

Conflictos bioéticos en la atención sanitaria a las personas con discapacidad.

La gestación de una posible brecha europea en el esquema de derechos humanos. El protocolo adicional del Convenio de Oviedo puede contradecir y hacer inaplicables en Europa los artículos 12 y 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Josep M. Solé Chavero
Director. Support-Girona
jmsole@supportgirona.cat

Mi aproximación al contenido de este artículo viene de las dudas y la evolución vivida como director de una organización que, desde primera línea de contacto con personas necesitadas de apoyo, ha tenido que afrontar el dilema de avanzar hacia la luz de los derechos humanos vigentes desde la ratificación por el Estado de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad (CDPD) y sobre todo a partir del **Comentario general número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, de 11 de abril 2014**, o seguir anclado en la legislación obsoleta vigente, que mantiene el enfoque paternalista aún predominante en la sociedad.

Los desafíos que supone la Convención son mayúsculos, especialmente en algunos de sus postulados centrales, y queda claro que no todos los llamados a afrontarlos están predispuestos para ello. El triste desarrollo en todo el mundo, y singularmente en España, del derecho a la igualdad ante la ley, al reconocimiento de la plena capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y a recibir apoyos que respeten esa plena capacidad, así como los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona (Art.12) en la toma y gestión de todas las decisiones que le conciernen ; o el derecho al respeto de la libertad y la seguridad, y a que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad (art.14), son algunos de los ámbitos donde más clamorosamente se nota la falta de preparación y predisposición a los avances hacia el nuevo paradigma.

Estas resistencias, no sólo se manifiestan a través de la poca conciencia social al respecto, sino también por algunos movimientos muy activos en sectores académicos y profesionales que trabajan en contra de la interpretación que de dichos derechos ofrecen los órganos de Naciones Unidas y, en general, de defensa de los derechos humanos.

El Comentario general n.1 del Comité desarrolla el contenido del derecho a la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida de las personas con discapacidad, y se concretan las obligaciones de los Estados Partes para hacerla efectiva y proporcionar apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica cuando sea requerido.

Nuestra percepción concreta de la falta de alineamiento con la Convención de la legislación vigente, también de nuestras prácticas, no solo en España sino en la inmensa mayoría de países del mundo, sobre capacidad jurídica pero también sobre el consentimiento imprescindible para recibir tratamientos de cualquier tipo, incluidos los de salud mental, e incluidos los que tienen lugar en situaciones de crisis y de conflicto entre bienes jurídicos de la persona y de los demás, se corroboraba al contrastar la realidad con el contenido del comentario del Comité.

Es a partir de este trascendental documento que empiezan a aflorar de forma más evidente algunos de los dilemas a los que los Estados, pero también el conjunto de la sociedad, todos los operadores jurídicos y los proveedores de servicios a personas con discapacidad, deberán dar respuestas adecuadas para asegurar el pleno cumplimiento de los derechos humanos para todas las personas.

Todo ello estaba en consonancia con el hecho de que, el inicio de la organización que dirijo, Support-Girona, fue impulsada para servir de apoyo individualizado en un proceso de desinstitucionalización psiquiátrica que pretendía acometer el **Instituto de Asistencia Sanitaria (IAS)**¹, empresa pública de la Generalitat de Cataluña que gestiona la red de salud mental en la provincia de Girona. En aquel momento IAS gestionaba un hospital psiquiátrico en el que 500 personas vivían institucionalizadas en régimen de larga estancia. Muchas de ellas tenían como tutor legal la misma empresa pública, una sociedad anónima por cierto, o su director. Y actualmente, en el lugar donde estaba el antiguo “manicomio” se alza un hospital general, con todo tipo de especialidades, y sólo una veintena personas son atendidas en la unidad sociosanitaria de larga estancia, la mayoría de ellas con más de 90 años de edad. El resto de los antiguos residentes que siguen con vida están residiendo en dispositivos residenciales del sector social o domicilios en el entorno comunitario, con más o menos apoyo según su situación y posibilidades, y ya nadie se plantea en la región sanitaria seguir utilizando la larga estancia psiquiátrica como medida a para ninguna persona.

En la mayoría de situaciones en las que Support-Girona ha intervenido hasta ahora (más de 2.000 personas), el vínculo con la persona se ha establecido a partir de la designación de la entidad para el ejercicio de alguna de las instituciones de protección de la persona previstas en el *Código Civil de Cataluña* (tutela, curatela, defensa judicial, administración patrimonial o asistencia, siendo esta figura la única que depende totalmente de la voluntad favorable del individuo)². También se proporciona apoyo a personas que así lo han previsto en instrumentos jurídicos notariales de configuración voluntaria, como poderes preventivos, o a través de la administración de patrimonios protegidos a beneficio de personas con discapacidad.

¹ <http://www.ias.cat/>

² Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/cat/CCC/L25-2010-T2C1.htm>

Poco a poco, en la medida que se nos permitía intervenir en el procedimiento judicial como defensores judiciales se fue incrementando el porcentaje de casos en el que la sentencia reconocía ámbitos de decisiones en los que la persona debía conservar plena capacidad jurídica y se ha ido incrementado en número de curatelas, como consecuencia de una declaración de incapacidad parcial.

De hecho, en la evolución del número de casos asumidos por Support-Girona dentro de cada tipología de institución de protección de la persona, se puede observar el efecto y las consecuencias de la interpretación que, en cada momento, se ha ido haciendo del impacto del artículo 12 de la Convención en nuestro ordenamiento, en relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Un ejemplo que nos despistó mucho sobre el alcance del cambio de paradigma sobre capacidad jurídica fue la *Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009*³, que hizo una interpretación muy conservadora del impacto del artículo 12 de la Convención, y trató de argumentar la compatibilidad del ordenamiento (aún hoy) vigente con el nuevo paradigma. De hecho, aunque a fecha de hoy no es nada fácil defender los argumentos de esta sentencia, todavía se utiliza como jurisprudencia para justificar que los juzgados españoles sigan incapacitando a ciudadanos/as, la mayoría bajo el ámbito de la “incapacitación total” y nombrando tutores con funciones de decisión en representación de la persona.

El impacto más claro de la Sentencia, sobretodo en un primer momento, fue desarrollar el concepto de “traje a medida” y la flexibilización de las figuras de tutela y curatela que se configuraban para responder a cada situación concreta. A partir del 2009 es mucho más frecuente encontrar tutelas parciales, curatelas moduladas con facultades parecidas a las de tutela en algunos ámbitos. Afortunadamente existe ya un Proyecto de Ley de 17 de julio 2020⁴ que está siguiendo el curso del trámite legislativo para la abolición en España de los sistemas basados en la incapacidad y la tutela. Actualmente, después de muchas comparecencias y del trámite de enmiendas, se está discutiendo en la comisión de Justicia del Congreso.

En previsión de la desaparición del artículo 200 del Código Civil español, y con ello de la institución jurídica de la incapacidad, también en Cataluña se ha empezado a mover la legislación de las instituciones de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y la comisión de codificación civil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña ha formulado una propuesta

³ Disponible en:

https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-12
[Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2009-12)

⁴ http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

de [bases para la reforma](#) que ya ha pasado por los trámites de participación pública, y puede estar a disposición del Gobierno en breve para su trámite legislativo.⁵,

Mientras esto no se materializa, la reforma del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, mediante la *Ley 25/2010*⁶, acabó de confirmar la tendencia a la flexibilización de las figuras tradicionales de tutela y curatela, en el territorio de su ámbito de aplicación, al contemplar la posibilidad de otorgar funciones de administración ordinaria a las curatelas, superando la simple idea del “complemento de capacidad” y poner como marco de la actuación tutelar “el respeto, tanto como sea posible, de los deseos que la persona exprese según su capacidad natural” tal como refleja el artículo 222-38.

Cuando en la academia y en los entornos sensibilizados sobre los derechos de las personas con discapacidad todavía era incipiente en debate sobre la adecuación de los ordenamientos jurídicos al Comentario General n1 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, este volvió a sacudir los cimientos de los sistemas jurídicos y sanitarios en torno a las situaciones críticas en materia de salud mental con su guía para la aplicación del artículo 14 de la Convención, sobre libertad y seguridad de la persona.

El artículo 14 nos dice: **Libertad y seguridad de la persona:**

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso 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.

⁵https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/1841/BASES_REFORMA_CcC_suport_a_l_exercici_de_la_capacitat_jca.pdf

⁶ Disponible en:
https://portaljuridic.gencat.cat/ca/pjur_ocults/pjur_resultats_fitxa/?action=fitxa&mode=single&documntId=544979&language=ca_ES

La *Observación General n°17* anteriormente mencionada nos dice, en el punto 40 y 41, cosas como:

- (...) la privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, (...) constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso.
- El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento (...), no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas.

La guía sobre la aplicación del art. 14, hasta hace pocos meses, sólo se encontraba en un documento en inglés sin índice ni logotipo del sistema de Naciones Unidas. Ahora ya cuenta con número oficial y se puede relacionar en un Anexo al documento de *Informes de las Sesiones del Comité de los años 2015 y 2016 ante la Asamblea General de Naciones Unidas*.⁸ La nueva denominación que recibe la guía es: "Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad" y dice claramente "Las presentes directrices sustituyen a la declaración aprobada por el Comité en relación con el artículo 14 de la Convención".

El contenido es contundente y su aplicación supondrá un verdadero reto en todo el mundo.

Algunas de las afirmaciones:

- "El Comité ha dispuesto que el artículo 14 no admite excepciones en virtud de las cuales pueda privarse a una persona de su libertad por motivos de deficiencia real o percibida. No obstante, las legislaciones de varios Estados partes, que comprenden leyes relativas a la salud mental, siguen previendo casos en que puede recluírse a una persona a causa de su deficiencia real o percibida, siempre y cuando existan otras razones para ello, por ejemplo, que represente un peligro para sí misma o para otras personas. Esta práctica es

⁷ Ver *Comentarios Generales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>

⁸ Ver *Directrices sobre el derecho a la libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad*.

Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en

incompatible con el artículo 14, es discriminatoria y equivale a una privación de libertad arbitraria.

- El artículo 14, párrafo 1 b), prohíbe la privación de libertad por motivos de deficiencia real o percibida, aunque se aduzcan otros factores o criterios para justificar la privación de libertad.
- La prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de deficiencia real o percibida está estrechamente relacionada con el artículo 12 de la Convención, que trata del igual reconocimiento como persona ante la ley. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es una práctica que constituye una privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención, y que los Estados partes deben eliminarla.
- El internamiento involuntario de personas con discapacidad por motivos de atención médica contradice la prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de discapacidad (art. 14, párr. 1 b) y el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento médico (art. 25).
- El Comité ha determinado que permitir la reclusión de personas con discapacidad en razón del peligro percibido que podrían representar para ellas mismas o para otras personas es contrario al artículo 14. La reclusión involuntaria de personas con discapacidad basada en el riesgo o el peligro, la supuesta necesidad de atención o tratamiento u otras razones vinculadas a la deficiencia o a un diagnóstico médico, como la gravedad de la deficiencia, o bien con fines de observación, atenta contra el derecho a la libertad y equivale a una privación de libertad arbitraria.
- La libertad de tomar las propias decisiones, establecida como principio en el artículo 3 a) de la Convención, incluye la libertad de asumir riesgos y cometer errores en condiciones de igualdad con las demás personas. En su observación general núm. 1, el Comité afirma que las decisiones sobre el tratamiento médico y psiquiátrico deben basarse en el consentimiento libre e informado de la persona interesada y deben respetar la autonomía, la voluntad y las preferencias de esta (párr. 21 y 42). La privación de libertad de las personas con discapacidad en instituciones de salud mental en razón de una deficiencia real o percibida o por problemas de salud, lo que conlleva la privación de su capacidad jurídica, constituye también una violación del artículo 12 de la Convención.
- Los Estados partes deben velar por que se preste apoyo a las personas con discapacidad, incluso en situaciones de emergencia y de crisis, se proporcione

información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y se ofrezcan alternativas no médicas. Asimismo, en relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, el Comité ha dispuesto que los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas (párr. 41).”

Estos criterios están hoy muy lejos de la situación jurídica y práctica en todos los países del mundo, como reflejan los informes aportados por los estados parte al Comité y las conclusiones del mismo ante estos informes.

Un buen ejemplo son las consideraciones ante el Informe de España del pasado mes de marzo del 2019⁹:

“Al Comité le preocupa que:

- a) El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil siga permitiendo que las personas con discapacidad psicosocial o intelectual sean objeto de internamiento no voluntario en instituciones en las que pueden resultar privadas de su libertad y ser sometidas a tratamiento médico forzoso y medidas de contención mecánica;
- b) Se imponga a las personas con discapacidad psicosocial la obligación de medicarse como requisito para poder acceder a los servicios de apoyo psicosocial y de vivienda;
- c) El escaso conocimiento por los profesionales de la salud de las obligaciones que dimanarían de la Convención lleve a que el internamiento forzado y la contención por medios mecánicos se justifiquen erróneamente como medidas terapéuticas;
- d) La Ley de Enjuiciamiento Criminal carezca de disposiciones suficientes que garanticen la accesibilidad y la provisión de ajustes razonables y medios de apoyo individualizados a las personas con discapacidad que están recluidas.

El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Revise o derogue todas las disposiciones legislativas, incluido el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para prohibir el internamiento y el tratamiento forzados por motivos de discapacidad y garantizar que las disposiciones

⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

relativas a la salud mental tengan un enfoque basado en los derechos humanos;

b) Derogue las disposiciones que obligan a las personas con discapacidad psicosocial a medicarse como requisito para poder acceder a los servicios de apoyo psicosocial y de vivienda;

c) Imparta a los profesionales del sector de la salud mental cursos de sensibilización y capacitación sobre los derechos de las personas con discapacidad y las obligaciones dimanantes de la Convención, elaborados en consulta con las organizaciones de personas con discapacidad;

d) Garantice la accesibilidad y los ajustes de procedimiento, incluidas las disposiciones para apoyar a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y garantizar el derecho a la defensa, en todas las fases de los procedimientos penales, para las personas con discapacidad que estén siendo investigadas o procesadas.

28. El Comité exhorta al Estado parte a que cumpla las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 14 de la Convención y se guíe por las directrices del Comité sobre el artículo 14 (2015) en los debates regionales sobre la aprobación del proyecto de protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, titulado ‘La protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales con respecto al internamiento y el tratamiento involuntarios’.”

La referencia del Comité incluida en el párrafo 28 de las observaciones a España refleja una de las dimensiones del conflicto existente para la concreción del derecho a la libertad y la seguridad de las personas contenido en la Convención.

El Comité hace referencia al debate existente en el ámbito europeo, a partir de los trabajos del Comité de Bioética y Derechos Humanos del Consejo de Europa para redactar un protocolo adicional al Convenio de Oviedo, por el que se conoce el “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina” suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁰.

¹⁰ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>

En este tratado, en los artículos 6 y 7 se trata sobre el tratamiento informado y sus excepciones:

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley.

La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales.

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

Artículo 8. Situaciones de urgencia. Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico a favor de la salud de la persona afectada.

Artículo 9. Deseos expresados anteriormente. Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Ante la consideración que esta regulación, y la práctica de los sistemas de salud mental, resultaban poco protectoras de los derechos de las “personas que sufren enfermedades mentales” (literal), como se hacía evidente por los informes de diversos comités del Consejo de Europa, sobretodo del Comité Europeo para la prevención de la tortura, el Consejo de Ministros de dicha organización internacional emitió la *Recomendación 2004(10)*¹¹, con una serie de criterios para “mejorar la protección de la dignidad, los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con enfermedad mental, en particular los sujetos a internamiento involuntario o tratamiento involuntario”.

Entre los criterios, en el art.17 de estas recomendaciones se contempla que sólo puede someterse a una persona a internamiento involuntario si se dan conjuntamente las siguientes condiciones:

- La persona tiene un trastorno mental;
- La condición de la persona significa un serio riesgo de daño a su salud o la de otra persona;
- El internamiento es para un propósito terapéutico;
- No hay otras medidas menos restrictivas apropiadas disponibles;
- Se ha tomado en consideración la opinión de la persona;

El mismo Consejo de Ministros, teniendo en cuenta también el gran volumen de casos que sobre esta materia llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargó al Comité de Bioética y Derechos Humanos que trabajara un proyecto de tratado sobre la materia, que desarrolle las recomendaciones y las convierta en derecho internacional vinculante, a través de un protocolo adicional al Convenio de Oviedo.

Este comité, conocido por DHBIO Committee, aunque ha ido con extrema lentitud en el cumplimiento del mandato del Consejo de Ministros, no ha dejado de trabajar en el borrador de *Protocolo adicional al Convenio de Oviedo*¹², y el pasado mes de

¹¹ Disponible en:

[https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec\(2004\)10EM E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec(2004)10EM E.pdf)

¹² Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/bioethics/-/frequently-asked-questions-on-draft-additional-protocol-concerning-the-protection-of-human-rights-and-dignity-of-persons-with-mental-disorder-with-reg>

diciembre divulgó la última versión, que debe ser la última antes de la posible adopción del texto por el comité en junio de 2021.

El hecho que, en aquel momento, 46 de los 47 estados miembros del Consejo de Europa hubieran ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y actualmente ya lo hayan ratificado todos, y la mayoría de ellos también se hayan sometido a las decisiones del Comité de Naciones Unidas para los Derechos de las Personas con Discapacidad firmando el protocolo adicional de la Convención, no ha sido un obstáculo para el avance de los textos del protocolo adicional, el cual, aunque parezca cita la Convención como antecedente.

De hecho, he asistido personalmente a sesiones del Comité y he constatado que los representantes de los gobiernos en él defienden sin tapujos, contradiciendo los discursos de los responsables políticos que los designan, que no se sienten vinculados por el contenido de la Convención.

La mayoría de organizaciones internacionales que en el ámbito europeo defienden los derechos de las personas con discapacidad y muchas de las que trabajan por los derechos humanos, así como multitud de organizaciones y órganos especializados e independientes del ámbito de los Derechos Humanos, se han posicionado claramente en contra de que el DHBIO continúe por esta senda. En un documento del *European Disability Forum* se hace una relación muy extensa de los posicionamientos contrarios al borrador¹³.

Todo ello hace que se perciba la posibilidad de una brecha inconmensurable en el esquema de los derechos humanos, que por definición conceptual y obligación internacional son indivisibles e interdependientes, y todos los instrumentos internacionales de derechos humanos deben considerarse complementarios.

Si en el ámbito europeo el actual borrador de tratado acaba consolidándose y llega a tener vigor, se estará estableciendo un doble estándar de derechos humanos con consecuencias absolutamente imprevisibles. 2021 parece que será el año decisivo al respecto.

Mientras, crece el debate sobre si la Convención establece un estándar de derechos humanos demasiado exigente en materia de salud mental, porque según algunos psiquiatras desconoce que existen situaciones en las que la voluntad de los individuos no se expresa libremente, siendo uno de los exponentes más citados el psiquiatra Paul S. Appelbaum (2016 y 17) o los doctores George Szukler, Rowena Daw, Felicity Callard (2014) y Szukler (2014).

En todos estos artículos las dudas versan sobre el concepto de capacidad mental y competencia para decidir, diferenciándolo de capacidad jurídica que para los autores queda claro que debe respetarse, pero sólo cuando hay competencia, en una posición

¹³ Disponible en: http://www.edf-feph.org/sites/default/files/oviedo_ap_compilation_compressed_0.pdf

incompatible con la interpretación del Comité. También sobre la percepción de riesgos, sobre si una situación puntual de crisis en salud mental puede ser considerada de forma diferente de una situación a largo plazo, en función de la definición de discapacidad del artículo 1.2 de la Convención, y sobre si el valor de la libertad y la autodeterminación puede ser tan absoluto que impida a la comunidad proteger la salud o la vida del individuo a través de medidas involuntarias.

Como en muchas legislaciones estatales que regulan las intervenciones involuntarias en salud mental, el borrador del protocolo adicional hace énfasis en la voluntad de reducir las intervenciones involuntarias y que internamientos y tratamientos involuntarios sean solo el “último recurso” en situaciones de crisis, y sujeto a controles y pretendidas garantías. Pero como refleja la Relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad en su estudio de 2019 al respeto¹⁴, después de hacer referencia a la pretendida excepcionalidad que contemplan la mayoría de legislaciones estatales vigentes, “los porcentajes de ingresos obligatorios parecen ir en aumento en todas las regiones, especialmente en los países de renta alta” y menciona estudios que reflejan datos muy preocupantes sin expectativa de mejora a corto plazo.¹⁵

El Relator especial de Naciones Unidas sobre el el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el psiquiatra Dr. Dainius Pūras, reflejó el estado de la cuestión en su controvertido informe de 2017, en el que afirmava “La justificación para el uso de la coacción se basa por lo general en la “necesidad médica” y la “peligrosidad”. Estos principios subjetivos no están respaldados por la investigación y su aplicación está abierta a una interpretación amplia, lo que suscita dudas acerca de la arbitrariedad, que ha sido objeto de un estudio jurídico cada vez mayor. La “peligrosidad” a menudo se basa en prejuicios inapropiados, en lugar de datos empíricos. También existen argumentos convincentes de que el tratamiento forzoso, incluso con medicamentos psicotrópicos, no es eficaz, a pesar de su uso generalizado⁴². Las decisiones de recurrir a la coacción corresponden únicamente a los psiquiatras, que trabajan en sistemas que carecen de los instrumentos clínicos necesarios para emplear alternativas no coercitivas. La realidad en muchos países es que no existen alternativas y el recurso a la coacción es resultado de fallos sistémicos en la protección de los derechos de las personas”. Y proponía con poco éxito hasta ahora:

- a) Incorporar alternativas a la coacción en las políticas con miras a la reforma jurídica;

¹⁴ [United Nations Official Document](#)

Relatora especial 11 enero 2019. Estudio privación de libertad.

¹⁵ [A. Turnpenny y otros, Mapping and Understanding Exclusion: Institutional, Coercive and Community-based Services and Practices across Europe \(Mental Health Europe y Universidad de Kent, 2017\)](#)

- b) Desarrollar un conjunto amplio de alternativas no coercitivas para su aplicación en la práctica;
- c) Elaborar una hoja de ruta para reducir radicalmente las prácticas médicas coercitivas, con miras a su eliminación, con la participación de diversas partes interesadas, incluidos los titulares de derechos;
- d) Establecer un intercambio de buenas prácticas entre los países y dentro de ellos;
- e) Ampliar la inversión destinada a la investigación y la recopilación de datos cuantitativos y cualitativos para supervisar los progresos realizados en la consecución de estos objetivos.

Podemos afirmar que, en general, el mundo de la psiquiatría y los responsables políticos y técnicos de los servicios de Salud Mental no ha encajado bien la Convención, y mucho menos los postulados del Comité sobre capacidad jurídica o libertad y seguridad. Mientras, la Organización Mundial de la Salud ha emprendido un trabajo muy intenso para intentar formar en el nuevo paradigma de derechos humanos y salud mental a los profesionales del sector y convencer a las autoridades de salud mental sobre la necesidad de emprender reformas.

La Iniciativa *Quality Rights* de la OMS¹⁶ y sus materiales de formación y divulgación¹⁷, constituyen un marco conceptual completo que debe utilizarse para combatir la reticencia del sector médico psiquiátrico en emprender las reformas en el sistema de salud mental de forma urgente, reduciendo hasta eliminarla la coerción y la utilización de mecanismos involuntarios para atender las situaciones de crisis en salud mental.

La contención no es un acto terapéutico, es un lema del sector que ya ha llegado a resoluciones judiciales esperanzadoras en algunos países como Italia¹⁸ a través de una sentencia del Tribunal Supremo de 2018.

Por todo ello, el viejo dilema bioético entre libertad y seguridad, entre protección y abandono, cuando se trata de personas con un funcionamiento mental que no se corresponde con los estereotipos imperantes, sigue perfectamente vivo, y entronca fuertemente con el desarrollo de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Mi posición ante este desafío es clara. Soy consciente que hoy casi ningún sistema de salud mental del mundo cuenta con el conocimiento, los profesionales y los medios

¹⁶ https://www.who.int/mental_health/policy/quality_rights/en/

¹⁷ <https://www.who.int/publications-detail/who-qualityrights-guidance-and-training-tools>

¹⁸ Más información en: <https://madinamerica-hispanohablante.org/0contenciones-tribunal-supremo-italiano-la-contencion-no-es-un-acto-terapeutico-giovanni-rossi/>

para renunciar a algunas intervenciones involuntarias en casos complejos y extremos en los que chocan diversos valores éticos y jurídicos, pero sí que tengo claro que eso no es porque la Convención esté mal formulada y porque sus postulados sean de imposible aplicación. Si hoy no es posible es precisamente porque no hemos trabajado suficientemente el conocimiento sobre cómo abordar estos casos complejos y extremos de otra manera, gestionando los apoyos y la colisión entre valores y derechos en conflicto con respeto a los derechos humanos de las personas concernidas, y esto es así porque demasiados profesionales no están comprometidos con los cambios necesarios, ya que estos, entre otras cosas, ponen en duda los fundamentos mismos de su profesión y el poder que hoy les otorga, y evidentemente porque no se dedican suficientes medios a la reducción, y eventual extinción, de la coerción como mecanismo de resolución de los conflictos en situaciones extremas relacionadas con salud mental.

La Organización Mundial de la Salud, no un abogado y gestor de una pequeña organización como yo, establece cuál es el estándar profesional que debe guiar las reformas de salud mental en su iniciativa *Quality Rights*. Si se le hiciera el mismo caso en salud mental que en epidemiología o en la inmensa mayoría de especialidades médicas pronto tendríamos miles y miles de profesionales probando nuevas aproximaciones y métodos de apoyo a las personas con problemas de salud mental y seguro que, valorando avances y fracasos, compartiendo conocimiento y escuchando a los protagonistas desde el corazón mismo de las organizaciones de salud mental, el respeto pleno a sus derechos humanos estaría más cerca.

La lucha continúa, y vienen tiempos apasionantes...

BIBLIOGRAFÍA

Applebaum (2016). Protecting the Rights of Persons with Disabilities: an international Convention and Its problems, *Psychiatric Services* 67:4, abril 2016. Disponible en: <https://ps.psychiatryonline.org/doi/pdf/10.1176/appi.ps.201600050>.

Asamblea General sobre Naciones Unidas (2016). Directrices sobre el derecho a la libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad. En *Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Septuagésimo segundo período de sesiones. Suplemento núm. 55*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A/72/55&Lang=en

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 13 de mayo de 2019. *Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España*. Naciones Unidas. CRPD/C/ESP/CO/2-3. Disponible en:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f2-3&Lang=en

Organización de las Naciones Unidas, ONU (2006): *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo*. Disponible en: <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>

Szmukler, Daw & Callard (2014). Mental health law and the UN Convention on the rights of persons with disabilities, *International Journal of Law and Psychiatry* 37 (2014), 245–252.

Szmukler (2017). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 'Rights, will and preferences' in relation to mental health disabilities, *International Journal of Law and Psychiatry* 54 (2017), 90-97.