin de que este decida sobre la legalidad de su detención. En el Proyecto de *Observación número 35* sobre el artículo 9 CCPR/C/GC/R.35/Rev.3, 14 de abril de 2014, se señala expresamente que cuando este precepto se refiere a “todos” esta palabra “incluye, entre otras personas ... a las personas con discapacidad”.

Al igual que sucede con otros derechos, esta regulación genérica se ha venido mostrando insuficiente para asegurar la protección de la libertad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos y ha convivido con prácticas extendidas, arraigadas y amparadas por las legislaciones nacionales que introducen modulaciones en el disfrute de este derecho que implican la instauración de un régimen específico de privación de la libertad aplicable singularmente a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Ciertamente, la práctica totalidad de los Ordenamientos jurídicos internos –y entre ellos el español– aceptan el denominado internamiento forzoso o involuntario como forma especial de privación de la libertad de algunas personas con discapacidad⁵. Asimismo, las legislaciones domésticas –de nuevo también la legislación española– suelen incorporar un régimen de inimputabilidades que, en unos u otros términos, contempla la discapacidad psicosocial e intelectual entre las causas de exención de la responsabilidad criminal y arbitran un sistema de medidas de seguridad como respuesta penal específica para estos casos.⁶ Este régimen especial ha venido siendo legitimado, además, de manera no problemática por los propios sistemas internacionales de protección de los derechos.

Detrás de esta situación subyacen la perspectiva asistencialista y el modelo médico de tratamiento de la discapacidad. Desde este enfoque las personas con discapacidad se consideran titulares de los mismos derechos que los demás ciudadanos pero se acepta como una consecuencia “natural” derivada de las deficiencias que padecen –“inevitable” y, por tanto, “tolerable”– que aquellas personas con discapacidad que no logran superar sus “desviaciones” vean limitados o restringidos en alguna medida sus derechos respecto al resto de la población no discapacitada.

Pues bien, este panorama se ve afectado de forma sustancial por la entrada en escena de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas*

⁵ F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los Ordenamientos jurídicos internos*, tesis doctoral presentada en el Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, IDHBC, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 416 y ss. y T. MIKONWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties*, 2011, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>.

⁶ C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065, a la luz de los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, junio de 2014, disponible en <http://www.feaps.org/files/Documentos/Informe%20Carlos%20Rios%20proyecto%20de%20Ley%20Org%20C3%A1nica%20121.pdf>.

con *Discapacidad* (en adelante, CDPD)⁷. Como es sabido, esta Convención es el primer texto de carácter vinculante que en el ámbito del sistema universal de protección de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refiere de manera específica a las personas con discapacidad⁸ e implica un trascendental cambio de paradigma hacia el enfoque de derechos humanos y el modelo social. Desde esta nueva mirada las limitaciones que las personas con discapacidad encuentran para participar en la vida social y disfrutar y ejercer sus derechos no se imputan a sus deficiencias individuales sino que se consideran resultado de una construcción social y de relaciones de poder, esto es, del diseño de la sociedad y de los propios derechos desde unos patrones de normalidad que no tienen en cuenta la situación de las personas con discapacidad. Asumiendo esta visión, la Convención pretende adaptar los derechos “generales” ya reconocidos en otros instrumentos internacionales a las necesidades de las personas con discapacidad garantizando su reconocimiento, ejercicio y disfrute en igualdad de condiciones e identificar ámbitos en los que la protección de estos derechos debe reforzarse porque se han venido vulnerando habitualmente⁹. Así, la regulación del derecho a la libertad y seguridad personal, abordada en el artículo 14 de la CDPD, se orienta a garantizar la aplicación efectiva y equitativa de este derecho en el contexto de la discapacidad introduciendo nuevos estándares en la normativa internacional de derechos humanos que cuestionan directamente la legitimidad de las legislaciones nacionales en esta materia.

En la primera parte del presente trabajo se analizará desde una perspectiva general el significado y las principales implicaciones del artículo 14 de la CDPD en relación con la privación de la libertad de las personas con discapacidad. La segunda parte se centrará en el estudio específico de la normativa española en esta materia y se orientará a poner de relieve su incompatibilidad con las exigencias contenidas en la CDPD y a realizar algunas reflexiones que deben ser tenidas en cuenta en su revisión.

⁷ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006 y en vigor desde mayo de 2008.

⁸ Vid. sobre la CDPD, entre otros, los trabajos de A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008 y P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.

⁹ A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad*, cit., p. 270.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA SEGURIDAD PERSONAL EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A la hora de determinar el sentido y alcance del derecho “a la libertad y seguridad de la persona” reconocido en el artículo 14 de la CDPD y las consecuencias de su implementación en los ordenamientos internos resulta obligada su interpretación *en contexto* teniendo en cuenta la filosofía que inspira la CDPD, esto es, el modelo social y la perspectiva de los derechos humanos; otras previsiones de su articulado– como el propósito de la Convención expresado en su artículo 1¹⁰; la definición de personas con discapacidad contenida en su artículo 2¹¹; los principios generales reconocidos en su artículo 3¹²; la noción de discriminación por motivos de discapacidad incorporada en el artículo 5.2¹³ –y la regulación de otros derechos– especialmente, del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12)¹⁴; del derecho de acceso efectivo a la justicia¹⁵ (artículo 13); del derecho a la accesibilidad universal (artículo 9) y a la realización de ajustes razonables¹⁶ (definidos en

¹⁰ Que consiste en “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

¹¹ Este artículo señala “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 con las demás”.

¹² “Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

¹³ Por discriminación por motivos de discapacidad entiende este precepto “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”.

¹⁴ Que incluye el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y el derecho al acceso a los apoyos que puedan necesitar para su ejercicio.

¹⁵ Que exige la realización de ajustes de procedimiento para que las personas con discapacidad puedan participar efectivamente en todas las posiciones en las diversas fases de los procedimientos judiciales.

¹⁶ La accesibilidad universal y los ajustes razonables no aparecen definidos expresamente como derechos en la CDPD pero es posible defender esta configuración a la luz de su

su artículo 2); del derecho a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15)¹⁷ y a la protección de la integridad personal (artículo 17)¹⁸; del derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19)¹⁹; y del derecho a la protección de la salud (artículo 25)²⁰.

Entrando ya en el análisis del tenor concreto del artículo 14 importa señalar que este precepto no se limita a reafirmar este derecho recordando de manera genérica su aplicabilidad a las personas con discapacidad ni se conforma con explicitar la obligación de los Estados de asegurar su reconocimiento en condiciones de igualdad entrando en sustancia en su regulación, corrigiendo su formulación abstracta y concretando su sentido con el objeto de adaptarlo a la situación y experiencia particular de las personas con discapacidad²¹. En efecto, el artículo 14 precisa el significado de la libertad personal en el contexto de la discapacidad especificando expresamente contenidos adicionales sumamente relevantes que no habían sido mencionadas previamente en los tratados de derechos humanos generales y que son vulnerados por la inmensa mayoría de las legislaciones nacionales con el beneplácito, según antes se apuntó, de los sistemas internacionales de protección de los derechos.

espíritu y finalidad, Vid. entre otros trabajos ASÍS ROIG, R. de, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013. En todo caso, la Convención destaca su papel esencial en el ejercicio y disfrute de los demás derechos.

¹⁷ Que establece "1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

¹⁸ Que dispone que "Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás".

¹⁹ Que exige que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su forma de vida, que se garantice su acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta, y que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.

²⁰ Que reclama que las intervenciones relacionadas con la salud se basen en el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad.

²¹ Combinando los tres tipos de estrategias que, según F. MEGRET, "The disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", *Humans Rights Quarterly*, núm. 30, 2008, pp. 494-516, la CDPD adopta en la regulación de los derechos.

Así, el artículo 14.1 en su inciso a) establece la obligación de los Estados Partes “de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona”. Y en su inciso b) aclara que dicha obligación implica no sólo garantizar, de acuerdo con la formulación estándar de este derecho en otros instrumentos internacionales, que las personas con discapacidad “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley” sino que, además, exige asegurar “que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

Como certeramente señala F. Bariffi, el artículo 14.1 intenta ir más allá del principio general formulado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos mediante el cual el derecho a la libertad únicamente puede ser privado por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta no sólo “por la necesidad de especificidad respecto de la discapacidad, sino también debido a que, en relación con el goce efectivo del derecho a la libertad de las personas con discapacidad, es justamente ‘la ley’ la que se constituye como principal barrera y fuente de discriminación”. Desde ese enfoque, a su modo de ver, el artículo 14.1 debe abordarse “desde una doble perspectiva”²².

Por un lado, este precepto recoge la garantía “de que ninguna persona con discapacidad se vea privada de su libertad sin un procedimiento legal adecuado en el que se respeten las garantías mínimas del debido proceso”²³. En este punto, en el que el artículo 14 entronca con el derecho de acceso a la justicia contemplado en el artículo 13 de la CDPD, la jurisprudencia internacional ha avanzado bastante en los últimos años²⁴.

²² F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 223.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*. Por ejemplo, en el contexto europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) contaba ya antes de la entrada en vigor de la CDPD con una jurisprudencia consolidada en relación con las garantías procesales aplicables a la privación de libertad de las personas con discapacidad mental. Vid. algunos aspectos de esta jurisprudencia en L. F. BARRIOS FLORES, “Derechos Humanos y salud mental en Europa”, *Norte de salud mental*, vol. VIII, num. 36, 2010, pp. 55-67 y un sumario de casos de salud hasta 2007 en http://www.mdac.info/sites/mdac.info/files/English_Summaries%20of%20Mental%20Disability%20Cases%20Decided%20by%20the%20European%20Court%20of%20Human%20Rights.pdf. Pues bien, el TEDH ha señalado que el artículo 5.4 de la CEDH, que establece el derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal, es aplicable a la privación de libertad de las personas con discapacidad mental. Ha indicado además que, en el caso de que no esté prevista una revisión periódica de la situación, la persona tiene derecho a recurrir a

La segunda de las perspectivas recogidas por el artículo 14.1 es, según F. Bariffi, la garantía de que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad que se conecta con la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad recogida en el artículo 5 de la CDPD²⁵ y que supone una auténtica revolución respecto al tratamiento anterior de esta cuestión en la normativa nacional e internacional²⁶. Como señala la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos “Antes de la entrada en vigor de la Convención, la existencia de una discapacidad mental era motivo lícito de privación de libertad y detención en la normativa internacional de derechos humanos. La Convención se aparta radicalmente de ese enfoque y prohíbe por discriminatoria la privación de libertad basada en la existencia de una forma de discapacidad, en particular mental o intelectual”²⁷.

Esta novedosa perspectiva implica que la discapacidad no puede constituir nunca una justificación para privar de su libertad a una persona. A mi modo de ver, lo anterior prohíbe que la discapacidad pueda ser tanto motivo directo (como sucede en las legislaciones que permiten la privación de la libertad con la mera referencia al diagnóstico clínico de la discapacidad psi-

intervalos razonables su internamiento, que el acceso al recurso tiene que ser directo y no a través del tutor o de la institución en la que está ingresada la persona (*Shtukaturov v. Russia*, sentencia de 27 de marzo de 2008), que la disponibilidad de este recurso es especialmente importante en aquellos sistemas en los que el tutor puede autorizar el internamiento sin intervención judicial (*Shtukaturov v. Russia*) que el procedimiento establecido tiene que contar con las garantías procesales adecuadas en función del tipo de privación de libertad y de las circunstancias particulares en las que se lleva a cabo y que es esencial que el sujeto afectado tenga la oportunidad de ser escuchado sea en persona o, en su caso, a través de alguna forma de representación (requisito afirmado ya en el asunto *Megyeri v. Germany*, sentencia de 12 de mayo de 1992). A esta jurisprudencia se alude tras la entrada en vigor de la Convención, en los casos *Stanev v. Bulgaria* sentencia de 17 de enero de 2012 y *DD. v. Lithuania*, sentencia de 14 de febrero de 2012. También el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la necesaria aplicación de estas garantías, Vid. su Observación núm. 8 antes citada.

²⁵ F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 224.

²⁶ Según apunta F. BARIFFI, *Idem*, p. 223, “la posición clara de las organizaciones defensoras de los derechos de las personas con discapacidad es que el artículo 14 de la CDPD no sólo entra en contradicción con la mayoría de las legislaciones nacionales existentes, sino también respecto de las normas y principios de DIDH vigentes al momento de entrada en vigor de la CDPD”. Vid. International Disability Alliance, *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and Other Instruments*, 25 de abril de 2008.

²⁷ Vid. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

cosocial o intelectual y a su gravedad) como indirecto (como sucede en aquellos sistemas que al elemento médico añaden elementos adicionales –como el riesgo grave, o peligrosidad, para la propia persona o para terceros o la falta de autonomía o capacidad para cuidar de uno mismo– que terminan evaluándose en función de la naturaleza y gravedad de la discapacidad psicosocial o intelectual)²⁸ de privación de la libertad.

Por esta interpretación se decantó ya en 2009 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos²⁹ señalando que el artículo 14 no sólo prohíbe que la discapacidad, “en particular la discapacidad intelectual o mental” pueda ser la única causa de la privación de libertad, sino que además prohíbe que la restricción del derecho a la libertad pueda fundarse en la combinación de la discapacidad con otros elementos “como la peligrosidad, la atención o el tratamiento”³⁰. Dicho de otro modo, la concurrencia de estos motivos no puede hacerse depender, asociarse o evaluarse exclusivamente en función de la existencia de una discapacidad psicosocial o intelectual aparente o diagnosticada³¹. En todo caso, según también aclara el Alto Comisionado, la prohibición de que la privación de la libertad pueda fundamentarse directa o indirectamente en la discapacidad no debe “interpretarse en el sentido de que las personas con discapacidad no puedan ser legalmente internadas para su atención y tratamiento o privadas preventivamente de libertad, sino que el fundamento jurídico que determina

²⁸ En este sentido coincide con F. BARRIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., pp. 223 y ss. y 416 y ss. y con M.S. VILLAVARDE, “Artículo 14” en P. ROSALES (coord.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) Comentada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pp. 211-223. Y discrepo de I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades*, ya citado y de D. BLÁZQUEZ MARTÍN, “La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la convención” en P. CUENCA GÓMEZ, (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

²⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Estudio temático...*, cit., párrafos 48 y 49.

³⁰ La Oficina apoya su interpretación en el hecho de que durante el proceso de elaboración de la Convención se rechazaron las propuestas formuladas con el objeto de limitar la prohibición de privación de libertad a los casos “únicamente” determinados por la discapacidad y entiende que las medidas que combinan la discapacidad con otros factores como causa de privación de la libertad “se justifican en parte por la discapacidad de la persona por lo que deben considerarse discriminatorias y contrarias a la prohibición de privación de libertad por motivos de discapacidad y al derecho a la libertad en igualdad de condiciones con los demás previstos en el artículo 14...”, *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

la restricción de libertad debe estar desvinculado de la discapacidad y definido sin referencia a ésta, de manera que se aplique a todas las personas en igualdad de condiciones”³².

También el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura, Manfred Nowak en su informe de 2008 recuerda que “muchos Estados permiten, con o sin fundamento jurídico, la reclusión en instituciones de personas con discapacidad mental sin su consentimiento libre e informado, basándose en la existencia de un diagnóstico de discapacidad mental” con frecuencia unido a otros criterios tales como “ser un peligro para sí mismo y para otros” o la “necesidad de tratamiento” y considera que la aceptación de tratamiento involuntario y el encierro involuntario va en contra de lo dispuesto en la CDPD. Asimismo afirma que en algunos casos la privación arbitraria o ilegal de libertad basada en la existencia de una discapacidad podría infligir una pena o un sufrimiento graves a la persona, con lo que entraría en el ámbito de aplicación de la *Convención contra la Tortura*³³.

³² Se ha indicado, a mi juicio con razón, que el artículo 14 es un “texto equilibrado”. Y ello porque, de una parte, no exige a las personas con discapacidad psicosocial de la aplicación de los poderes generales del Estado de arrestarlas o detenerlas por la violación del Derecho penal o por otras razones no vinculadas en la legislación a la existencia de una discapacidad. Pero, de otra parte, las leyes de apariencia neutral que tienen el propósito o el efecto de discriminar por razón de discapacidad sí que violarían los artículos 14 y 5 de la CDPD. Así, si el Estado diseña una ley de detención preventiva o para personas necesitadas de atención y tratamiento que tiene como propósito continuar con la reclusión de personas con discapacidad psicosocial en instituciones en contra de su voluntad o que tiene el efecto desproporcionado de confinar a personas con discapacidad en instituciones en contra de su voluntad debido a la presencia de un sesgo oculto en sus estándares o en su aplicación, entonces se trataría de una ley que no es “*disability-neutral*” y debe ser rechazada, T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, cit.

³³ Informe Provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/63/175, 28 de julio de 2008, observación núm. 64. Más recientemente el Relator Especial Juan Méndez ha prestado también en su Informe de 2013 especial atención a la situación de las personas con discapacidad reiterando algunas de las consideraciones del anterior titular analizando, de nuevo, el artículo 15 de la CDPD en el marco general de protección contra la tortura e insistiendo en la radical importancia de su artículo 12. Este informe recomienda examinar el marco contra la tortura en relación con las personas con discapacidad y ajustarlo a la CDPD; imponer una prohibición absoluta de todas las intervenciones médicas forzadas y no consentidas en los casos de personas con discapacidad; sustituir el tratamiento y el internamiento forzosos por servicios en la Comunidad; revisar las disposiciones jurídicas que permiten la privación de libertad por razones de salud mental o en instalaciones de salud mental, y de cualesquiera intervenciones o tratamientos coercitivos en entornos de salud mental sin el consentimiento libre e informado de la persona concernida y abolir las normas que autorizan el internamiento en una institución de las personas con discapacidad en razón de esta y sin su consentimiento libre e informado, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.

Esta segunda perspectiva no ha sido asumida con carácter general por los sistemas internacionales de protección de los derechos. En este punto merece especial mención el artículo 5.1.e) de la *Convención Europea de Derechos Humanos* que con una terminología propia del modelo médico y claramente estigmatizante, expresamente permite la privación de la libertad, de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley, “de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un tóxicomano o de un vagabundo”. Aunque otros sistemas de protección no contienen previsiones explícitas en sus instrumentos convencionales, sus órganos también han asumido de manera no problemática que la discapacidad pueda constituir una causa directa de privación de la libertad³⁴. En algunos instrumentos de *soft law* la discapacidad psicosocial se considera también un motivo, ahora indirecto, para la privación de la libertad³⁵. Tampoco tras la entrada en vigor de la CDPD los órganos de garantía de los sistemas regionales y universales de protección de los derechos –con la excepción del Comité

³⁴ El Comité de Derechos Humanos, en la Observación General número 8 antes citada, al considerar que el artículo 9 del *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* es aplicable también a la reclusión consecuencia de la “enfermedad mental” está aceptando esta práctica. Vid. en este sentido International Disability Alliance, *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)*, cit.

³⁵ Así el principio 16 de los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*, aprobados por la Asamblea de Naciones Unidas en 1991 establece que el internamiento involuntario en una institución psiquiátrica requiere que un médico calificado y autorizado por ley determine que la persona padece una enfermedad mental y considere: a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva.

Igualmente, los artículos 17 y 18 de la *Recomendación R (2004) 10 sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales* aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa establecen que una persona sólo puede ser sometida a un tratamiento o a un internamiento involuntario si tiene un trastorno mental, si su estado comporta un riesgo real de daño grave para sí mismo o para terceros, si la medida tiene un fin terapéutico, si no existe un medio menos restrictivo de atención y si la opinión de la persona ha sido tomada en consideración.

Ambos instrumentos se encontraron desde el momento de su aprobación con la oposición de los movimientos de personas con discapacidad mental que han denunciado después su contradicción con la CDPD. Vid. por ejemplo, Red Mundial de Usuarios y Supervivientes de la Psiquiatría, *Position paper on Principles for the Protection of Persons with Mental Illness*, disponible en: <http://wnusp.rafus.dk/pdf/position-paper-on-principles-for-the-protection-of-persons-with-mental-illness.pdf>.

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como luego se comprobará- se han cuestionado que la justificación de la privación de la libertad pueda basarse en el diagnóstico de una discapacidad³⁶. Esta es de momento la posición del TEDH que, a pesar de citar los artículos 12 y 14 de la CDPD entre la normativa aplicable, no se ha planteado que la justificación de la privación de libertad pueda basarse en un desorden mental. Y parece que podría ser también el posicionamiento del Comité de Derechos Humanos a tenor de la redacción actual del *Proyecto de Observación General número 35* sobre el artículo 9 del PIDCP³⁷.

³⁶ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 336. En este punto el TEDH continúa recurriendo a la jurisprudencia del caso *Winterwerp v. Holanda* de 24 de octubre de 1979 en el que se establecieron las condiciones mínimas que debe cumplir la privación de la libertad en este supuesto: 1) que la existencia de un desorden mental sea determinada de forma fidedigna desde el punto de vista médico 2) que sea de tal naturaleza o grado que justifique el internamiento 3) que el internamiento no se prolongue más allá de la persistencia del desorden. Además, el TEDH no ha tenido siempre en cuenta en sus decisiones los Principios de la *Recomendación R 2004 (10)*. Sí lo hace, aunque sin citarlos, en el caso *Stanev v. Bulgaria* que supone un cierto avance en este terreno, pero sin dar el paso que reclama la CDPD, al señalar que la privación de libertad sólo está justificada por la seriedad de la condición de la persona con el interés de asegurar su propia protección o la de terceros, cuando otras medidas alternativas menos graves resultan “insuficientes” y cuando se han tenido en cuenta “tan lejos como sea posible” los deseos de una persona capaz de expresar su voluntad. En todo caso, el TEDH ha ido refinando la interpretación de las condiciones legales que pueden justificar la privación de la libertad de una persona con discapacidad mental. Así, en *Stanev v. Bulgaria* y *DD. v. Lithuania* el TEDH ha dejado claro que la incapacitación no puede justificar la privación de libertad, que un internamiento debe considerarse involuntario siempre que la persona se oponga al mismo aunque haya sido autorizado, de conformidad con la legislación interna, por su tutor, que la determinación de la existencia de un desorden mental y de su gravedad requiere que se realice un examen médico en el momento del ingreso preferentemente por un facultativo diferente del médico del centro de internamiento que tenga como objetivo determinar la necesidad del ingreso y que es necesario que se realicen exámenes periódicos de la salud mental de la persona.

³⁷ En este proyecto si bien se recomienda “revisar las leyes y prácticas anticuadas en el ámbito de la salud mental con el fin de evitar la reclusión arbitraria” se admiten, sin tener en cuenta ni citar la regulación contenida en la CDPD, los internamientos forzosos limitándose a señalar la necesidad de tener en cuenta alternativas menos restrictivas, respetar las salvaguardias procesales y sustantivas establecidas por ley y las opiniones del paciente, asegurar que un tutor o representante defienda y represente verdaderamente los intereses y la voluntad del paciente, ofrecer a las personas internadas en instituciones programas de tratamiento y rehabilitación que sirvan a los fines aducidos para justificar la reclusión; revisar la privación de libertad con una periodicidad adecuada, prestar asistencia a los pacientes para que accedan a recursos efectivos a fin de reivindicar sus derechos y velar por que las condiciones de reclusión se ajusten al Pacto.

A mi modo de ver, el artículo 14.1 CDPD incorporaría una tercera perspectiva, estrechamente vinculada y derivada de las dos anteriores, pero que considero necesario subrayar, que exigiría que los estándares, condiciones y procedimientos aplicables para privar de la libertad a las personas con discapacidad sean los mismos que los establecidos en relación con los demás ciudadanos y en ningún caso puedan implicar un tratamiento perjudicial o desfavorable en relación con la población no discapacitada³⁸.

Por su parte el apartado 2 del artículo 14 CDPD establece la obligación de que las personas con discapacidad que se ven privadas de su libertad tengan “en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

Por lo que respecta a las garantías previstas en el Derecho Internacional de los Derechos humanos cabe mencionar el artículo 10.1 del PIDCP que establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. En su *Observación General número 21* el Comité de Derechos Humanos ha señalado que este precepto constituye una norma fundamental de aplicación universal que protege a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y la autoridad del Estado internadas en prisiones o cualquier otra institución, incluyendo los hospitales psiquiátricos y ha indicado que el artículo 10.1 incorpora una obligación positiva en relación con las personas especialmente vulnerables. Sin embargo, conviene mencionar que dicha *Observación* no menciona expresamente la discapacidad entre las razones que no pueden justificar distinciones en la aplicación universal de esta norma. Por otro lado existen toda una serie de instrumentos de *soft law*³⁹ en esta materia que si bien –salvo una excepción

³⁸ En este sentido, la International Disability Alliance en su *Position Paper on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, cit., ha señalado que cuando se usan estándares y procedimientos “separados” para privar a las personas con discapacidad de su libertad se vulnera la igualdad en el disfrute de los derechos humanos.

³⁹ Véase por ejemplo: *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977; *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990; *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

relativa al tratamiento de los “alienados o enfermos mentales”⁴⁰– no aluden expresamente a las personas con discapacidad les resultan de aplicación.

El artículo 14.2 CDPD exige que las personas con discapacidad, como las demás personas privadas de libertad, puedan ejercer todos los derechos de los que son titulares que no se ven afectados de forma inherente por la situación de reclusión⁴¹ para lo cual es imprescindible el cumplimiento de las condiciones de accesibilidad y la provisión de ajustes y apoyos. Conviene además recordar –por la existencia de vulneraciones flagrantes– que entre los derechos que las personas con discapacidad recluidas en instituciones no pueden ver restringidos se encuentra el de no recibir tratamiento médico sin su libre consentimiento⁴².

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de adaptar las condiciones de privación de libertad a las necesidades específicas de las personas con discapacidad aunque estos pronunciamientos se han realizado tomando como parámetro no tanto el derecho a la libertad, sino el derecho a no ser sometido a tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴³. En todo caso esta jurisprudencia se maneja planteamientos muy cuestionables a la luz de la CDPD.⁴⁴

⁴⁰ Las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos* antes citadas señalan que los alienados o enfermos mentales deben ser recluidos en establecimientos especializados y no en prisiones y pretenden asegurar que reciben tratamiento psiquiátrico por parte de personal médico tanto durante como, en su caso, después de la finalización de la reclusión.

⁴¹ I. BIEL PORTERO, *De la sustitución al apoyo de las capacidades*, cit., pp.15 y 16.

⁴² T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, ya citado.

⁴³ Tal y como advierte en su análisis de esta jurisprudencia F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica ...*, cit., p. 227. Vid. como ejemplo *Hamilton v. Jamaica*, Comunicación Nro. 616/1995, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos el 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).

⁴⁴ En el análisis de si ciertas medidas coercitivas o tratamientos médicos administrados sin su consentimiento a las personas con discapacidad mental privadas de libertad constituyen un trato inhumano y degradante prohibido por el artículo 3 de la CEDH, el TEDH ha considerado que “en general, no puede ser catalogado como inhumano o degradante una medida dictada por razones de necesidad terapéutica”, (Vid. caso *Herczegfalvy v. Austria*, sentencia de 24 de septiembre de 1992); ha señalado que los malos tratos deben tener un nivel mínimo de gravedad para caer en el ámbito del artículo 3 cuya evaluación depende de las circunstancias del caso, la naturaleza y el contexto del tratamiento, el método y la forma de su ejecución, su duración, su impacto físico o mental, sus efectos y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima (Vid. casos *Kudl v. Poland*, sentencia de 26 de octubre de 2000 y *Poltoratski v. Ukraine* sentencia de 23 de abril de 2003) y ha entendido que el empleo de medios coercitivos del tipo de la alimentación forzosa, el aislamiento o incluso el empleo de esas medidas no fundamentan la apreciación de una vulneración del art. 3 CEDH (*Herczegfalvy v.*

A la hora de determinar el alcance de las implicaciones de las exigencias contenidas en el artículo 14 en las legislaciones nacionales resulta esencial tomar en consideración los pronunciamientos que ha realizado hasta el momento el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En todas sus *Observaciones Finales* sobre los informes iniciales presentados por los Estados parte⁴⁵ en cumplimiento del artículo 35 de la Convención, el Comité ha incluido consideraciones relativas al artículo 14 identificando en todos los países monitoreados regulaciones que permiten la privación de la libertad por razón de discapacidad, bien de modo directo o bien de forma indirecta y ha considerado que en ambos casos se vulnera el contenido de este precepto⁴⁶. En esta línea, el Comité ha abogado insistentemente por la abolición de la práctica de los internamientos forzosos o involuntarios. En su *Comentario General 1/2014 sobre el artículo 12 de la CDPD* ha señalado rotundamente que la “privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción

Austria). Tampoco en la reciente sentencia *DD. v. Lithuania* el TEDH, aunque de nuevo considera preocupante que la demandante fuese recluida en una sala de aislamiento, se le hubiese administrado forzosamente una dosis adicional de medicamentos y hubiese sido atado a una cama durante 15-30 minutos, se aprecia una vulneración del artículo 3 al entender que existe una necesidad médica que justifica la adopción de estas medidas. Pero es que, además, resulta sorprendente que tras la entrada en vigor de la CDPD el TEDH no se haya pronunciado sobre la admisibilidad del tratamiento médico al que las personas privadas de libertad fueron sometidas sin su consentimiento incluso en aquellos casos en los que consideró que tenían “de hecho” capacidad para pronunciarse sobre el internamiento. En *Shtukaturov v. Russia* el TEDH no entra a valorar si el tratamiento administrado supone una vulneración del art. 3 de la CEDH al considerar que no están suficientemente probados los hechos que se alegan, ni la administración del tratamiento en cuestión, ni sus efectos adversos. En *Stanev v. Serbia* sí se aprecia una vulneración del art. 3, pero basada en las condiciones deplorables del centro en el que se produce el internamiento y tampoco se analiza en detalle la cuestión del tratamiento médico. En *DD. v. Lithuania*, no se tiene en cuenta que no se informó a *DD.* de los efectos del tratamiento y que en ocasiones no consintió su administración.

⁴⁵ Pueden consultarse en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5

⁴⁶ En este sentido, el Comité ha afirmado que violan la prohibición de privación de la libertad por motivos de discapacidad aquellas legislaciones (como la sueca o la austriaca) que permiten que una persona sea internada o recluida en contra su voluntad en un centro médico o en una institución psiquiátrica “si presenta una discapacidad psicosocial y se considera que representa un peligro para sí misma o para los demás”; las normas que “atribuyen a la persona con discapacidad la posibilidad de generar daño para sí misma u otras personas o le atribuyen la necesidad de cuidado y tratamiento” (como ocurre en El Salvador) y las regulaciones que usan el internamiento como instrumento para mantener el orden público (como sucede en China).

de decisiones” es una práctica que “constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención”⁴⁷.

Además, en algunas de sus *Observaciones Finales* el Comité se ha pronunciado sobre el régimen de inimputabilidades y la regulación de las medidas de seguridad penal exigiendo el cumplimiento escrupuloso y en condiciones de igualdad de las garantías del debido proceso⁴⁸. Aunque en su *Comentario General sobre el artículo 12* antes citado el Comité no se pronuncia explícitamente sobre esta cuestión su Vicepresidente, si bien en una opinión particular, sí ha afirmado que “el régimen penal especial previsto para personas con discapacidad en la mayoría de los países del mundo, tiene que ser sometido a una profunda revisión a la luz de los estándares contenidos en la CDPD”⁴⁹.

Asimismo, en sus *Observaciones Finales* el Comité ha vinculado reiteradamente el artículo 14 con el artículo 15, relativo a la prohibición de la tortura y penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes aludiendo en ocasiones a las condiciones de reclusión y al sometimiento a tratamientos psiquiátricos especialmente agresivos⁵⁰ y con el artículo 19 abogando por promover la

⁴⁷ CRPD/C/GC/1, 11 de abril de 2014, disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en.

⁴⁸ En el caso de Argentina expresa su preocupación debido a que cuando “una persona con discapacidad psicosocial o intelectual es declarada inimputable en un proceso penal, no se aplica procedimiento alguno en el que se respeten las garantías del debido proceso y se le priva inmediatamente de la libertad sin que siquiera se acredite su vinculación con el hecho” y ha solicitado la adecuación de la legislación penal “para que la decisión sobre la imposición de medidas de seguridad a personas que son declaradas inimputables solo se tome una vez que se ha seguido un proceso en el que se respeten las garantías de defensa y asistencia letrada, incluidos los ajustes de procedimiento que puedan llegar a necesitarse para garantizar el ejercicio de los derechos”, CRPD/C/ARG/CO/1, 22 de octubre de 2012.

También en el caso de Costa Rica, en sus consideraciones en relación con el derecho de acceso a la justicia, el Comité recomienda al Estado que reforme su legislación penal, con el objeto de que “las sanciones aplicables a personas con discapacidad estén sujetas a las mismas garantías y tengan las mismas condiciones que cualquier otra persona sometida a un proceso, previendo en su caso la aplicación de ajustes razonables y de procedimiento”, CRPD/C/CRI/CO/1, 12 de mayo de 2014.

⁴⁹ Vid. su *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065*, cit., Como indica T. MINKOWITZ, *Why Mental Health Laws Contravene the CRPD*, cit., “la declaración de no culpable por razones de demencia también priva a los individuos de una determinación clara de la responsabilidad”, promueve “la segregación y marginación” y se traduce en la “detención indefinida en instituciones psiquiátricas, “en las condiciones más duras” y con una duración “extremadamente larga” por lo que viola tanto el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad como su derecho a la libertad.

⁵⁰ Por ejemplo se refiere en el caso de Austria a la utilización de “camas red” y otros medios de “restricción física” en instituciones psiquiátricas (CRPD/C/AUT/CO/1, 30 de

desinstitucionalización de las personas con discapacidad mediante la puesta en marcha de servicios y programas que permitan su inclusión en la comunidad. Finalmente, el Comité ha mostrado su preocupación por las malas condiciones de vida de las personas con discapacidad en determinados lugares de privación de libertad⁵¹. En este punto adquiere también relevancia el *Dictamen del Comité de 18 de junio de 2014*, en relación con la comunicación individual n° 8/2012 presentada contra el Estado argentino⁵², en el que se analiza el alcance de las obligaciones de accesibilidad y de realización de ajustes razonables en relación con una persona con movilidad reducida privada de libertad⁵³.

septiembre de 2013); en el caso de Suecia al empleo de terapia electroconvulsiva (CRPD/C/SWE/CO/1, 12 de mayo de 2014) y en el de China al recurso a la terapia correctiva, (CRPD/C/CHN/CO/1/Corr.1, 14 de noviembre de 2012). En otras Observaciones (como en el caso de España, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011) alude genéricamente, a la necesidad de que todas las intervenciones en materia de salud mental se basen en el consentimiento de la persona o muestra su preocupación general porque se administren tratamientos médicos no consentidos (como sucede en el caso de Costa Rica CRPD/C/CRI/CO/1 12 de mayo de 2014 y El Salvador CRPD/C/SLV/CO/1, 13 de septiembre de 2013). Importa recalcar que en las *Observaciones Finales* sobre Azerbayán, las más recientes en el momento de la redacción de este trabajo, el Comité aborda conjuntamente el análisis de los artículos 14 y 15, (CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014).

⁵¹ Por ejemplo, en las Observaciones sobre Azerbayán, (CRPD/C/AZE/CO/1, 12 de mayo de 2014). En el caso de Hungría el Comité valora positivamente la realización de ajustes razonables para las personas con discapacidad privadas de libertad (CRPD/C/HUN/CO/1, 22 de octubre de 2012).

⁵² CRPD/C/11/D/8/2012.

⁵³ A juicio del Comité “los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, incluyendo la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, entre otras, asegurando su acceso, en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal”. En este caso considera el Comité “que el Estado parte no ha probado fehacientemente que las medidas de ajuste tomadas en el complejo penitenciario sean suficientes para garantizar el acceso del autor al cuarto de baño y ducha, al patio y al servicio de enfermería, de la manera más independiente posible” y observa “que el Estado no ha alegado la existencia de obstáculos que le impidan tomar todas las medidas necesarias para facilitar la movilidad del autor en su entorno y tampoco ha desvirtuado las alegaciones del autor sobre la persistencia de barreras arquitectónicas” por lo que considera que “en ausencia de suficientes explicaciones, el Estado parte ha incumplido sus obligaciones en relación con el artículo 9, párrafo 1, apartados a) y b) y el artículo 14, párrafo 2 de la Convención”.

Analizado de un modo básico el significado del artículo 14 y expuestas con carácter general sus principales implicaciones en los ordenamientos jurídicos internos se tratará de determinar en concreto las adaptaciones normativas que es preciso realizar en el sistema español para cumplir con sus exigencias.

3. LA REGULACIÓN LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y SU REVISIÓN A LA LUZ DE LA CDPD

El derecho a la libertad y a la seguridad personal se recoge en el artículo 17 de la Constitución Española (CE) cuyo apartado 1 dispone: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*”⁵⁴. Si bien este genérico reconocimiento incluye obviamente a las personas con discapacidad⁵⁵, al igual que sucede en otros muchos sistemas jurídicos, la propia legislación española prevé “*casos*” y “*formas*” de privación de libertad que implican el establecimiento de un régimen especial para las personas con discapacidad, singularmente personas con discapacidad psicosocial e intelectual tanto en el ámbito civil (a través de la figura del internamiento involuntario) como en el ámbito penal (a través del sistema de medidas de seguridad). A mi modo de ver, este régimen diferenciado vulnera las exigencias recogidas en el artículo 14 de la CDPD y, con ello, el artículo 17 CE en tanto, como es sabido, los derechos fundamentales reconocidos en nuestra norma constitucional deben interpretarse, en virtud del artículo 10.2, de conformidad con los Tratados Internacionales sobre esta materia ratificados por España⁵⁶. En todo caso, también el artículo 25 de la CE –que se conecta claramente con el artículo 14 al

⁵⁴ El TC en repetida doctrina desde los inicios de su actividad considera que el significado del valor constitucional de libertad que protege el artículo 17 se refiere a la libertad personal entendida como seguridad personal, esto es, con sus propias palabras: “El derecho que consagra el art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro” (por todas STC 126/1987).

⁵⁵ Importa precisar que este reconocimiento obligó a una reforma sustancial de la legislación preconstitucional en materia de tratamiento jurídico de las personas con discapacidad mental e intelectual. En el plano doctrinal suele señalarse que el primer intento serio de abordar la problemática jurídica de las personas con enfermedad mental en España es la obra de R. BERCOVITZ, *La marginación de locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

⁵⁶ Vid. en este sentido P. CUENCA GÓMEZ, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*, cit., en especial Capítulo 2.

recoger el principio de legalidad penal, establecer la reeducación y reinserción social como finalidad de las penas y medidas de seguridad y señalar que las personas privadas de libertad gozarán de todos sus derechos fundamentales a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio- estaría en cuestión.

Pues bien, al menos en lo que atañe a las medidas de seguridad penal, la regulación española no cumple estrictamente el principio de legalidad ni reconoce suficientes garantías desde la óptica del debido proceso por lo que se enfrenta a la primera de las perspectivas recogidas en el artículo 14.1 de la CDPD. Claramente nuestra normativa civil y penal vulnera, además, la segunda y tercera de sus perspectivas al contemplar la discapacidad como una causa que justifica la privación de la libertad y no respetar la exigencia de igual tratamiento. En este sentido, la legislación española establece arbitraria e injustificadamente unas condiciones particulares para la privación de la libertad de ciertas personas por razón de su discapacidad, condiciones que resultan perjudiciales en relación con el tratamiento general que reciben el resto de los ciudadanos. Una vez que, en virtud de este régimen especial o de acuerdo con el régimen general, las personas con discapacidad son privadas de su libertad la normativa española tampoco garantiza su adecuado tratamiento de conformidad con los objetivos y principios contemplados en la CDPD tal y como exige el artículo 14.2, ni se garantiza que puedan ejercer los derechos que no se ven afectados por su situación de reclusión.

En la regulación de la privación de libertad de las personas con discapacidad el sistema español se enfrenta, asimismo, con todo el entramado filosófico y normativo del artículo 14 CDPD en tanto se inspira claramente en el modelo médico y la perspectiva asistencialista, avala su discriminación por motivos de discapacidad, maneja una visión de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial basada en prejuicios y estereotipos contemplándolas como personas vulnerables necesitadas de especial protección o como individuos potencialmente peligrosos, permite su sustitución por un tercero en la toma de decisiones, no contiene medidas orientadas a asegurar la participación efectiva de las personas con discapacidad en los procesos judiciales en los que se decide sobre la privación de su libertad, no garantiza el diseño y funcionamiento de los centros de internamiento y reclusión de acuerdo con las exigencias de accesibilidad, realización de ajustes y provisión de apoyos para el ejercicio de los derechos, no asegura que los tratamientos médicos a los que son sometidas las personas con discapacidad privadas de libertad se

realicen sobre la base de su consentimiento libre e informado y no dispone de los recursos sociosanitarios para hacer realidad el derecho a la vida independiente y a ser incluido en la comunidad capaces de evitar situaciones de desatención que aboquen a las personas con discapacidad a la institucionalización forzosa o al sistema penitenciario.

Tras estas reflexiones generales, se analizará con algún detalle la regulación española del internamiento no voluntario y de las medidas de seguridad en aras de poner de relieve su incompatibilidad con la CDPD y realizar algunas propuestas para su revisión.

1.1. El internamiento no voluntario

En el sistema jurídico español la figura del internamiento no voluntario se regula en la actualidad en el artículo 763 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC)⁵⁷ cuya redacción es fruto de las sucesivas reformas que tras la aprobación de la CE se han sucedido para adaptar nuestra legislación a los estándares internacionales⁵⁸.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 132/2010 de 2 de diciembre ha considerado “formalmente” inconstitucional este artículo –o para ser más precisos su inciso 1– pues, a pesar de implicar una limitación del derecho fundamental a la libertad personal, no ostenta rango de ley orgánica sino de ley ordinaria. En todo caso el TC –apelando a la necesidad de evitar un “vacío normativo” – no ha procedido a declarar la nulidad de este precepto⁵⁹

⁵⁷ *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

⁵⁸ La *Ley 13/1983, de 24 de octubre* procedió a la reforma del *Código civil* regulando el internamiento involuntario del “presunto incapaz” en el artículo 211 que, frente a la regulación anterior contenida en el *Real Decreto de 3 de julio de 1931 sobre asistencia de enfermos psiquiátricos*, estableció el preceptivo control judicial del internamiento. Esta regulación fue reformada por la *Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero* para introducir la alusión al internamiento de los menores de edad, reforma que se aprovechó para sustituir la referencia al presunto incapaz – que generaba importantes confusiones con la figura de la incapacitación – por la alusión al trastorno psíquico. A pesar de que este precepto fue declarado constitucional en la STC 129/1999, se criticó desde el inicio su parquedad y se advirtieron deficiencias y lagunas (ver, además de importantes opiniones doctrinales la posición del Defensor del Pueblo en su *Informe sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España, Madrid, 1991*) lo que finalmente dio lugar a su derogación y a la regulación más detallada y garantista del internamiento involuntario en el artículo 763 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.*

⁵⁹ Alega el Tribunal en la sentencia antes citada que estamos “en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo 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”. La

y tampoco ha entrado en el análisis de fondo de su compatibilidad con la regulación contenida en la CDPD.

El artículo 763⁶⁰ permite el internamiento *involuntario* (esto es, en contra de la voluntad, o sin que concurra la voluntad de la persona afectada)⁶¹ *por razón de trastorno psíquico* (referencia que se ha señalado suscita bastantes

necesidad de establecer esta regulación por Ley Orgánica se ha reiterado en la STC 141/2012 de 2 de julio.

⁶⁰ El tenor literal de este precepto es el siguiente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶¹ M.J. SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 44.

dudas⁶² que se proyectan, como enseguida se comprobará, en la delimitación de su ámbito de aplicación) de una persona *que no esté en condiciones de decidirlo por sí* (lo que se identifica con la ausencia de capacidad para otorgar su consentimiento⁶³ y justifica su sustitución por un tercero, en este caso por un juez⁶⁴ que basa su criterio en un dictamen médico⁶⁵, sin que se provean los apoyos necesarios que potencien la posibilidad de que decida por sí misma la propia persona).

Desde un punto de vista material es común señalar que la regulación española del internamiento no voluntario se aparta de los criterios tradicionales seguidos en las legislaciones europeas en tanto no se hace referencia al factor “riesgo” o a la “peligrosidad” para la propia persona o para terceros⁶⁶ y tampoco a su falta de capacidad para cuidar de sí misma, lo que, en todo caso, no impide que *de facto* tras la mayor parte de los ingresos subyazcan estos criterios⁶⁷. En relación con lo anterior, conviene advertir que la redacción genérica del supuesto de hecho del internamiento involuntario ha suscitado un importante debate doctrinal y jurisprudencial⁶⁸ entre quienes lo interpretan en un sentido estricto limitado al ingreso de personas con discapacidad psicosocial en centros psiquiátricos con finalidades exclusivamente terapéuticas⁶⁹ y quienes abogan por una comprensión más amplia que abarcaría

⁶² C. ESPEJEL JORQUERA, “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C.”, *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol. 4, 2004, pp. 47-62, p. 51.

⁶³ R. RAMÍREZ RUIZ, “Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso. El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000”, X Jornadas Aequitas: Derecho y situaciones de discapacidad, Bilbao 22-24 de febrero de 2006, pp. 11 y 12.

⁶⁴ Se ha señalado que el papel del juez en los internamientos es, precisamente, integrar la prestación de este consentimiento por quien no puede decidir por sí, es decir, sustituir a las personas que presentan un “trastorno psíquico” en la prestación del consentimiento para su internamiento.

⁶⁵ La indicación médica se considera imprescindible para la autorización del internamiento. De hecho, gran parte de la doctrina entiende que el internamiento es un problema médico y sostiene que el criterio que debe seguirse es el del especialista considerando la intervención judicial como una garantía de derechos, C. ESPEJEL JORQUERA, “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 L.E.C.”, cit., p. 57.

⁶⁶ C. E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos La cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, CERMI, Madrid, 2007, pp. 181 y 182 y L.F. BARRIOS FLORES, “El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio”, *Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, num. 32, vol. 116, 2012, pp. 829-847, p. 831.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Que provoca que exista una importante disparidad de criterios y soluciones y genera una gran inseguridad jurídica.

⁶⁹ Así, por todas, la Audiencia Provincial de Barcelona en sus autos de 10 de febrero de 1998 y 5 de febrero de 1999 entiende que el internamiento no voluntario tan sólo engloba el ingreso

cualquier ingreso que implique una restricción de la libertad deambulatoria de toda persona que por sus “condiciones psíquicas” no puede prestar su consentimiento tanto en centros de naturaleza sanitaria o de salud mental como en centros de atención residencial y ya tenga un fin prioritariamente terapéutico o asistencial. Ello implica extender a estas situaciones el control judicial y las garantías previstas en el artículo 763⁷⁰. Asimismo, importa señalar que aunque el criterio del peligro para terceros es en la práctica empleado en ocasiones como justificación del internamiento gran parte de la doctrina señala que, si bien el internamiento puede orientarse a evitar perjuicios a terceros⁷¹, en nuestro sistema no tienen cabida el internamiento con el solo objetivo de apartar a una persona de la sociedad (con fines únicamente preventivos o de mera custodia o vigilancia) considerándose preciso que la medida –a través de la intervención terapéutica o asistencial– redunde siempre en beneficio del afectado⁷².

de una persona con “enfermedad mental” en un “centro psiquiátrico” con el objetivo de lograr “su curación o atenuación del rigor de su enfermedad, así como evitar cause daños a sí mismo o a terceros”. Desde esta visión, se sostiene que el ingreso de ancianos en centros geriátricos sin contar con su consentimiento no debe estar sujeto a control judicial y no supone privación de la libertad

⁷⁰ Desde esta interpretación el “trastorno psíquico” englobaría un gran espectro de discapacidades de carácter mental, intelectual, deterioros cognitivos asociados a la edad o discapacidades de naturaleza física que supusieran una afectación a las condiciones psíquicas, como sucede con los traumatismos. Vid. una síntesis de los argumentos a favor de esta posición en C. GANZENMULLER “El internamiento no voluntario” en J. LAORDEN, (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, Aspectos jurídicos, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 365-395, pp. 377 y ss. Esta posición ha sido asumida por algunas Comunidades Autónomas en la regulación de los ingresos residenciales. Además, en el *Informe del Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia de 11/11/2005* –emitido al hilo de la discusión acerca de la regulación de los tratamientos ambulatorios involuntarios, a la que luego me referiré– se recomienda “que el régimen de garantías que actualmente contempla el artículo 763 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* y el que en el futuro pueda contemplar ese artículo, se haga extensivo de manera expresa a todas aquellas personas que padezcan enfermedades psíquicas de carácter crónico, degenerativo o de otro tipo que les impida gobernarse por sí mismas, garantizándose en todo caso la voluntad de la persona afectada a la hora de prestar su consentimiento cuando tenga capacidad para ello y se pretenda su internamiento en un centro en el que se limitará su libertad”. Asimismo es la opinión compartida por la Fiscalía General del Estado expresada ya en la *Instrucción 3/90 de 7 de mayo* y en la *Consulta 2/93 de 15 de junio* en relación con el artículo 211.

⁷¹ Asimismo se ha indicado que este patrón no puede asociarse a un pronóstico impreciso de actos futuros sino que se refiere a casos inminentes en los que viene a coincidir con un diagnóstico agudo de la “enfermedad”, por lo que entraría dentro de la indicación terapéutica, C. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., p. 183.

⁷² R. RAMÍREZ RUIZ, “Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso”, cit., pp. 14 y 15. Así se ha señalado que la legislación postconstitucional dejaría atrás completamente la legislación preconstitucional de “peligrosidad social”. En todo caso, parece

Desde un punto de vista formal, ciertamente, la legislación española es más garantista que otras legislaciones domésticas en tanto requiere siempre autorización judicial (y no simplemente administrativa, previa en el caso de los internamientos ordinarios o a posteriori en los de urgencia); incluso cuando la persona tiene modificada su capacidad de obrar (sin que el consentimiento del tutor permita considerar el internamiento como voluntario) y contiene diversas previsiones que tratan de asegurar el cumplimiento de las exigencias del debido proceso (entre ellas, la participación del Ministerio Fiscal, el obligado examen y audiencia del interesado y la emisión del dictamen de un facultativo, la posible audiencia de otras personas que el juez estime conveniente o le sea solicitada por la persona afectada, la posibilidad de que la persona cuente con representación y defensa, la disposición de un recurso para cuestionar la decisión y el establecimiento de controles periódicos a través de la remisión a la autoridad judicial, al menos cada seis meses, de informes realizados por los facultativos que atienden a la persona que deben pronunciarse sobre la necesidad del mantenimiento de la medida).

Por otro lado –y puesto que el internamiento involuntario es una forma civil de privación de libertad y, por tanto, una restricción de un derecho fundamental– en su adopción resulta de aplicación la doctrina consolidada del TC en relación con la limitación de los derechos fundamentales que requiere el recurso a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad⁷³ que exigen que tal limitación tenga una justificación objetiva y razonable, y, por ende, que persiga una finalidad legítima; que resulte apropiada para conseguir ese fin que se pretende; que sea la menos gravosa de las disponibles implicando la menor afectación posible al derecho objeto de limitación y que no sea desproporcionada. Expresamente ha señalado el TC que, en tanto el artículo 763 establece una medida que implica una privación de un derecho tan importante como la libertad personal, es exigible una motivación expresa y reforzada de la concurrencia de estos elementos⁷⁴.

Así, de acuerdo con este marco normativo, el internamiento involuntario debería configurarse como una medida extraordinaria y excepcional orientada a responder a situaciones graves y urgentes en las que resulten in-

dudoso que esta afirmación pueda mantenerse en relación con la regulación penal de las medidas de seguridad, como luego se verá.

⁷³ Vid. por todas STC 141/2012 de 2 de julio.

⁷⁴ En este sentido se ha indicado que los informes forenses –elemento central en el los que los jueces fundamentan su decisión– deben incluir una concreta argumentación acerca de la necesidad y proporcionalidad de la medida y no responder a fórmulas estereotipadas, STC 141/2012 de 2 de julio.

suficientes otros mecanismos de protección alternativos menos restrictivos⁷⁵. Y en su adopción y desarrollo deberían aplicarse rigurosamente las exigencias contempladas en el artículo 763.

Ahora bien, no es menos cierto que en la práctica se ha procedido a un uso cada vez más extendido de la figura del internamiento involuntario, basada en la consideración de que la intervención judicial que la aplicación del artículo 763 asegura implica una garantía adicional en ingresos de carácter prioritariamente asistencial y fomentada por la inexistencia de recursos alternativos y por la ausencia de mecanismos de apoyo que permitan a las personas con “trastornos psíquicos” tomar sus propias decisiones en relación con su ingreso en instituciones médicas o centros residenciales. Así, como han denunciado diversos operadores entre ellos el CERMI, el internamiento involuntario se ha convertido en una medida ordinaria de atención a las personas con discapacidad⁷⁶. Esta circunstancia – debido en parte a la carga de trabajo de los operadores implicados pero también a una actitud benevolente en relación con su adopción que se justifica en el bienestar del afectado– ha redundado en una actividad judicial en muchos casos mecánica o rutinaria⁷⁷ en la que se ha optado por una interpretación lo menos exigente posible de los requisitos recogidos en el artículo 763⁷⁸. Por otro lado, el fenómeno de la puerta giratoria y de la puerta de tránsito al sistema penal –debido a los incidentes que pueden tener lugar durante la ejecución forzosa de un internamiento para cuya realización no existen protocolos adecuados– revelan la ineficacia de esta medida en la mayoría de los casos.

La indeterminación del ámbito del precepto, sus déficits y las disfunciones detectadas en su aplicación⁷⁹ así como el debate acerca de la necesidad de regular los tratamientos médicos involuntarios de carácter ambulatorio han

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Derechos Humanos y Discapacidad*, Informe España, 2010.

⁷⁷ Real Patronato sobre Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, disponible en www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm

⁷⁸ Así, por ejemplo, salvo en supuestos absolutamente excepcionales, los expedientes de ingreso se tramitan sin que la persona ingresada disponga de representación y defensa; el control periódico se realiza en los plazos máximos indicados; o no se suele escuchar a las personas del entorno en especial en los internamientos urgentes.

⁷⁹ Existiendo casos en los que los internamientos se han prolongado por más tiempo del necesario al limitarse el control judicial a la recepción de informes de los facultativos del centro que en muchos casos son reiterativos y estereotipados lo que resulta especialmente peligroso cuando puede existir un interés en que se prolongue el internamiento y concurrir situaciones en las que los centros de internamiento no son adecuados para el tratamiento de la persona etc.

dato lugar a diversas propuestas para mejorar la regulación contenida en el artículo 763⁸⁰. Además, tras la entrada en vigor de la CDPD se han realizado propuestas de modificación orientadas a la interpretación de este precepto de conformidad con sus exigencias⁸¹ y a su actualización y reubicación⁸².

⁸⁰ Ciertamente, en el año 2004 el Grupo Parlamentario de Convergencia y Unió, a instancias de la Confederación española de Asociaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mentales (F.E.A.F.E.S.), planteó una iniciativa –que finalmente no fructificó al retirarse el proyecto de ley en el que finalmente se incluyó– para modificar el artículo 763 incluyendo un nuevo apartado 5 con el objetivo de incorporar la regulación de estos tratamientos que dio lugar a una amplia discusión que trascendió la sede parlamentaria y en la que se plantearon otras reformas en la regulación del internamiento no voluntario. Entre las propuestas realizadas destacan las del Defensor del Pueblo que –en su Informe al Ministerio de Justicia de 11/11/2005 ya citado– se decantó por considerar innecesaria esta regulación, pero recomendó modificar el artículo 763 para extender expresamente su ámbito de aplicación a los ingresos en centros residenciales; contemplar “la necesidad de contar con la autorización o comunicación judicial pertinente cuando el proceso sanitario aconseje la adopción de medidas de contención mecánica u otras restrictivas de la libertad individual o de otros derechos fundamentales” e “introducir el control judicial en aquellos casos que se apliquen tratamientos especialmente invasivos, especialmente cuando no sea coincidente el criterio médico y el de la persona que presta el consentimiento en representación del enfermo que no está en condiciones de decidir por sí mismo”. Recomendaciones similares se habían realizado en su informe de 2004 *La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales: Carencias actuales* y en su informe de 1991 (ya citado y relativo al entonces vigente artículo 211 del Código civil) *La situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*.

⁸¹ Así, desde el Ministerio Fiscal se propone para la adecuación del artículo 763 a la CDPD, tener en cuenta, entre otras consideraciones: el abandono de la denominación internamiento con una clara connotación sancionadora por el término ingreso, el control riguroso de la concurrencia de los requisitos exigidos para la realización de este tipo de ingresos, la intervención de juzgados especializados, la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad y administraciones implicadas en la defensa de sus derechos, la obligatoriedad de la asistencia jurídica y su gratuidad, extremar el control del contenido y los plazos del control periódico de la ejecución de los ingresos que debe contemplar la audiencia de la persona ingresada y la emisión de informes por peritos independientes de los facultativos del centro, el establecimiento de pautas para el desarrollo de actividades de inspección por parte de la Fiscalía que deben incorporar medidas para asegurar la protección de la integridad patrimonial, la adopción de medidas cautelares para la protección de los derechos de la persona afectada etc. Vid. *Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad*, Cuadernos prácticos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, Fundación Aequitas, disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorDocEspecialista.

⁸² Por su parte, la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), Grupo de Ética y Legislación, en su “Propuesta de Regulación de los Ingresos Involuntarios. A propósito de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 763-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en

Pues bien, a mi modo de ver, la implementación de la CDPD requiere la derogación del internamiento involuntario regulado en el artículo 763⁸³. Así se desprende de la *Observación General* del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad antes citada, pero, además, en concreto de sus *Observaciones finales* sobre el informe inicial presentado por el Estado español⁸⁴. Ciertamente, la regulación española del internamiento no voluntario resulta incompatible con el artículo 14.1 de la CDPD, en conexión con los artículos 12 y 13 de la CDPD, en tanto se concibe expresamente como una forma especial de privación de libertad directamente fundamentada en la discapacidad o deficiencia que supone la sustitución de la persona en la toma de decisiones a través de un procedimiento –que si bien está fijado en

virtud de sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2010 de 2 de diciembre” (*Rev. Asoc. Esp. Neuropsiq.*, núm. 32 (114), 2012, pp. 429-434) aboga por regular los ingresos involuntarios en la *Ley de Autonomía del paciente*, por ampliar la legitimidad para la solicitud el ingreso; por exigir al facultativo que se pronuncie expresamente sobre la capacidad de la persona para decidir por sí sobre el ingreso, las alternativas al ingreso y otras circunstancias concurrentes, lo que incluiría la existencia de apoyo social o familiar; por garantizar la representación y defensa obligatorias; por establecer medidas de protección; por aludir expresamente al disfrute de los derechos fundamentales por parte de las personas internadas; por la introducción de salvaguardas y control judicial de las medidas especialmente restrictivas de derechos, como la aplicación de medios de contención, entre otras modificaciones.

⁸³ En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el Real Patronato de Discapacidad, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, disponible en www.notariosyregistradores.com/.../2013-reforma-aequitas.htm; el CERMI en sus informes *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2010, 2011 y 2012* y el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en sus informes *Capacidad jurídica y discapacidad, Consolider-Ingenio 2010*, núm. 23, 2012 y *Capacidad jurídica e internamiento involuntario* recogido como anexo en el Informe CERMI *Derechos Humanos y Discapacidad*, 2013.

⁸⁴ El Comité “toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial (“enfermedad mental”), en establecimientos especiales. 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” y “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 interesado”.

la ley y contempla algunas garantías- no asegura la efectiva participación de la persona afectada. Y, además, su aplicación práctica se enfrenta con el artículo 14.2 de la CDPD, en conexión con sus artículos 15 y 25 CE, al no adoptarse las salvaguardas necesarias para que la autorización del internamiento no se convierta en un cheque en blanco que permita la restricción de los derechos de la persona internada que no se ven afectados de forma inherente por la medida, en especial del derecho a no recibir tratamientos médicos sin su consentimiento libre e informado⁸⁵.

En todo caso, importa aclarar que la CDPD no impide cualquier regulación de los ingresos no voluntarios que podrían considerarse justificados en algunas situaciones. Lo que exige es que los supuestos de hecho de estos ingresos no se basen en condiciones personales vinculadas o evaluadas directa o indirectamente sobre la base de la existencia de una discapacidad, sino en situaciones de necesidad objetiva –terapéutica o asistencial– definidas de un modo neutral en relación con la discapacidad y las deficiencias. En esta línea la regulación de estos ingresos debería reconducirse a la legislación general aplicable a las personas con y sin discapacidad que resulte pertinente en función de cada situación y abordarse de acuerdo con los principios propios de cada ámbito normativo interpretados, además, de conformidad con las exigencias de la CDPD⁸⁶.

Como señala el Real Patronato sobre Discapacidad la actual legislación sanitaria ofrecería un marco adecuado para abordar de manera normalizada y de acuerdo con el principio básico de respeto a la autonomía del paciente los ingresos sin consentimiento (al igual que otros tratamientos hospitalarios y domiciliarios) por razones de protección de la salud pública o personal (incluida la protección de la salud mental)⁸⁷. En todo caso, la adaptación de

⁸⁵ Según algunos expertos la aplicación tratamientos médicos y medidas agresivas, como el uso de medios de contención, deberían contar con autorización judicial expresa, pero el tenor del artículo 763 no garantiza que la misma se solicite y de hecho en la práctica no es lo común. Vid. R. RAMÍREZ, "Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso, cit., pp. 19 y ss. siguiendo a M. AZNAR LÓPEZ.

⁸⁶ De nuevo esta la posición defendida por el Real Patronato de Discapacidad, el CERMI y el Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" en los informes antes citados.

⁸⁷ En este sentido conviene tener presente, como advierte entre otros O. GONZÁLEZ ÁLVAREZ "El tratamiento ambulatorio involuntario de los enfermos mentales. El trasfondo de un prolongado debate" *Portularia* vol. vi, núm. 1-2006, pp. 121-130, que la *Ley 3/1986 General de Sanidad de 25 de abril* estableció el principio general de plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y la equiparación del en-

esta legislación a la Convención, exigiría la revisión de algunas previsiones, entre ellas, las relativas al consentimiento por representación que deberían ser sustituidas por la regulación del consentimiento con apoyos. Asimismo, podría optarse por la aprobación de una Ley general de intervenciones médicas no consentidas que regulase con detalle todas las situaciones, aplicable a las personas con y sin discapacidad⁸⁸.

Por su parte, la regulación del supuesto en el que podría considerarse justificada la institucionalización involuntaria de una persona debido a una necesidad de atención y cuidado debería acometerse en la legislación asistencial ahora en sintonía con el principio básico de promoción de la autonomía personal⁸⁹. También esta legislación tendría que ser revisada para su adaptación a la CDPD, entre otras cosas, con el objetivo de garantizar, de nuevo, los apoyos pertinentes a la hora de decidir sobre la adopción de un ingreso residencial.

En ambos supuestos el ingreso no voluntario debería configurarse como una práctica absolutamente excepcional por varias razones. En primer lugar, porque se trataría de una medida de urgencia médica o asistencial orientada a evitar un daño grave e inminente y que –salvo en casos de protección de la salud pública– sólo podría adoptarse cuando la persona afectada esté en una situación que le impida expresar o conformar su voluntad por sí misma por cualquier medio. A la hora de valorar la concurrencia de esta situación, como ya se ha subrayado, las personas con discapacidad deberían contar con todos los apoyos y ajustes razonables necesarios para poder tomar sus propias decisiones. En segundo lugar, porque deberían implementarse medidas alternativas –dispositivos y recursos sanitarios y asistenciales suficientes y

fermo mental a las demás personas consagrando el derecho a la información en favor del enfermo mental así como el reconocimiento de su consentimiento como requisito previo para cualquier intervención médica, estableciéndose como una de las excepciones la falta de conciencia del enfermo y que el artículo 9 de la *Ley 41/2002 de 14 de noviembre de Autonomía del Paciente*, enumera los supuestos en que se pueden llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud de los paciente sin contar con su consentimiento.

⁸⁸ Idem, p. 126 recogiendo la opinión de F. SANTOS URBANEJA.

⁸⁹ En este ámbito la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* establece, en su artículo 4 destinado a la regulación de los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia, un apartado segundo que recoge el derecho de las personas en situación de dependencia “g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”.

de calidad- que permitieran a las personas que se encuentren en estas situaciones de necesidad terapéutica o asistencial, incluidas las personas con discapacidad, continuar viviendo en la comunidad de conformidad con el artículo 19 de la CDPD. En todo caso, la adopción de un ingreso involuntario - como último recurso - debería rodearse en todas las situaciones (sean, o no, de discapacidad) de las garantías adecuadas lo que implicaría incorporar y robustecer, en la línea de las propuestas antes citadas, algunas de las previsiones ahora incluidas en el artículo 763 y asegurar la participación plena y efectiva de la persona afectada en los procedimientos aplicables⁹⁰.

Finalmente interesa señalar que de considerarse admisible un internamiento no voluntario con fines únicamente preventivos fundamentado en el peligro genérico para terceros o la agresividad social resultaría discriminatorio trazar una distinción entre las personas en función de sus condiciones psíquicas⁹¹. En todo caso, la sede adecuada para llevar a cabo esta regulación sería la legislación penal, lo que supondría la operatividad de los vigorosos principios y garantías propios de este ámbito normativo⁹². En este punto cobra relevancia el impacto de la CDPD en la figura de la inimputabilidad y en el sistema penal de medidas de seguridad. De esta cuestión, situada también en la órbita de influencia del artículo 14, me ocuparé en el siguiente apartado.

1.2. El sistema penal de medidas de seguridad

La regulación de las causas de inimputabilidad en el artículo 20 del *Código penal*⁹³ incluye algunos supuestos que afectan directamente a las personas con discapacidad psicosocial e intelectual al considerar exento de responsabilidad criminal, a quien "*a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión*" o a quien "*por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infan-*

⁹⁰ Es posible que, como se han señalado algunos expertos, la regulación de las garantías procesales deba realizarse en una norma procesal pero, en todo caso, esta norma no establecería un procedimiento especial aplicable solo a las personas con discapacidad, como sucede en la actualidad. Podría discutirse, además, si dada la naturaleza de la normativa donde se regularían los aspectos materiales de los ingresos esta norma debería ser no procesal civil, sino procesal administrativa. Y si deberían existir algunas especialidades en función de que el ingreso fuese terapéutico o asistencial.

⁹¹ R. RAMÍREZ RUIZ, "Internamiento involuntario y tratamiento ambulatorio forzoso", cit., p. 14 y F. BARIFFI, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica*, cit., p.429.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

cia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". A mi juicio, esta regulación debería modificarse para definir en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias las situaciones en las que una persona no puede comprender la ilicitud de sus actos y actuar en consecuencia⁹⁴.

La legislación penal vigente, que también ha sufrido relevantes modificaciones para su adaptación a las exigencias constitucionales y los estándares internacionales, siguiendo el denominado sistema vicarial o monista⁹⁵ reserva las medidas de seguridad⁹⁶ para aquellas personas declaradas inimputables mientras que las penas resultan aplicables a los infractores considerados imputables. Entre estas medidas se incluyen medidas privativas de libertad específicamente diseñadas para las personas con discapacidad psicosocial o intelectual, como el internamiento en centro educativo especial o en centro psiquiátrico⁹⁷.

Frente a la anterior regulación⁹⁸, el *Código Penal* de 1995⁹⁹ convierte la adopción de las medidas de seguridad en facultativa (limitándola a aque-

⁹⁴ Informe del IDHBC, *Capacidad jurídica y discapacidad*, ya citado.

⁹⁵ Que supone la articulación de un sistema dual de respuesta frente a las conductas criminales, penas para las personas imputables y medidas de seguridad para las declaradas inimputables.

⁹⁶ Sobre la instauración y evolución del sistema penal de medidas de seguridad, Vid. C.E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., pp. 199 y ss.

⁹⁷ En el Capítulo VII del Título VII del *Reglamento penitenciario* se regula el *Internamiento en un Establecimiento o en Unidades psiquiátricas penitenciarias*, que son las dos modalidades de cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario que se puede imponer no sólo a quienes son declarados inimputables sino también a penados que puedan encontrarse en una situación en la que no puedan comprender el sentido de la pena debido a una "enfermedad mental sobrevenida" (Vid. artículo 84 *Reglamento Penitenciario* y artículo 60 del *Código Penal*).

⁹⁸ Que establecía la obligatoriedad de la adopción de medidas de seguridad, no imponía límites máximos en relación con su duración ni exigía su revisión periódica lo que propició en la práctica la permanencia en régimen de internamiento de personas declaradas exentas de responsabilidad penal por periodos muy dilatados, incluso cuando habían cometido simples faltas, Vid. entre otros GIMÉNEZ GARCIA, J, "Los internamientos psiquiátricos en el orden penal. Medidas de seguridad acordadas en sentencia", *Actualidad Penal*, num. 2, vol. 11, 1993. Esta situación fue denunciada por la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) en diversos documentos y por el Defensor del Pueblo en su informe de 1991 *Sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, ya citado. Sin embargo, el TC señaló que la indeterminación de la duración de la medida era conforme con su esencia y finalidad que identificó con la prevención y curación del sometido a la misma (STC de 21 enero 1993 y ATC de 14 marzo 1994).

⁹⁹ Vid. sobre esta regulación M^a V. SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

llos personas declaradas inimputables que han cometido el hecho tipificado como delito cuando “*de tal hecho y de las circunstancias personales*” del sujeto se pueda deducir un “*pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos*”); introduce el criterio de proporcionalidad en relación con la gravedad del delito cometido (de manera que sólo podrán adoptarse una medida de seguridad que conlleve privación de la libertad, cuando el delito contemple, asimismo, una pena privativa de libertad y nunca por un tiempo que exceda la duración de dicha pena¹⁰⁰) y determina los requisitos de revisión de la ejecución de las medidas (que el caso de las privativas de libertad tendrá carácter anual y puede comportar su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión).

A pesar de estas mejoras, la regulación actual adolece de importantes déficits entre los que cabe destacar: 1) la parquedad del marco normativo de regulación, que genera inseguridad jurídica, improvisación e ineficacia¹⁰¹ 2) la relación que en su aplicación práctica se establece entre la *anomalía psíquica* o *trastorno mental* (y su gravedad) y la valoración de la peligrosidad y la desconsideración de los factores sociales a la hora de evaluar la necesidad de la adopción de medidas de seguridad y determinar su naturaleza¹⁰² 3) el excesivo recurso a medidas privativas de libertad -ante la escasez de recursos apropiados alternativos en medio abierto- y la ausencia de mecanismos de transición a la libertad que promuevan la inclusión social tras el cumplimiento de la medida de internamiento 4) el insuficiente uso de la posibilidad legalmente establecida de modificar, suspender o dejar sin efecto la ejecución de las medidas de seguridad que suelen cumplir-

¹⁰⁰ A. L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal: una realidad manifiestamente mejorable*, Consejo General de la Abogacía Española, 2012, disponible en: <http://www.abogacia.es/2012/11/07/enfermedad-mental-y-derechopenal-una-realidad-manifiestamente-mejorable>. El artículo 6.2 del Código Penal establece que “*las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor*” y el artículo 95.2 reitera que “*cuando la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el juez o tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3*”, es decir, las medidas no privativas de libertad.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² F. SANTOS URBAJENA, “El discapacitado autor y víctima de delitos” en J. LAORDEN, *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol.I: Aspectos jurídicos*, cit., pp. 487-545, p. 506 considera una práctica en la actualidad corregida pero vigente hasta hace pocos años el automatismo existente en la evaluación de la peligrosidad, que se extraía directamente del diagnóstico, frente a la evaluación exhaustiva de la culpabilidad. En este punto menciona la STC 24/1994 de 21 de enero que subraya la necesidad e importancia de investigar la “peligrosidad” en términos análogos a la “culpabilidad” y ofrece pautas para ello.

se en su integridad aunque hayan cambiado las circunstancias que inicialmente pudieron justificar su adopción e incluso cuando su mantenimiento resulta contraproducente¹⁰³ 5) el complejo sistema procesal existente a la hora de imponer y ejecutar una medida de seguridad que implica un reparto de funciones entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y el Juez o tribunal sentenciador que no existe en el caso de la aplicación de las penas y que resulta poco operativo¹⁰⁴ 6) la ausencia de previsiones que garanticen la aplicación de la legislación sanitaria general y la regulación contenida en el *Reglamento Penitenciario*¹⁰⁵ en lo que respecta al consentimiento a los tratamientos médicos en el caso de personas internadas en centros o unidades psiquiátricas en cumplimiento de una medida de seguridad¹⁰⁶ 7) la imposibilidad de adoptar el internamiento terapéutico como medida cautelar lo que implica que se recurra a la prisión provisional no garantizándose el adecuado tratamiento del interno¹⁰⁷ 8) la posibilidad de plantear tras la finalización de la medida de internamiento penal el internamiento en vía civil¹⁰⁸ 9) la primacía de lo penitenciario sobre lo asistencial en el modelo de gestión

¹⁰³ La STS de 21 de enero de 2001 insiste en que la medida de seguridad está sometida a un límite máximo establecido en la sentencia pero que éste no es irreversible o inmodificable sino que por su propia naturaleza permite “que la duración del internamiento se interrumpa antes del vencimiento cuando la recuperación o mejora de la salud mental del enajenado permite la sustitución del internamiento por otra medida de seguridad, o incluso la suspensión”.

¹⁰⁴ A.L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal*, cit. En la actual legislación es el Juez de Vigilancia penitenciaria quien eleva la propuesta para mantener, cesar, sustituir o dejar sin efecto la medida de seguridad y el Juez o Tribunal que la impuso quien decide.

¹⁰⁵ *Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario*.

¹⁰⁶ IDHBC, *Capacidad jurídica y discapacidad*, cit., pp. 141 y 142.

¹⁰⁷ El anteproyecto de *Código Penal* de 1991 contemplaba la posibilidad de decretar como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida de seguridad. Sin embargo esta previsión no se incluyó finalmente en el *Código Penal* de 1995. La Fiscalía General del Estado ha señalado la necesidad de regular el internamiento psiquiátrico como medida cautelar con todas las garantías previstas para la prisión provisional y en el mismo sentido se han pronunciado entre otros C. E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit., pp. 204 y 205; N. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de Seguridad”, *Estudios Jurídicos*, Ministerio Fiscal. 1997, II, p.185 y A.L. ORTIZ GONZÁLEZ, *Enfermedad mental y derecho penal*, cit. Esta laguna provoca de nuevo soluciones contradictorias y hace que en ocasiones la prisión provisional se aplique a personas exentas de responsabilidad criminal y ello a pesar de que la STC 191/2004 consideró un “contrasentido” aplicar con carácter provisional una medida “cuya imposición con carácter definitivo está a priori descartada”.

¹⁰⁸ Por lo que debe comunicarse preceptivamente la finalización de la medida al Ministerio Fiscal, artículo 104.2 del *Código Penal*. Han criticado esta previsión, entre otros, A.J. SANZ MORÁN, “La reforma del régimen legal de las medidas de corrección y seguridad”

de los centros y unidades psiquiátricas, su falta de adaptación a la situación y necesidades de las personas con discapacidad y la deficitaria formación y especialización de su personal¹⁰⁹ 10) el incumplimiento sistemático de los criterios legalmente establecidos para la localización de estos centros lo que provoca su lejanía de los lugares de residencia habitual de los internos y dificulta su arraigo en el entorno familiar¹¹⁰ 11) la escasa coordinación institucional, en especial con la Administración sanitaria¹¹¹.

Estos problemas revelan la necesidad de proceder a una profunda revisión de la regulación actual del sistema de medidas de seguridad, necesidad que se ha hecho más evidente e imperiosa tras la entrada en vigor de la CDPD. Sin embargo, el proyecto de reforma *Código Penal*¹¹² actualmente en tramitación no sólo deja pendiente la solución de la mayoría de estos déficits¹¹³ y la adaptación de la legislación vigente a las exigencias de la Convención sino que implica un retroceso sin precedentes que afecta de manera especialmente nefasta al derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad. Como ha señalado con rotundidad el Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “el régimen en vigor para la aplicación de medidas de seguridad en España, ya de por sí requiere una profunda revisión a efecto de hacerlo consistente con los estándares de la CDPD, sin embargo, las propuestas de modificación que se pretenden incorporar agravan la incompatibilidad de este ordenamiento jurídico con el derecho

en VV.AA., *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 871-882.

¹⁰⁹ F. BUENO ARÚS, “Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos, aspectos jurídicos” en J. LAORDEN, *Los derechos de las personas con discapacidad*, Vol. I, cit., pp. 547-602.

¹¹⁰ C.E. FERREIROS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos*, cit. 512. En este punto el artículo 191.2 del *Reglamento Penitenciario* establece que “la Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes”.

¹¹¹ Déficit que es destacado por la práctica totalidad de la doctrina y el movimiento asociativo.

¹¹² *Proyecto 121/000065 Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.

¹¹³ Aunque la regulación de las medidas de seguridad en la propuesta de reforma es más detallada ello no redundará en una mayor seguridad jurídica debido a su enorme indeterminación. Lo que, ciertamente, sí se soluciona es el reparto de tareas entre el Juez o tribunal sentenciador y el de Vigilancia Penitenciaria que es quién decide ahora sobre la revisión de la ejecución de las medidas de seguridad.

internacional de los derechos humanos". A su parecer, con el que coincido, "el régimen actualmente existente de medidas de seguridad" y más aún "el contenido de la propuesta de reforma al Código Penal español se enfrenta con los artículos 5.2; 8.1b); 12.2; 13.1 y 14.1b) y 2 de la CDPD"¹¹⁴.

Como ha advertido el Vicepresidente del Comité, el modelo propuesto en España para la aplicación de medidas de seguridad en relación con las personas inimputables "constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en contravención con el artículo 5.2 de la CDPD" al prever un sistema de control penal diferenciado de acuerdo a la "competencia mental de la persona". Ciertamente, a diferencia de lo que sucede en el caso de las personas declaradas imputables donde el centro del proceso lo ocupa el juicio de culpabilidad, en el caso de las personas inimputables, singularmente personas con discapacidad psicosocial e intelectual, adquiere protagonismo el juicio de peligrosidad que -ya en la actual regulación, según antes se dijo, pero todavía más en la proyectada- se vincula y valora en función de la naturaleza y gravedad de la discapacidad. De este modo, "la sola existencia" de la discapacidad psicosocial o intelectual se considera indicio de la comisión de delitos futuros y justifica la aplicación de un régimen penal distinto del que se aplicaría a cualquier otra persona (régimen especial, que como después se explicará, resulta, en la propuesta de reforma de la legislación penal injustificada y desproporcionadamente más gravoso). En este punto son claros los vestigios del derecho penal de autor -e incluso del derecho penal del enemigo- por razón de discapacidad.¹¹⁵

La apelación al concepto genérico de peligrosidad resulta, además, especialmente preocupante pues la pervivencia (muy clara en el ámbito judicial) del estigma asociado a las personas discapacidad psicosocial puede repercutir de modo muy negativo en la respuesta penal frente a los comportamientos delictivos cometidos por éstas¹¹⁶. Pero es que, además, la propia regula-

¹¹⁴ C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065*, cit.

¹¹⁵ En ello coinciden el Vicepresidente del Comité, I. MUÑOZ ESCANDELL y J.M. SÁNCHEZ MONGE, "El actual proyecto de reforma del Código Penal: una nueva forma de discriminación contra las personas con trastornos mentales", *Revista del Consejo General de la Abogacía*, núm 85, 2014, pp. 46-50 y el Grupo de Ética y Legislación de la AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal en relación a las medidas de seguridad*, 2013, disponible en https://www.aen.es/index.php?option=com_content&view=article&id=664:comentario-sobre-la-propuesta-de-anteproyecto-de-modificacion-del-codigo-penal-en-relacion-a-las-medidas-de-seguridad&catid=417:comunicados-aen&Itemid=135.

¹¹⁶ Idem.

ción vigente y de nuevo todavía más la proyectada contribuyen a perpetuar y potenciar la estigmatización de las personas con discapacidad psicosocial como victimarios peligrosos lo que supone una patente vulneración del artículo 8 de la CDPD¹¹⁷.

Así, en el Preámbulo del proyecto de reforma se pone como ejemplo para justificar la modificación del sistema de medidas de seguridad el caso de una persona que sufre una “grave patología psiquiátrica” que “le ha llevado” a cometer reiterados delitos contra la vida o la libertad sexual. Por su parte, el artículo 98 de la propuesta establece que se acordará el “internamiento en un centro psiquiátrico” de un sujeto exento de responsabilidad criminal cuando “tras una valoración exhaustiva” se pueda concluir que, “debido a su trastorno”, es posible prever la comisión de nuevos delitos “de gravedad relevante” y se contempla la posibilidad de prorrogar esta medida, que en principio no puede ser superior a cinco años, ilimitadamente por periodos sucesivos de similar duración cuando el internamiento continúe siendo necesario para evitar que el sujeto que “sufre la anomalía o alteración psíquica” cometa nuevos delitos “a causa de la misma”.

Como ha subrayado, asimismo, el Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “la regulación de las medidas de seguridad también tiene como consecuencia la afectación al artículo 12 en relación con el 13 de la CDPD, toda vez que las garantías del debido proceso se ven afectadas con la adopción de un régimen de individualización basado en la peligrosidad del autor y no en la culpabilidad por el acto”. Este juicio de potencial peligrosidad es altamente subjetivo y se adentra de lleno en el terreno de lo opinable e inverificable. Aunque la regulación actual hace referencia a la necesidad de realizar una “evaluación exhaustiva” de este riesgo no se indica “quién, cómo y con qué medios” se desarrollará y se subraya, además, que el cálculo de probabilidades se debe a su “trastorno”¹¹⁸. Según ya se advirtió, una de las principales novedades incorporadas por la propuesta de reforma en la regulación del sistema de medidas de seguridad penal consiste en el abandono de la gravedad del delito como parámetro límite desde el que establecer la proporcionalidad de las medidas de seguridad sustituyéndolo completamente por la evaluación de la peligrosidad del autor¹¹⁹ lo que impli-

¹¹⁷ De nuevo este potencial estigmatizador ha sido denunciado por el Vicepresidente del Comité y por otros expertos y representantes del movimiento asociativo.

¹¹⁸ AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, cit.

¹¹⁹ A. ORTIZ GONZÁLEZ, *Compatibilidades e Incompatibilidades entre la Convención y la legislación penal española*, ponencia presentada en las II Jornadas de la Unidad de Atención a

ca la indeterminación de su duración y, además, cuestión en la que se insistirá después, se contempla la posibilidad de que las medidas de internamiento en centro psiquiátrico puedan prorrogarse sucesivamente por periodos de 5 años en función, de nuevo, de la probabilidad de comisión de nuevos delitos lo que permite que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual puedan verse privadas “a perpetuidad” de su libertad¹²⁰. También en la regulación de las condiciones que permiten la revocación de la suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad se alude a un difícilmente comprobable “cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”¹²¹.

Pues bien, desde estos parámetros, en la práctica la exclusión de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual del régimen de responsabilidad penal “lejos de constituir una garantía” o un beneficio se traduce en la aplicación de medidas que “ciertamente afectan los derechos” pero que no están sometidas a las salvaguardas sustantivas y procesales “del debido proceso” que amparan a cualquier otra persona cuando se le imputa un hecho penalmente relevante. De este modo, las condiciones de acceso a la justicia, que exigen que cualquier sanción de naturaleza penal tenga carácter cierto y determinado y que la persona puede defenderse en contra de su imposición, se ven afectadas sustancialmente¹²².

Todo lo anterior constituye una violación más que flagrante del artículo 14.1 de la CDPD. Como, otra vez, señala el Vicepresidente del Comité “en los hechos no se establecen las garantías y condiciones necesarias para que la privación de la libertad, cuando se aplica una medida de seguridad, no sea ilegal o arbitraria”. Ciertamente, aunque en la propuesta de reforma del *Código Penal* las condiciones de procedencia, duración, prórroga y revocación de la suspensión de las medidas de seguridad están fijadas en la ley, están establecidas en unos términos tan indeterminados que permiten el ejercicio de un margen de discrecionalidad insoportable –máxime en el ámbito penal–

Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcarce, disponible en <https://www.nomasabusos.com/jornadas/ii-jornadas/ponentes-ii-jornadas/>

¹²⁰ I. MUÑOZ ESCANDELL y J.M. SÁNCHEZ MONGE, “El actual proyecto de reforma del Código Penal”, cit., p. 48.

¹²¹ Artículo 103 de la propuesta de reforma.

¹²² C. RÍOS, Vicepresidente del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065 y AEN, Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, ambos documentos ya citados.

que gira en torno al oscuro concepto de peligrosidad, introduciéndose elementos de arbitrariedad que se estiman incompatibles con el artículo 14.1 (en conexión con el artículo 13)¹²³. De este modo, la regulación propuesta pone en cuestión el principio de estricta legalidad y de reserva de ley que debe imperar en el ámbito penal¹²⁴.

Por otro lado, como se apuntó, el sistema español de medidas de seguridad justifica la privación de libertad por motivos de discapacidad e instaura en este ámbito un régimen especial que, sobre todo en la propuesta de reforma, resulta claramente desfavorable en comparación con el régimen aplicable al resto de los ciudadanos.

En relación con esta última consideración, conviene insistir en que el proyecto de reforma de nuestro *Código Penal* permite que se aplique una medida privativa de libertad incluso cuando el hecho no está castigado con una pena de similar naturaleza y que la duración de la reclusión sea mayor¹²⁵.

En todo caso, no se debe olvidar que toda la reforma penal gira en torno al concepto de peligrosidad lo que se traduce en el abandono del sistema vicarial y en la posibilidad de aplicar medidas de seguridad, basadas también en la peligrosidad potencial, a las personas criminalmente responsables y que el proyecto incorpora asimismo una pena de prisión permanente (revisable). Ahora bien, en el caso de autores imputables la peligrosidad se evalúa en gran parte en función del tipo y gravedad del delito cometido (y no tanto en función de características personales); las medidas de seguridad que se arbitran para compensar este riesgo (diversas modalidades de libertad vigilada) son menos gravosas y de aplicación más limitada y la prisión es decretada como perma-

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem. En relación con el establecimiento de la gravedad de la pena como límite máximo a la duración de las medidas de internamiento en el *Código Penal* de 1995, se afirmó que venía a reconocer la necesaria extensión del principio de legalidad a las medidas de seguridad de conformidad con las exigencias constitucionales. Así, en opinión de VIVES ANTÓN, Tomás-S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 46 “el principio de legalidad comprende la garantía formal que exige que el establecimiento de los presupuestos y la sanción esté reservada a la ley y la garantía material de certeza dimanante de las exigencias de seguridad jurídica que imponen al legislador la obligación de redactar las normas penales de modo claro, taxativo y terminante y a los tribunales imponiendo límites estrictos en su labor de interpretación y aplicación”.

¹²⁵ Vid. en relación con el caso argentino C. VILLANUEVA, “Los derechos de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual declaradas inimputables en un proceso penal. Una mirada a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/05/ddhh02.pdf>.

nente *ab initio* pudiendo ser revisada posteriormente y reservada a delitos considerados de excepcional gravedad, asesinatos especialmente graves, homicidio del jefe del Estado o de su heredero, de jefes de Estado extranjeros y a los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, en el caso de las personas con discapacidad consideradas inimputables la peligrosidad se hace depender exclusivamente de una condición personal, la privación de libertad que se decreta para paliarla se diseña como temporal *ab initio* pero puede llegar perpetuarse en el caso de delitos, ya no de excepcional gravedad, sino simplemente de gravedad relevante, esto es, aquellos para los que está prevista una pena máxima igual o superior a tres años de prisión. Así, la comisión de delitos de violencia intrafamiliar o de atentados contra la autoridad (susceptibles de producirse, por ejemplo, en el marco de la ejecución de internamientos forzosos) por parte de personas con discapacidad intelectual o psicosocial (que no son peligrosas, pero que sí pueden estar en riesgo de verse abocadas a la realización de tipo de conductas debido a la escasez de recursos sociosanitarios y comunitarios para atender su situación) puede determinar que pierdan para siempre su libertad. También el régimen de imposición de medidas de libertad vigilada una vez que se extingue la privación de libertad es mucho más severo para las personas declaradas inimputables¹²⁶. Y, de nuevo, su aplicación no depende del tipo de delito ni de su gravedad, sino exclusivamente de la peligrosidad que, otra vez, parece presuponerse¹²⁷.

De todo lo anterior se desprende que la situación de la persona declarada inimputable por razón de discapacidad resulta más gravosa que la de quien resulta penalmente responsable por la comisión del mismo ilícito penal, diferencia injustificada que, de nuevo, es radicalmente incompatible con el contenido de los artículos 5.2 y 14.1 de la CDPD.

Por otro lado, la propuesta de reforma del *Código Penal* mantiene la medida de seguridad consistente en el sometimiento a tratamiento ambulatorio

¹²⁶ En el caso de las personas criminalmente responsables las medidas de libertad vigilada se reservan a los casos en los que el sujeto que ya ha cumplido su pena haya sido condenado por la comisión de alguno de los delitos para los que la Ley prevé expresamente su posible imposición, en los que se haya impuesto por ello una pena de más de un año de prisión, y en los que se constate la peligrosidad de comisión de delitos futuros que se considera presupuesto general de todas las medidas de seguridad (ver artículo 95.1 de la propuesta de reforma).

¹²⁷ En el caso de las personas inimputables que han sido sometidas a una medida de seguridad privativa de libertad se señala que, una vez que esta finaliza o cesa, la libertad vigilada se impone siempre a no ser que no resulte necesario (artículo 98). Y se señala esa necesidad existe cuando se requiere para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos sea cual sea el delito cometido y la duración del internamiento (artículo 104.2).

que se incluye ahora en el ámbito de la libertad vigilada y que puede imponerse a las personas declaradas inimputables bien desde un inicio o bien tras la extinción, cese o suspensión de una medida privativa de libertad. Sin embargo, la regulación proyectada elimina la previsión –presente en la legislación vigente– que impide considerar quebrantamiento de condena “*la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido*”¹²⁸. Con ello no se estaría respetando el principio de autodeterminación en relación con los tratamientos de salud mental lo que, de nuevo, se enfrentaría a las exigencias de la CDPD¹²⁹.

Las numerosos y profundos conflictos existentes entre la propuesta de reforma del sistema de medidas de seguridad y la CDPD, que agudizan las inconsistencias ya existentes, ponen de manifiesto la necesidad de dar marcha atrás y aprovechar la modificación de la legislación penal para cumplir escrupulosamente con los estándares establecidos por la Convención recurriendo, como recomienda el Vicepresidente del Comité, al diálogo con expertos y representantes del movimiento asociativo.

Aunque no puedo detenerme en profundidad en el análisis de esta cuestión, me parece relevante apuntar (en tanto se relacionan también con la temática del trabajo) otros aspectos del sistema penal español que a la luz de la CDPD es preciso modificar. Así, y sin ánimo de exhaustividad, resulta esencial incorporar mecanismos que garanticen la adecuada detección de la discapacidad intelectual y psicosocial, a menudo desapercibida, en especial en el contexto de los juicios rápidos¹³⁰; realizar las adaptaciones procedimentales pertinentes para asegurar la participación y el derecho de defensa de las personas con discapacidad acusadas de un delito en todas las fases del proceso penal; potenciar la disponibilidad y búsqueda activa de medidas alternativas a la privación de libertad también en el caso de personas con discapacidad psicosocial e intelectual consideradas imputables; promover programas de reinserción social mediante la coordinación de los servicios judiciales, penitenciarios, sanitarios y sociales y en estrecha colaboración con las organizaciones representativas de personas con discapacidad¹³¹.

¹²⁸ Artículo 100 del *Código Penal*.

¹²⁹ AEN, *Comentario sobre la propuesta de Anteproyecto de modificación del Código Penal*, cit.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ Vid. FEAPS, *Guía de intervención para personas con discapacidad intelectual afectadas por el régimen penal penitenciario*, 2010, 2ª edición, disponible en http://www.feaps.org/archivo/centro-documental/doc_download/104-guia-de-intervencion-para-personas-con-discapacidad-intelectual-afectas-por-el-regimen-penal-penitenciario.html.

En todo caso, la prevalencia de la discapacidad psicosocial e intelectual en el medio penitenciario español muestra que la prisión al igual que el internamiento no voluntario se ha convertido en un recurso de carácter asistencial¹³² para estas personas, en la única respuesta disponible frente a las deficiencias de la políticas preventivas o los dispositivos asistenciales comunitarios lo que revela la íntima conexión entre el artículo 14 y el artículo 19 de la CDPD¹³³. En este sentido, resulta esencial apostar por la construcción de un sistema alternativo a la respuesta penal y al internamiento no voluntario que prime el tratamiento y atención de las personas con discapacidad psicosocial e intelectual en el ámbito sociosanitario¹³⁴. Asimismo, en cumplimiento de las exigencias del artículo 14.2, debería promoverse una ley integral para garantizar la protección y el ejercicio de los derechos por parte de todas las personas que se encuentran institucionalizadas en cualquier centro que contemplase la situación específica de las personas con discapacidad¹³⁵.

En todo caso, las reformas legales ineludibles e inaplazables que es preciso acometer para que las personas con discapacidad psicosocial e intelectual puedan ser sujetos igualmente libres requieren para su éxito y correcta implantación un cambio en la mentalidad de los operadores y profesionales del sistema pero también una mayor sensibilización social hacia la situación de este colectivo, posiblemente el que sufre una mayor exclusión dentro del mundo de la discapacidad.

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

Instituto derechos humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/Madrid, 126
Getafe 28903 Madrid
e-mail: patricia.cuenca@uc3m.es

¹³² Dirección General de Instituciones Penitenciarias, *Estudio sobre la salud mental en el medio penitenciario*, 2006.

¹³³ De hecho en algunas ocasiones las familias recurren a los procedimientos civiles y penales que pueden terminar en la institucionalización de la persona ante la ausencia de otras respuestas usándolos como una forma de acelerar el acceso posterior a recursos asistenciales públicos que de otro modo no llegan.

¹³⁴ Vid. Sistema cuyas bases, sin materializar, están sentadas en la *Ley General de Sanidad* y en la *Estrategia de Salud mental del Sistema Nacional de Salud*. Vid. también FEAFES, "Medidas terapéuticas para evitar tener que recurrir a medidas coactivas", 2013, disponible en: <http://www.feafes.org/publicaciones/Medidasterapeuticas-mayo2013.pdf>.

¹³⁵ Vid. este sentido CERMI, *Informes Derechos Humanos y Discapacidad*, 2010 y 2012, ya citados.