



Informe del Comité de Bioética de España valorando el borrador de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios

Miembros

Federico de Montalvo Jääskeläinen (Presidente)

Rogelio Altisent Trota (Vicepresidente)

Vicente Bellver Capella

Fidel Cadena Serrano

Manuel de los Reyes López

Pablo Ignacio Fernández Muñiz

Álvaro de la Gándara del Castillo

Encarnación Guillén Navarro

Nicolás Jouve de la Barreda

Natalia López Moratalla

Leonor Ruiz Sicilia

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón

Emilia Sánchez Chamorro (Secretaria)

Abreviaturas:

BPAITI: Borrador del Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales respecto a ingresos y tratamientos involuntarios

CdE: Consejo de Europa

CDPD: Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad

CEDHyB: Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina

CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

CoDPD: Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad

DH-BIO: Comité de Bioética del Consejo de Europa

LBAP: Ley Básica de Autonomía del Paciente

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

TAI: Tratamientos ambulatorios involuntarios

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

UN: Organización de Naciones Unidas

1.- Introducción

El Consejo de Europa (CdE) es la organización intergubernamental de alcance europeo específicamente creada para la protección de los derechos humanos. En 1950 aprobó la Convención Europea de Derechos Humanos, que dio lugar a una formidable garantía jurisdiccional de los derechos de los ciudadanos de los Estados miembros, de alcance supranacional. Desde entonces el CdE se ha convertido en una institución de referencia en la protección de los derechos humanos a nivel universal y, de hecho, en otras regiones del mundo se han creado instituciones con análogos fines y procedimientos.

Con el objeto de conseguir una protección más eficaz y minuciosa de los derechos humanos, el CdE ha ido aprobando instrumentos legales vinculantes sobre materias concretas. Con la finalidad de fortalecer la protección de los derechos humanos ante los avances de la biomedicina, aprobó en 1997 el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (CEDHyB), también conocido como Convenio de Oviedo. En la actualidad, 29 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, entre ellos España, lo han ratificado y, por tanto, están obligados a su cumplimiento. Se trata del primer convenio internacional, y hasta ahora único, que reconoce y establece mecanismos de protección para los derechos humanos en el campo concreto de la biomedicina. El Convenio de Oviedo y los cuatro protocolos adicionales aprobados hasta el momento colocan al CdE a la vanguardia del Bioderecho a nivel mundial.

El Comité de Bioética del Consejo de Europa (DH-BIO) es el órgano encargado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa para elaborar los textos legales o recomendaciones sobre derechos humanos en el campo de la biomedicina. A este órgano, que elaboró el texto del Convenio de Oviedo y de los protocolos adicionales aprobados hasta el momento, le sigue correspondiendo la responsabilidad de elaborar nuevos protocolos adicionales, en el marco de las indicaciones recibidas por el Comité de Ministros.

En 2013 el DH-BIO inició los trabajos de elaboración de un borrador de protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales, centrándose en el internamiento y tratamiento involuntario (BPAITI). Desde 2015, cuando esta iniciativa se abrió a consulta pública, muchos interesados han pedido su retirada porque consideran que entra en contradicción con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CoDPC). Entre ellos encontramos comités de expertos de organizaciones intergubernamentales, de manera destacada el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas (CDPD); y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos y de representantes de personas con discapacidad. Este movimiento de rechazo alcanzó a algunos órganos

del propio CdE, tan relevantes como la Asamblea Parlamentaria o el Comisionado para los Derechos Humanos del CdE. Algunos Estados como Portugal, Bulgaria y la República de Macedonia del Norte ya han manifestado su oposición al BPAITI. El DH-BIO, por su parte, se mantiene en el propósito de seguir adelante para llegar a aprobar un instrumento legal que proteja los derechos de las personas con un diagnóstico de salud mental en las situaciones de internamiento y tratamiento involuntario.

Mediante carta de 7 de marzo de 2019, el Secretario General de Sanidad y Consumo solicita al Comité de Bioética de España “dada vuestra condición de máximo órgano consultivo del Gobierno en materia de Bioética, una valoración motivada y cualificada sobre la Propuesta de Protocolo Adicional al Convenio de Oviedo”. Atendiendo a esta solicitud, el Comité de Bioética de España, como órgano colegiado e independiente con funciones de asesoramiento sobre bioética, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley de Investigación Biomédica en su artículo 78, emite el presente informe.

Después de presentar las líneas generales del BPAITI, el informe recoge las reacciones ante esta iniciativa tanto de los organismos intergubernamentales dedicados a los derechos humanos como de la sociedad civil, a través de las organizaciones no gubernamentales que trabajan en el campo de los derechos humanos y de la discapacidad. Prestamos una atención particular a la situación en España. Finalmente ofrecemos la valoración que nos merece el BPAITI.

2.- Aspectos fundamentales del BPAITI

El BPAITI aspira a desarrollar lo dispuesto en el CEDHyB sobre los internamientos y tratamientos involuntarios. Por tanto, conviene empezar por referirse a lo establecido en esta norma, vinculante para los 29 Estados del CdE que la han ratificado, entre ellos España.

El CEDHyB permite las intervenciones involuntarias sobre personas con discapacidad psicosocial, en dos tipos de situaciones: cuando se haya declarado su incapacidad o cuando actúe contra su propia salud.

En primer lugar, considera que una persona con discapacidad psicosocial puede ver reducida o anulada su capacidad de obrar. En esos casos, su capacidad es sustituida por la de un representante, que toma las decisiones en su lugar. Así lo dispone el CEDHyB:

“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, de 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” (art. 6).

Este modelo de la sustitución en la toma de decisiones podría interpretarse como contrario a la CoDPC, cuyo art. 12 reconoce que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Según este precepto, el hecho de tener una discapacidad no justifica un menor reconocimiento de la capacidad jurídica (y de obrar) y, mucho menos, una negación de la misma. Las personas con discapacidad intelectual o psicosocial tienen la misma capacidad jurídica que las demás y lo que precisan, para ejercerla efectivamente, es disponer de las medidas de apoyo necesarias.

En segundo lugar, el CEDHyB permite los tratamientos e internamientos involuntarios de una persona con trastorno mental cuando esté en riesgo su salud:

“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” (art. 7).

Con arreglo a este artículo, es posible intervenir en contra de la voluntad de la persona para tratarla de su trastorno mental, pero solo en el caso de que, si se dejara de hacer, se pondría en riesgo su salud. Por tanto, se tienen que dar cuatro condiciones: la persona sufre un trastorno mental que produce una merma en sus facultades mentales; la intervención es necesaria para tratar específicamente esa disfunción mental; la falta de tratamiento produce un daño en la salud de la persona; y se respetan las garantías de protección establecidas en las leyes nacionales.

Esta disposición puede entenderse contraria a la CoDPD, concretamente a los derechos a no ser privado de libertad arbitrariamente (art. 14); a no ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15); y a recibir una asistencia sanitaria basada en el consentimiento libre e informado (art. 25). Toda la CoDPD pivota sobre el principio de que la discapacidad nunca puede justificar un trato distinto al de las demás personas, aunque concurren junto a ella otras circunstancias. El art. 7 del CEDHyB parece ir contra ese principio.

Cuando la patología que amenaza la salud de una persona con discapacidad psicosocial no es mental sino de otro tipo, se puede intervenir sobre ella sin contar con su consentimiento, bien cuando se considere que carece de la capacidad para dar su consentimiento (de acuerdo con el art. 6 del CEDHyB), o bien cuando se trate de una urgencia (según el art. 8).

Las intervenciones involuntarias sobre personas con trastorno mental, al igual que sobre personas que no lo padecen, se pueden llevar a cabo en la medida en que se trate de medidas necesarias para proteger las libertades o los derechos de los otros (art. 26 del CEDHyB).

Tras la aprobación de la CoDPD de 2006, viendo que muchos Estados que habían ratificado el CEDHyB también ratificaban la CoDPD, el DH-BIO se preguntó si podía existir una incompatibilidad entre una y otra norma: concretamente, entre los arts. 14, 15 y 17 de la CoDPD y los arts. 7 y 26 del CEDHyD. En una breve declaración adoptada en 2011 manifestó que no existía incompatibilidad entre la CoDPD y el CEDHyB porque “la existencia de una discapacidad no puede justificar por sí sola la privación de libertad o el tratamiento involuntario. El tratamiento o el internamiento involuntario solo se pueden justificar en conexión con un problema mental importante, si es probable que la ausencia de tratamiento o internamiento provocará un daño grave en la salud de la persona o de un tercero”¹.

La preocupación del CdE por aprobar guías y normas sobre internamientos y tratamientos involuntarios que sean respetuosas con los derechos humanos viene de lejos. Además de los mencionados artículos del CEDHyB, en 2004 se aprobó una Recomendación del Comité de Ministros del CdE sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con desorden mental². En este texto ya se contemplan los principios que, según el CdE, deben regir cualquier decisión de internamiento o tratamiento involuntario en personas con un diagnóstico de salud mental.

En 2013 el DH-BIO comenzó a trabajar en la preparación del BPAITI. En 2015 lo sometió a consulta pública con el compromiso de tomar en consideración los comentarios a la hora de preparar el texto final del BPAITI. El documento que recoge esos comentarios se hizo público y evidenció las reservas, o incluso el abierto rechazo, que generaba el documento³. En 2016 la Asamblea Parlamentaria del CdE adoptó una Recomendación muy crítica con el BPAITI, a la que se hace referencia más adelante, por entender que resultaba incompatible con la CoDPD. En noviembre del mismo año,

¹ Steering Committee on Bioethics, *Statement on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, CDBI/INF (2011) 10, November 2011, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804553b0>

² Council of Europe, *Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member states concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder*, 22 de septiembre de 2004, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dc0c1

³ DH-BIO, *Additional Protocol on the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorders with regard to involuntary placement and involuntary treatment. Compilation of comments received during the public consultation*, DH-BIO/INF (2015) 20, 9 de diciembre de 2015, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805ab6fe>

el Comité de Ministros respondió a la Asamblea Parlamentaria asegurando que el BPAITI “contribuiría a la prevención de los abusos y promovería la progresiva transición hacia una aplicación más uniforme de las medidas voluntarias en psiquiatría por parte de los Estados miembros, de acuerdo con el espíritu de la CoDPD”.

Con el respaldo del Comité de Ministros, el DH-BIO reanudó su trabajo tomando en consideración los comentarios recibidos en la consulta pública de 2015, y con la voluntad de integrar a las organizaciones de derechos de la discapacidad, invitándolas a participar como observadoras en las sesiones dedicadas al BPAITI. Estos colectivos pronto quedaron defraudados sobre el modo en que se buscaba su participación, y anunciaron que dejarían de participar en las reuniones. Así las cosas, en mayo de 2018 se aprobó una nueva versión del BPAITI y de su informe explicativo, que ha sido remitidos a diversos organismos del CdE para que den su opinión.

La versión actual del BPAITI consta de un Preámbulo y ocho capítulos: (I) Objetivo y alcance, (II) Medidas alternativas, (III) Disposiciones generales, (IV) Criterios para el internamiento involuntario y el tratamiento involuntario, (V) Procedimientos relativos al internamiento y el tratamiento involuntario, (VI) Situaciones especiales, (VII) Información y comunicación, y (VIII) Conservación de registros, procedimientos de reclamación y vigilancia. Seguidamente presentamos un resumen de la regulación propuesta en el BPAITI.

El Preámbulo del BPAITI afirma que el Protocolo Adicional tiene como bases la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el CEDHyB, y la CoDPD, y da continuidad a lo establecido en la Recomendación 2004 (10). El objetivo es proteger los derechos de las personas con trastorno mental que son sometidas a internamientos o tratamientos involuntarios (art. 1). Deja fuera de consideración a los menores de edad y a los afectados por estas medidas en el contexto de un procedimiento penal (art. 2). Exige a los Estados el desarrollo y la adopción de medidas menos restrictivas e intrusivas antes de llegar al internamiento o el tratamiento involuntarios (art. 3). Las medidas involuntarias solo se adoptarán bajo el principio de necesidad y proporcionalidad, por lo que se procurará el ambiente menos restrictivo y el tratamiento menos intrusivo que cumpla con las necesidades de proteger la salud del sujeto o la vida de otras personas (art. 5). Las personas a las que se plantee aplicar estas medidas tienen el derecho a elegir una persona de confianza y a contar con asistencia legal (art. 6). Las personas sujetas a medidas involuntarias serán atendidas por personas competentes y experimentadas, que las cuiden con arreglo a las obligaciones y estándares profesionales (art. 8) y en un ambiente apropiado (art. 9).

Las medidas involuntarias solo se aplicarán cuando concurren las siguientes condiciones: (1) que la persona con problemas de salud mental represente un riesgo significativo de daño grave para su salud, y su capacidad para decidir está seriamente dañada; o que la persona con problemas de salud mental represente un riesgo significativo de daño grave para otros; (2) que la medida involuntaria tenga una finalidad terapéutica; y (3) que todas las medidas voluntarias para afrontar esos riesgos hayan resultado insuficientes (arts. 10 y 11).

Las medidas involuntarias deberán ser dictadas por un órgano jurisdiccional u otro organismo competente; contando con el informe de un médico especialista; habiendo escuchado a la persona afectada, que contará con el apoyo de una persona de su confianza; teniendo en cuenta su opinión, así como los deseos expresados con anterioridad; y consultando a su representante, si lo tuviera. Una vez adoptado el internamiento, el tratamiento involuntario lo pueden decidir dos médicos, siempre que se tengan en cuenta los pareceres de la persona afectada, su persona de confianza y, en su caso, su representante. La decisión de la medida involuntaria señalará el tiempo que puede durar, y la ley establecerá el tiempo máximo que puede llegar a tener una medida involuntaria, así como los procesos de revisión periódica (art. 12). En situaciones de emergencia un órgano competente puede adoptar la decisión de la medida involuntaria, contando con el pertinente informe médico, y habiendo escuchado en la medida de lo posible a la persona afectada, a la persona de su confianza y, en su caso, a su representante. Estas medidas serán tan breves como sea posible, y nunca se extenderán más tiempo del legalmente establecido. Solo podrá incrementar su duración si así se decide conforme al procedimiento previsto en el artículo anterior (art. 13).

El fin de las medidas involuntarias lo determinará el médico encargado de los cuidados de la persona y la autoridad responsable de la medida (art. 15). La persona sometida a la medida involuntaria tendrá el derecho a recurrir la decisión y a solicitar la revisión de la medida o su continuidad (art. 16).

Las medidas de aislamiento y contención solo se podrán emplear como el último recurso y por el tiempo estrictamente necesario (art. 17). En todo caso, se prohíbe el empleo de medidas que produzcan efectos físicos irreversibles (art. 18).

Tanto las personas sujetas a la medida, como su asistente legal, su persona de confianza y su representante serán informados de sus derechos, y de las razones para adoptar la medida y de su previsible evolución (art. 19). Se reconoce también el derecho de la persona sujeta a medidas involuntarias a mantener comunicación sin restricciones con su asistente legal, su persona de confianza y su representante (art. 20). Finalmente, los Estados tienen la obligación de someter a una vigilancia

independiente el cumplimiento de estas disposiciones y que las instalaciones en las que se lleven a cabo los internamientos cuenten con la debida acreditación (art. 23).

Según lo dispuesto en el BPAITI, las medidas involuntarias solo pueden emplearse si la condición de salud mental de la persona representa un riesgo significativo de daño grave para su salud o la de otros, si tiene un propósito terapéutico y si las medidas voluntarias son insuficientes para afrontar el riesgo. Son el último recurso. Para adoptar esa medida se requiere un proceso judicial, en el que la persona deberá ser escuchada y tendrá derecho a la defensa. La medida solo durará mientras se dé el riesgo que la desencadenó. Y solo personas cualificadas deberán ocuparse de los cuidados de estas personas. El BPAITI y su informe explicativo insisten en que estas medidas no son discriminatorias porque no es la existencia de un trastorno mental en cuanto tal la justifica la medida involuntaria.

Ante la enorme controversia que ha generado el BPAITI, el DH-BIO publicó en enero de 2019 una nota explicando la necesidad de su aprobación⁴. El DH-BIO señala que muchos Estados miembros del CdE regulan las medidas involuntarias y que así lo han hecho notar al CDPD cuando han informado sobre la implementación de la CoDPD en sus países. Solo tres países (Portugal, Bulgaria y Macedonia del Norte) han manifestado ante la CoDPD su compromiso de eliminar a corto plazo las medidas involuntarias. También estos tres han expresado públicamente su rechazo al BPAITI.

Señala que hay un incremento de las condenas a los Estados por violación del art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos por falta de garantías procesales a la hora de adoptar medidas involuntarias. También recuerda que, cuando se examinó el grado de cumplimiento de la Recomendación 2004 (10), se comprobó que un cierto número de Estados miembros carecían de normas adecuadas a la hora de adoptar medidas involuntarias. La aprobación de un Protocolo Adicional sobre esta materia serviría para que los Estados incorporaran, en sus normativas sobre medidas involuntarias, las garantías que protegen efectivamente los derechos de las personas con trastorno mental. Y lo harían alineándose con la jurisprudencia que viene dictando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre esta materia. El DH-BIO afirma que el BPAITI no promueve la adopción de medidas involuntarias, como algunos han dicho. Al contrario, servirá para evitar los abusos, promover el uso de medidas alternativas de carácter voluntario, asegurar que las medidas involuntarias son siempre el último recurso, y que su aplicación es llevada a cabo de modo que la persona afectada pueda ejercer sus derechos.

⁴ DH-BIO, *Draft Additional Protocol concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment. Frequently asked questions*, DH-BIO/INF (2018) 10, 9 de enero de 2019, <https://rm.coe.int/inf-2018-10-psy-frequent-questions-e/1680925d19>

Antes de presentar las opiniones contrarias al BPAITI conviene hacer una sucinta revisión de la jurisprudencia del TEDH sobre las condiciones que exige para que el internamiento involuntario sea conforme con la CEDH.

El art. 5 autoriza la privación de libertad de las personas con trastorno mental cuando concurra un peligro para la seguridad de terceros, o bien cuando los propios intereses de la persona puedan requerir dicha detención⁵. Y si bien los términos que recoge el artículo 5 no se limitan a exigir que concurra, en sentido estricto, una enfermedad mental, pudiendo concurrir razones sociales (véase, alcoholismo o toxicomanía), ello no permite la detención de alguien simplemente porque sus puntos de vista o comportamiento se desvíen de las normas sociales establecidas⁶.

El término trastorno mental debe tener un significado autónomo, sin que el Tribunal esté necesariamente vinculado por la interpretación que del término haya establecido una norma nacional⁷, aunque no se considera que deba concurrir necesariamente una condición tal en la persona que excluya o limite su responsabilidad penal según la norma nacional⁸.

La doctrina del Tribunal viene exigiendo la concurrencia de tres requisitos mínimos para poder privar de libertad a una persona por trastorno mental⁹:

1.º Que concurra un trastorno mental acreditado por profesional médico. Se debe demostrar de manera fiable que la persona interesada no tiene una mente sana, es decir, debe establecerse un verdadero trastorno mental ante una autoridad competente sobre la base de evidencia médica objetiva.

En relación con esta condición mínima, el Tribunal ha declarado que ninguna privación de libertad de una persona con enfermedad mental es conforme al art. 5 si se ha ordenado sin el criterio de un experto médico¹⁰. Cuando el examen personal por un experto médico no sea posible (por ejemplo, por rechazarlo la persona interesada), al menos, aquél debe haber valorado el historial médico del sujeto¹¹.

En el caso X c. Finlandia, el Tribunal consideró que se había vulnerado el art. 5 del Convenio, dado que la privación de libertad se había adoptado sin una base médica

⁵ Guzzardi v Italia, § 98 in fine.

⁶ Rakevich v. Russia, § 26.

⁷ Petschulies v. Germany, 74-77.

⁸ Ilseher v. Germany [GC], § 149.

⁹ Ilseher v. Germany [GC], § 127; Stanev v. Bulgaria [GC], § 145; DD v. Lithuania, § 156; Kallweit v. Alemania, § 45; Shtukaturov v. Rusia, § 114; Varbanov v. Bulgaria, § 45; y Winterwerp v. Países Bajos, § 39.

¹⁰ Ruiz Rivera v. Suiza, § 59; SR c. Los Países Bajos (dec.), § 31.

¹¹ Constancia v. Netherlands, § 26.

independiente, ya que los médicos que apoyaban prolongar la privación de libertad del sujeto prestaban sus servicios en el Hospital en el que estaba recluso aquél.

2.ª Que esté justificada en el caso concreto la privación de libertad, siendo una medida, en todo caso, necesaria.

La privación de libertad de una persona con trastorno mental puede ser necesaria no solo cuando la persona necesita terapia, medicamentos u otro tratamiento clínico para curar o aliviar su condición, sino también cuando la persona necesita control y supervisión para evitar que, por ejemplo, se cause daño a sí mismo o a otras personas¹². Y si bien el art. 5 autoriza el confinamiento de una persona con trastornos mentales, incluso cuando no se prevé un tratamiento médico, tal medida debe estar debidamente justificada por la gravedad del estado de salud de la persona y la necesidad de proteger a la persona en cuestión u otras personas¹³.

La enfermedad o trastorno del individuo debe ser de cierta gravedad para ser considerada como un trastorno mental "verdadero"¹⁴. Para ser calificado como un verdadero trastorno mental a los efectos del subpárrafo (e) del art. 5.1, el trastorno mental en cuestión debe ser tan grave como para requerir tratamiento en una institución apropiada para pacientes de salud mental¹⁵.

3.ª Que el trastorno mental persista durante todo el periodo de la privación de libertad. De este modo, los informes de los expertos médicos en los que se haya basado las autoridades deben ser lo suficientemente recientes¹⁶.

Por otro lado, el Tribunal tiene establecido que, para que la privación pueda ser conforme al Convenio, se requiere que haya sido adoptada en el marco de un procedimiento justo y adecuado que ofrezca a la persona interesada suficiente protección contra una privación de libertad arbitraria¹⁷, en el que debe atenderse, especialmente, a la vulnerabilidad de los individuos que sufren trastornos mentales y la necesidad de aducir razones muy importantes para justificar cualquier restricción de sus derechos¹⁸. Por ello, es esencial que la persona interesada tenga acceso a un tribunal y la oportunidad de ser escuchada personalmente o, cuando sea necesario, a través de algún tipo de representación. Esto implica que una persona confinada en una institución psiquiátrica debería, a menos que existan circunstancias especiales,

¹² *Ilseher v. Germany* [GC], § 133; *Hutchison Reid v. United Kingdom*, § 52.

¹³ *N. v. Rumania*, § 151.

¹⁴ *Glien v. Germany*, § 85.

¹⁵ *Ilseher v. Germany* [GC], § 129; *Petschulies v. Germany*, § 76.

¹⁶ *Kadusic v. Suiza*, §§ 44 y 55.

¹⁷ *VK v. Russia*, § 33; *X. v. Finland*, § 148.

¹⁸ *MS v Croacia* (no. 2), § 147.

recibir asistencia legal en los procedimientos relacionados con la continuación, suspensión o finalización de su confinamiento¹⁹.

3.- Voces discrepantes con el BPAITI en el mismo Consejo de Europa

Dos órganos del CdE se han pronunciado hasta el momento sobre el BPAITI: la Asamblea Parlamentaria y el Comisionado para los Derechos Humanos. Ambos lo han hecho mostrando en varias ocasiones su rechazo a la iniciativa.

En 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la recomendación 2091 (2016) sobre “The case against a Council of Europe legal instrument on involuntary measures in psychiatry”²⁰. En ella se hacen las siguientes recomendaciones al Comité de Ministros del CdE para que instruya al DH-BIO. En primer lugar, propone que se deje el BPAITI y, en su lugar, se trabaje en la promoción de alternativas a las medidas involuntarias, y en idear medidas que incrementen la implicación de las personas con discapacidad psicosocial en las decisiones que afectan a su salud. Para el caso de que el Comité de Ministros entienda que vale la pena seguir trabajando en el BPAITI, la Asamblea Parlamentaria recomienda que el DH-BIO implique a las organizaciones de derechos de las personas con discapacidad en el proceso de redacción, de acuerdo con la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 2039 (2015), que exige que todas las políticas y medidas que se adopten relacionadas con las personas con discapacidad se lleven a cabo con la estrecha participación de las organizaciones que les representan.

La Asamblea Parlamentaria sostiene esta posición por las siguientes razones. Recuerda que la CoDPD (que se aprobó en 2006, entró en vigor en 2008, y está ratificada en la actualidad por 177 Estados, entre los que se encuentran 46 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa) es la referencia desde la que deben ser evaluadas todas las normas sobre derechos de las personas con discapacidad que se adopten tanto en el plano nacional como internacional. La CoDPD no se refiere expresamente a los internamientos o tratamientos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial. Sin embargo, en su art. 14 sobre la libertad y la seguridad de las personas, prohíbe la privación de libertad basada en la existencia de una discapacidad.

La Asamblea Parlamentaria recuerda que el CDPD interpretó que el art. 14 prohíbe la privación de libertad basada en la existencia de una discapacidad, aunque se aleguen circunstancias adicionales para justificar esas medidas, como la peligrosidad para uno mismo o para los otros. Considera que las leyes sobre salud mental que permiten o regulan esas medidas son discriminatorias y suponen una privación arbitraria de la libertad. Así lo entiende porque otras personas que están en riesgo de resultar

¹⁹ Ibid., §§ 152 y 153; N. v. Romania , § 196.

²⁰ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22757&lang=en>

peligrosas para ellas mismas o para otros no están sujetas a las mismas restricciones de sus derechos. También considera que los tratamientos involuntarios violan el derecho al igual reconocimiento ante la ley e infringen el derecho a la integridad personal. La Asamblea Parlamentaria concluye que el BPAITI consagra un vínculo entre medidas involuntarias y discapacidad que resulta discriminatorio y contrario a la CoDPD.

El Comité de Ministros, a su vez, respondió a la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria²¹. No entra directamente a considerar si existe o no compatibilidad entre el BPAITI y la CoDPD. Pero recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha admitido que estas medidas pueden resultar lícitas bajo ciertas condiciones²². Teniendo en cuenta que existe una gran variedad de normas sobre medidas involuntarias entre los Estados miembros del CdE, y que el TEDH ha recibido muchas reclamaciones relacionadas con la adopción de medidas involuntarias, el Comité de Ministros considera que la adopción de este instrumento servirá para fijar unos estándares comunes, que garanticen la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial sometidas a medidas involuntarias. Por eso, respalda el trabajo del DH-BIO, al tiempo que le insta a involucrar a las organizaciones de derechos de la discapacidad en la elaboración del BPAITI.

En mayo de 2018 el DH-BIO decidió remitir una nueva versión del BPAITI a distintos órganos del CdE para que enviaran comentarios al respecto y también acordó desclasificar el documento y ponerlo así en conocimiento del público en general. La nueva versión fue objeto de igual rechazo que la anterior, en la medida en que no modifica ninguno de los aspectos esenciales que habían justificado el rechazo inicial.

El DH-BIO mantiene su agenda de trabajo sobre el BPAITI por las siguientes razones. En primer lugar, el BPAITI desarrolla algunas disposiciones del CEDHyD, limitándose a establecer las garantías específicas que deben darse para que puedan adoptarse las medidas involuntarias permitidas por el CEDHyB. En segundo lugar, entiende que todos los Estados que han ratificado la CoDPD tienen, al mismo tiempo, leyes que permiten las medidas involuntarias en personas con discapacidad psicosocial. Si realmente todas esas leyes ellas fueran por principio contrarias a la CoDPD, los

²¹ Reply of the Committee of Ministers, “The case against a Council of Europe legal instrument on involuntary measures in psychiatry” Parliamentary Assembly Recommendation 2091 (2016), CM/AS(2016)Rec2091-final, 9 de noviembre de 2016;

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806b8195

²² El TEDH dice que “a mental disorder may be considered as being of a degree warranting compulsory confinement if it is found that the confinement of the person concerned is warranted as the person needs therapy, medication or other clinical treatment to cure or alleviate his/her condition, but also where the person needs control and supervision to prevent him/her from, for example, causing harm to him/herself or other persons”; *Bergmann v. Germany*, No. 23279/14, judgment of 7 January 2016, § 97.

Estados no habrían ratificado dicha convención. Pero precisamente porque el mayor número de violaciones de los derechos de las personas con discapacidad se produce al adoptar las medidas involuntarias, como acredita la jurisprudencia del TEDH, el DH-BIO entiende que es muy conveniente aprobar unas garantías básicas sobre el modo en que se ha de proceder en esos casos. Así se incrementará la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La presunción de que la violación de los derechos humanos en relación con las medidas involuntarias está en la falta de garantías y no en el planteamiento de fondo, sin embargo, se viene abajo si se comprueba que esas garantías se incumplen con mucha frecuencia. Esa es la denuncia que hizo el Comisionado para los Derechos Humanos del CdE, Nils Muižnieks: que las salvaguardias de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial a la hora de adoptar internamientos o tratamientos involuntarios no se cumplen²³.

En octubre de 2018 el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible de la Asamblea Parlamentaria del CdE elaboró un informe sobre la situación en la que se encontraba el BPAITI. En él insiste en que la mejor manera de proteger los derechos de las personas con discapacidad ante las medidas involuntarias en psiquiatría es, en primer lugar, tratar de suprimirlas y sustituirlas por los servicios de apoyo que permitan a estas personas vivir independientemente, formar parte de la comunidad, y ejercer su autonomía. Se trata de trabajar en la progresiva eliminación de las medidas involuntarias que no logran respetar sus derechos, voluntades y preferencias. El CdE, en lugar de adoptar un instrumento jurídico vinculante que corre el riesgo de perpetuar el estado de cosas actual, debería plantearse qué hacer para que los Estados dirijan sus políticas a la consecución de esos objetivos. Ese es el verdadero reto que hay que afrontar y que llevará tiempo alcanzar porque tiene que combatir estereotipos y cambiar la mente de nuestras sociedades, en las que todavía está muy arraigado el prejuicio de que los pacientes psiquiátricos son peligrosos. Este cambio de paradigma cuenta con la resistencia de muchos Estados, así como de algunos colectivos médicos.

El Comisionado sobre Derechos Humanos se ha manifestado públicamente en dos ocasiones sobre el BPAITI. La primera fue en 2017, en el mencionado comentario del Comisionado Nils Muižnieks y que tenía un título muy elocuente: “El respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial: una obligación todavía no enteramente comprendida”. Según el Comisionado, el objetivo del BPAITI de adoptar unas salvaguardias adecuadas para que las medidas involuntarias que se

²³ Nils Muižnieks, *Comment: Respecting the human rights of persons with psychosocial and intellectual disabilities: an obligation not yet fully understood*, 28 de Agosto de 2017, <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/respecting-the-human-rights-of-persons-with-psychosocial-and-intellectual-disabilities-an-obligation-not-yet-fully-understood>

apliquen a las personas con discapacidad psicosocial siempre respeten sus derechos es estéril. La práctica confirma que esas normas no sirven para ese fin sino para dar apariencia de legitimidad a auténticas vulneraciones de derechos de esas personas. Por ello, al tiempo que rechaza la iniciativa, invita a los Estados miembros a que, inspirándose en las buenas prácticas ya en funcionamiento en distintos lugares del mundo, reformen los sistemas de asistencia en salud mental con el objetivo de reducir drásticamente las intervenciones coercitivas en psiquiatría, hasta eliminarlas por completo. Los internamientos involuntarios deberían limitarse a urgencias vitales y estar siempre basados en criterios objetivos y no discriminatorios, que no estén específicamente dirigidos a personas con discapacidades.

Dunja Mijatović sustituyó a Nils Muižnieks como Comisionada para los Derechos Humanos del CdE y, como él, se mostró contraria a la continuación de los trabajos dirigidos a aprobar el BPAITI y abogó por que el DH-BIO centrara sus esfuerzos en proponer vías para reducir las medidas involuntarias en psiquiatría. La Comisionada señaló que, yendo contra los deseos y puntos de vista de las personas a las que se busca proteger, y cuestionando los estándares alcanzados en la esfera internacional tras enormes esfuerzos (en particular, la CoDPD), solo se logrará debilitar la protección de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial y socavar el prestigio del CdE, al exponerlo al grave riesgo de un conflicto entre normas internacionales²⁴.

4.- La CoDPD y las reacciones ante el BPAITI del CDPD y de otros organismos del sistema de NU

La CoDPD no habla de medidas involuntarias, pero contiene algunas normas que afectan directamente a su adopción en personas con discapacidad psicosocial. En primer lugar, encontramos el art. 12, que afirma:

“2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Esta disposición, que fue una de las más controvertidas de la CoDPD, a su vez constituye uno de sus pilares fundamentales y consagra el principio de que la capacidad jurídica de la persona nunca puede verse modificada por razón de la

²⁴ Commissioner for Human Rights, Council of Europe, *2nd Quarterly Activity Report 2018*, pp. 10-11; <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016808d7ea2>

discapacidad. Este principio resultaba evidente para todos en los supuestos de discapacidad sensorial o física. Sin embargo, generó dudas para los casos de discapacidad intelectual o psicosocial. Existe un acuerdo general en reconocer que la asistencia sanitaria a las personas debe llevarse a cabo con arreglo al principio del consentimiento libre e informado. La discrepancia está en que, mientras unos sostienen que pueden darse determinadas circunstancias que justifiquen excepcionalmente la adopción de medidas involuntarias en las personas con discapacidad psicosocial, otros entienden que nunca se puede negar y sustituir la capacidad jurídica de una persona por el hecho de tener una discapacidad. Eso es lo que consagró la CoDPD. Lo que procede, por tanto, es procurar las medidas de apoyo adecuadas para que las personas con discapacidad psicosocial puedan comprender lo que se les propone y tomar libremente sus decisiones. En definitiva, la CoDPD descartó el paradigma de la sustitución en la toma de decisiones, y consagró el paradigma de los apoyos para tomar las decisiones.

En el ámbito de la asistencia sanitaria, la CoDPD concreta este principio de la igual capacidad al exigir a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado (art. 25). Si partimos de que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad que las demás, su asistencia sanitaria solo se podrá llevar a cabo con su consentimiento libre e informado.

Por lo que respecta a las medidas de internamiento involuntario, la CoDPD prohíbe la privación ilegal o arbitraria de la libertad de las personas y subraya que la discapacidad no justificará en ningún caso una privación de libertad. Por tanto, solo cabe el internamiento involuntario de una persona cuando la ley lo autorice, y la ley nunca podrá justificar esa medida por la existencia de una discapacidad.

Se puede entender que las medidas involuntarias realizadas en personas con discapacidad quedan descartadas por la CoDPD, al proclamar que “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás” (art. 17). Más aún, la CoDPD obliga a los Estados a adoptar “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” (art. 15.2).

Es cierto que, si bien la interpretación ofrecida parece la más plausible, el texto de la CoDPD no hace imposible otro tipo de interpretaciones. Pero conviene recordar que en 2012 el CDPD aprobó la Observación general n. 1 a la CoDPD, dedicándola al art. 12, que trata del igual reconocimiento como persona ante la ley. En ella encontramos

el siguiente párrafo sobre los tratamientos involuntarios a las personas con discapacidad:

“38. Como se ha afirmado en varias observaciones finales, el tratamiento obligatorio por parte de profesionales de la psiquiatría y otros profesionales de la salud y la medicina es una violación del derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y una infracción del derecho a la integridad personal (art. 17), el derecho a la protección contra la tortura (art. 15) y el derecho a la protección contra la violencia, la explotación y el abuso (art. 16). Esa práctica niega la capacidad jurídica de una persona de elegir el tratamiento médico y por ello constituye una violación del artículo 12 de la Convención. Los Estados partes tienen la obligación de proporcionar acceso al apoyo para las decisiones relativas al tratamiento psiquiátrico y otros tratamientos médicos. El tratamiento obligatorio es un problema que afecta especialmente a las personas con discapacidad psicosocial, intelectual y otras discapacidades cognitivas. Los Estados deben eliminar las políticas y las disposiciones legislativas que permiten o perpetran el tratamiento obligatorio, ya que constituyen una violación permanente de la legislación de salud mental en todo el mundo, a pesar de los datos empíricos que indican que no es eficaz y las opiniones de los usuarios de los sistemas de salud mental que han padecido sufrimientos y traumas profundos como consecuencia de tratamientos obligatorios. El Comité recomienda que los Estados partes velen por que las decisiones relativas a la integridad física o mental de una persona solo se puedan adoptar con el consentimiento libre e informado de la persona en cuestión”.

Por si quedaran dudas al respecto, en septiembre de 2015 el CDPD aprobó unas guías sobre el art. 14 de la CoDPD, en las que se reafirma la prohibición sin excepciones de la detención de las personas por el hecho de que tengan una discapacidad. También se considera contrario al derecho a la libertad su detención involuntaria en base a la presunta necesidad de cuidados o tratamiento. Admite que, a pesar de ser contraria al art. 14, muchos Estados permiten la detención de esas personas cuando concurren otras circunstancias, como el presunto peligro para ellas mismas o para otras.

Estas guías identifican el prejuicio que debe combatirse: el de considerar que cuando las personas con discapacidad intelectual o psicosocial no consienten o se resisten al tratamiento médico o terapéutico, se convierten automáticamente en un peligro para ellas mismas o para otros. Se crea así una circularidad perversa para la persona con discapacidad: como no consiente a determinado tratamiento, se la considera un peligro para ella misma o para las demás y, entonces, procede someterla a medidas involuntarias. Lo cierto es que la discapacidad no hace peligrosas a las personas y, en consecuencia, no procede una legislación especial para ellas, como son las leyes de salud mental. Por tanto, estas leyes, que suelen tener unos estándares de protección reducida de los derechos humanos, son incompatibles con el art. 14 de la CoDPD y deben abolirse. La solución consiste en aplicar las leyes generales que en todo Estado

de Derecho existen para tratar a las personas cuando se ponen en peligro a sí mismas o a terceros.

En este mismo documento se señala que la libertad para tomar las propias decisiones, reconocida en el art. 3 de la CoDPD, incluye la libertad para asumir riesgos y para equivocarse, en las mismas condiciones que las personas sin discapacidad. Y recuerda que la Observación General n. 1 proclamó que las decisiones sobre el tratamiento médico o psiquiátrico deben ser conformes con la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Con todos estos antecedentes, no sorprende que el CDPD aprobara e hiciera pública en 2018 una declaración pidiendo a los Estados parte en la CoDPD que se opusieran al BPAITI. Esta declaración considera que el BPAITI es contrario a los arts. 5, 12, 14, 15, 17 y 25 de la CoDPD. Sostiene que si el BPAITI llegara a aprobarse se perpetuarían las leyes de salud mental, que se sostienen sobre la errónea base de pensar que las personas con discapacidad merecen un trato diferente, y sancionan unos niveles más reducidos de protección de los derechos humanos.

La declaración afirma que, a pesar de la carta conjunta remitida en 2017 al Secretario General del Consejo de Europa por el Grupo de Trabajo en Detenciones Arbitrarias, la Presidencia de la Comisión de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Relator Especial de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Relator Especial sobre el Derecho de todos al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, el DH-BIO no ha contemplado alternativas al BPAITI. Concluye pidiendo que los Estados Parte en la CoDPD, y que son miembros del CdE, rechacen este borrador, como ya lo han hecho Bulgaria, Portugal y la República de Macedonia del Norte.

Solo dos meses más tarde, el 9 de octubre de 2018, tuvo lugar en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa la intervención de Catalina Devandas-Aguilar, Relatora Especial de NU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la que trató de "La protección de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial con relación a las medidas involuntarias en psiquiatría".

La Relatora Especial parte del punto sobre el que existe un acuerdo general: salvar vidas y ayudar a las personas que atraviesan una crisis. La cuestión está en cómo hacerlo de manera que se respete la dignidad de la persona, su integridad física y mental, su voluntad y sus preferencias, es decir, de manera que se respeten sus derechos humanos.

En opinión de la Relatora, el BPAITI no ofrece esa solución y debe ser rechazado, porque se fundamenta en una concepción de la discapacidad anacrónica y contraria a los derechos humanos. Desde esa concepción, las personas con discapacidad psicosocial son vistas como pacientes, personas con trastornos mentales, que

necesitan ser “curadas” o “controladas”. La CoDPD se aparta de esta concepción médica y paternalista de la discapacidad. En su lugar, afirma que toda persona con discapacidad debe disfrutar de todos los derechos humanos en las mismas condiciones que las demás. Por eso, las excepciones al disfrute de los derechos en base a un problema de salud mental, como las que se proponen en el BPAITI, son contrarias al espíritu y la letra de la CoDPD y específicamente al derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Desde esta concepción de la discapacidad, ¿qué alternativa existe para salvar las vidas de las personas con discapacidad o las de terceros, y para atenderlas correctamente cuando sufren una grave crisis? La alternativa es el modelo de los apoyos²⁵, consagrado en la CoDPD. Allá donde este modelo se ha puesto en marcha con seriedad, ha acreditado buenos resultados en la consecución de los objetivos de proteger la vida y la salud, evitando las medidas coercitivas y vulneradoras de derechos. Las estrategias para reducir la coerción en los hospitales, las iniciativas de intervención en los hogares, las iniciativas dirigidas por pares (*peer-run initiatives*) o la planificación anticipada de la intervención son algunas de ellas.

El modelo biomédico y de intervenciones coercitivas no logra mejorar la salud mental de los pacientes porque no reduce los riesgos de autolesión, ni facilita el acceso al tratamiento. Por el contrario, los estudios muestran que esas intervenciones generan un alarmante incremento del estigma y la discriminación, la desigualdad, la tortura y los malos tratos.

La Relatora recordó en su intervención que 46 de los 47 países miembros del Consejo de Europa habían ratificado la CoDPD. Concretamente, los 29 países que hasta el momento han ratificado el CEDHyB también lo han hecho con la CoDPD. La Unión Europea es parte en la CoDPD, siendo la primera vez en su historia que acuerda ser parte en un tratado de derechos humanos. Todos estos países, y la propia Unión Europea, tienen el compromiso de proteger los derechos de las personas con

²⁵ “Lo que la Convención propugna es que las personas con discapacidad tengan capacidad jurídica y autonomía personal, pero con los apoyos necesarios para impedir abusos derivados de su vulnerabilidad. Entre esos apoyos puede estar perfectamente, por ejemplo, la garantía del consentimiento o del asentimiento del prestador de apoyos para la realización de actos jurídicos. Se trata, de acuerdo con la Convención, y superando el insuficiente modelo médico de la discapacidad, de asumir también una perspectiva social y de derechos y capacidades, configurando la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el propio entorno social. Ante esto, es incompatible con la Convención la adopción de medidas que eliminen la autonomía personal, como la sustitución en la toma de decisiones”; Comité de Bioética de España, *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 20 de diciembre de 2017, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf

discapacidad. En la medida en que la CoDPC abarca todas las cuestiones planteadas en el BPAITI, este texto debería ser coherente con lo dispuesto en aquella.

Por todo lo anterior, la Relatora considera apremiante cambiar el tema de la conversación: en lugar de centrarnos en los tratamientos involuntarios, debemos hablar de las respuestas basadas en los derechos humanos.

Pero no solo la CoDPD y la Relatora Especial de NU sobre los derechos de las personas con discapacidad se han pronunciado sobre el BPAITI. También lo han hecho, de forma directa o indirecta, el Alto Comisionado de UN para los Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos de UN, e incluso la Organización Mundial de la Salud.

El 29 de septiembre de 2017 el Alto Comisionado en Derechos Humanos de Naciones Unidas²⁶ envió una carta al Secretario General del Consejo de Europa, sobre el BPAITI. En ella se dice que “las materias tratadas por el borrador del Protocolo Adicional están dentro del alcance de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, que es el instrumento legal más autorizado para orientar la formulación de los estándares, leyes o pautas relacionadas con los derechos de las personas con discapacidad”. La carta muestra gran preocupación por el hecho de que “los textos propuestos puedan estar, prima facie, por debajo de los estándares de los derechos humanos establecidos por la Convención”.

En base al art. 12 de la CoDPC, “los Estados Partes están obligados a no privar a las personas con discapacidad del derecho a tomar y llevar a cabo sus propias decisiones, ni a que sustitutos en la toma de decisiones den el consentimiento en su nombre. Por el contrario, los Estados deben proveer a las personas con discapacidad el acceso a los diferentes medios de apoyo que les permitan ejercer su capacidad legal, incluyendo la prestación del consentimiento”. Por este y otros argumentos análogos a los expresados por otras instancias intergubernamentales, que hemos ido refiriendo, los firmantes de la carta muestran su disposición a colaborar para que la iniciativa emprendida por el DH-BIO acabe ajustándose a los estándares de la CoDPD.

Resulta interesante hacer mención a la evolución que ha tenido el Informe del Alto Comisionado de UN para los Derechos Humanos sobre salud mental y derechos humanos entre el año 2017 y el 2018. En el de 2017, la conclusión final marcaba una línea a seguir, pero en unos términos amplios que permitían diversas interpretaciones. Proponía:

“introducir cambios de política que reconozcan la exclusión y la marginación como causas y consecuencias de la mala salud mental y tomar muy en serio el compromiso

²⁶ Esta carta es un mandato firmado por los siguientes agentes: Mandates of the Working Group on Arbitrary Detention; the Chair of the Committee on the Rights of Person with Disabilities; the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities and the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health;

contraído en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de no dejar a nadie atrás y llegar primero a los más rezagados. Para cumplir su obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de las personas con problemas de salud mental, los usuarios de los servicios de salud mental y las personas con discapacidad psicosocial, los Estados deberían armonizar sus marcos normativos y jurídicos con las normas de derechos humanos, formular y aplicar estrategias y planes basados en los derechos e intercambiar competencia técnica y otros recursos, como buenas prácticas”²⁷.

En el Informe de 2018²⁸, sin embargo, el Alto Comisionado va más allá a la hora de concretar sus propuestas. No se limita a pedir que los Estados adapten sus normas sobre salud mental a los derechos humanos, y a que desarrollen buenas prácticas en la atención a las personas con discapacidad psicosocial. Presenta una batería de recomendaciones concretas y exigentes, de entre las que nos parece imprescindible destacar tres: abandonar definitivamente el enfoque biomédico de la salud mental²⁹; derogar las disposiciones legales que permitan las medidas involuntarias³⁰; y la petición a los Estados partes en la CoDPD de que no impulsen proyectos normativos contrarios a ella³¹.

²⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre salud mental y derechos humanos*, 2017;

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/021/37/PDF/G1702137.pdf?OpenElement>

²⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe sobre salud mental y derechos humanos*, 2018; <https://undocs.org/es/A/HRC/39/36>

²⁹ “45. Los Estados deberían reexaminar el enfoque biomédico de la salud mental, que mantiene el desequilibrio de poder entre los profesionales y los usuarios de los servicios de salud mental, mediante un proceso colectivo en el que participen todos los interesados. Los usuarios de los servicios de salud mental, las personas con problemas de salud mental y las personas con discapacidad psicosocial deberían desempeñar un papel destacado en la elaboración del marco conceptual que determine los servicios de salud mental, así como en el diseño, la puesta en práctica y la evaluación de esos servicios”.

³⁰ “46. Los Estados deberían velar por que todos los servicios y la atención de salud, incluidos los servicios y la atención de salud mental, se supediten al consentimiento libre e informado de la persona a la que se presten, y derogar las disposiciones legales y las políticas que permitan el uso de la coacción y las intervenciones no consentidas, como la hospitalización y el internamiento involuntarios, el uso de medidas de contención, la psicocirugía, la medicación forzosa y otras medidas forzosas destinadas a corregir o curar una deficiencia real o supuesta, en particular las que permiten el consentimiento o la autorización por un tercero. Los Estados deberían redefinir y reconocer esas prácticas como formas de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que representan una discriminación contra los usuarios de los servicios de salud mental, las personas con problemas de salud mental y las personas con discapacidad psicosocial. Los Estados deberían velar por que esas personas gocen de capacidad jurídica y puedan ejercerla en las mismas condiciones que las demás derogando las leyes que prevean la sustitución en la adopción de decisiones, y deberían proporcionar: a) una serie de mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones, incluida la modalidad del apoyo entre pares, a los que se pueda recurrir voluntariamente y que respeten la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona; b) salvaguardias contra los abusos y la influencia indebida en los arreglos de apoyo, y c) recursos para posibilitar y garantizar la disponibilidad de apoyo”.

³¹ “53. En vista de que, a lo largo de la consulta, los participantes expresaron su preocupación por el proceso que se está llevando a cabo en el Consejo de Europa para elaborar un protocolo adicional al

En 2017 el Consejo de Derechos Humanos adoptó una resolución sobre salud mental y derechos humanos³² en la que, si bien no llega a rechazar expresamente los internamientos y tratamientos involuntarios,

“insta a los Estados a que adopten, de manera activa, medidas para incorporar plenamente una perspectiva de derechos humanos en los servicios de salud mental y sociales, y adopten, apliquen, actualicen, refuercen o supervisen, según proceda, todas las leyes, políticas y prácticas existentes, a fin de erradicar todas las formas de discriminación, estigma, prejuicios, violencia, abusos, exclusión social y segregación en ese contexto, a que promuevan el derecho de las personas con afecciones de salud mental o discapacidades psicosociales a la plena inclusión y participación efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (n. 5).

Por último, el Plan de Acción sobre Salud Mental 2013-2020 de la Organización Mundial de la Salud, establece, como una de sus metas, la adopción por parte de los Estados de una política o plan nacional de salud mental acorde con los instrumentos internacionales de derechos humanos. Al enunciar esta meta advierte que muchas políticas y planes con más de 10 años de vida pueden no reflejar las novedades más recientes en el Derecho Internacional de derechos humanos y en las prácticas basadas en la evidencia³³. Es obvio que se está refiriendo al hecho de que los Estados suelen tener normas sobre medidas coercitivas para las personas con discapacidad psicosocial mientras que la CoDPD, ratificada por la mayoría de los Estados en el mundo, no permite esas medidas pues suponen un trato discriminatorio.

5.- La posición de los colectivos afectados

El primer pronunciamiento sobre el BPAITI por parte de la sociedad civil vino de la mano de dos las organizaciones más representativas en el campo de la salud mental:

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 de Oviedo), y señalaron que el proyecto de protocolo adicional sobre “la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales en relación con el internamiento y el tratamiento involuntarios” era contrario a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados miembros del Consejo de Europa deberían evaluar los posibles efectos de la aprobación de ese instrumento en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que les incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y otros instrumentos del derecho de los derechos humanos, específicamente en relación con el derecho de la persona al consentimiento libre e informado para el tratamiento en el contexto de los servicios de salud mental. Todos los Estados partes en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad deberían revisar sus obligaciones antes de promulgar leyes o instrumentos que pudieran ser contrarios a su obligación de proteger los derechos de las personas con discapacidad”.

³² <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/295/03/PDF/G1729503.pdf?OpenElement>

³³ Organización Mundial de la Salud, *Plan de acción integral sobre salud mental 2013-2020*, Ginebra, 2013, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/97488/9789243506029_spa.pdf;jsessionid=E0F64229C1A5C4111363B5A3FD7A5D9F?sequence=1

European Network of (Ex-)Users and Survivors of Psychiatry (ENUSP) y Mental Health Europe (MHE).

En su declaración rechazan de plano el BPAITI³⁴. Enfatizan la diferencia radical que existe entre cuidado y coerción, y sostienen que defender el internamiento o el tratamiento involuntario en base a un presunto beneficio de la persona es un planteamiento que contradice la evidencia científica actual. Las medidas coactivas causan más daño psicológico, exclusión y aislamiento, incrementando el riesgo de nuevos problemas. Estas medidas son prácticas dañinas y discriminatorias, que producen dolor y sufrimiento severos, así como miedo y trauma en sus víctimas. En ocasiones, pueden llegar a constituir malos tratos o incluso tortura.

El European Disability Forum es una organización internacional sin ánimo de lucro que aglutina a todas las organizaciones nacionales de personas con discapacidad en el marco de la Unión Europea, así como a las organizaciones de personas con discapacidad más relevantes de alcance europeo. El representante español en esta organización es el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad). El 14 de mayo de 2018 el European Disability Forum remitió una carta al CdE y a su DH-BIO pidiendo la retirada del borrador de BTAITI por considerarlo contrario al espíritu y la letra de la CoDPD³⁵. El tono de la carta es duro: trasladan al CdE su más profunda preocupación y oposición a la adopción de este protocolo (“convey our deepest concerns and opposition to its adoption”).

El Forum entiende que este borrador de protocolo va en sentido contrario a la estrategia del Consejo de Europa para la discapacidad (2017-2023), que tiene entre sus prioridades acabar con la violencia, la explotación y el abuso en este campo; y a las reformas legales que algunos Estados miembros ya han emprendido para adaptarse a la CoDPD. Si se llegara a aprobar, sostienen, se crearía una enorme confusión con la presencia de dos instrumentos jurídicos sobre la misma materia con planteamientos opuestos entre sí. En la carta se informa que no seguirán participando en las reuniones del DH-BIO por entender que las propuestas que han ido haciendo hasta el momento han sido sistemáticamente ignoradas y que ha faltado transparencia en el proceso. Destacan la gravedad de seguir adelante en este proceso sin haber consultado de manera significativa a los colectivos con discapacidad, tal como exige el art. 4.3 de la CoDPD (“En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las

³⁴ <https://mhe-sme.org/statement-of-enusp-and-mental-health-europe-on-additional-protocol/>

³⁵ <https://www.inclusion-europe.eu/letter-to-the-council-of-europe-withdraw-the-draft-additional-protocol-to-the-oviedo-convention/>

organizaciones que las representan”). Ese es precisamente el lema del European Disability Forum (“Nothing about us without us”). La carta estaba también firmada por las organizaciones europeas más importantes de colectivos de personas con discapacidad intelectual y psicosocial: European Network of (Ex)-Users and Survivors of Psychiatry (ENUSP), Mental Health Europe, Inclusion Europe, Autism-Europe, International Disability Alliance, entre otras.

El European Network of National Human Rights Institutions (ENNHRI) agrupa a los Defensores del Pueblo y a las organizaciones nacionales de derechos humanos de los Estados miembros de la Unión Europea. También esta importante organización en el campo de la defensa de los derechos humanos publicó una declaración en la que se manifestaban serias reservas sobre el BPAITI y se hacían tres peticiones: al DH-BIO, para que retirara el BPAITI tal como está, habida cuenta del general rechazo que ha tenido por parte de los colectivos afectados y de la CPDP; a los Estados miembros, para que pidan su retirada; y, de nuevo, “al DH-BIO para que cualquier texto relacionado con la privación de la libertad de las personas con discapacidad incluya las garantías procedimentales necesarias y se someta a consultas y a diálogo con las partes implicadas, incluyendo a las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, las organizaciones de personas con discapacidad y la sociedad civil en su conjunto”³⁶.

También una ONG tan relevante en el campo de los derechos humanos como Human Rights Watch se ha expresado en contra del BPAITI llegando a calificar de “amenaza para los derechos de las personas con discapacidad”³⁷.

6.- La situación en España

España tiene una regulación específica sobre los internamientos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial, y lo hace estableciendo unas garantías procesales análogas a las previstas en el BPAITI. Concretamente el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) dispone:

“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

³⁶ <http://ennhri.org/ENNHRI-Statement-on-the-Draft-Additional-Protocol-to-the-Oviedo-Convention>

³⁷ <https://www.hrw.org/news/2018/11/21/council-europe-threat-rights-people-disabilities>

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 artículo 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 artículo 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”.

Conviene recordar que esta disposición fue objeto de una cuestión de constitucionalidad, en la que se planteaba si era o no conforme a la Constitución que una ley ordinaria regulara el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, puesto que se trataba de una medida privativa de libertad. La cuestión fue resuelta en la STC 132/2010. Nos parece interesante no solo referir el fallo y las razones en las que se apoya, sino también los argumentos esgrimidos por la Abogacía

del Estado para defender la constitucionalidad de la norma, pues ilustran bien la concepción de la discapacidad que suele estar en la base de esas normas y de la sociedad que las aprueba y mantiene.

La Abogacía del Estado entiende que no es lo mismo ingresar a alguien contra su voluntad por razones de seguridad ciudadana, lo que ocurre cuando se detiene a una persona para investigar su participación en un delito, que cuando se hace por el bien del sujeto al que se interna, como sucede cuando se interna a personas con un trastorno mental. Mientras que las detenciones adoptadas por razón de la seguridad ciudadana se deben considerar privaciones de libertad y exigen ser reguladas mediante ley orgánica, no cabe valorar de la misma manera los internamientos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial. En consecuencia, no debe apreciarse inconstitucionalidad en el hecho de que esas medidas se regulen mediante ley ordinaria.

Abundando en esa línea, el Abogado del Estado sostiene que los internamientos involuntarios son una concreción del mandato constitucional establecido en el art. 49 de la Constitución, cuyo fin es el “tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Según el representante del Gobierno, el mencionado precepto constitucional habilita tales internamientos, “operando como el mejor desarrollo y, desde luego, la mejor garantía del derecho a la libertad”. En definitiva, para la Abogacía del Estado los internamientos involuntarios no limitan los derechos de las personas con discapacidad. Al contrario, son una garantía que refuerza el derecho a la libertad de estas personas y, por tanto, puede ser regulada mediante ley ordinaria.

Esta argumentación de la Abogacía del Estado ilustra el prejuicio contra los colectivos de la discapacidad del que históricamente han sido víctimas y que, tras la entrada en vigor de la CoDPD, debería quedar para siempre abolido: el prejuicio de sostener que la mejor garantía de los derechos de las personas con discapacidad psicosocial puede consistir en limitar su libertad, imponiéndoles un internamiento y un tratamiento.

Frente a este razonamiento, el TC reafirma que toda privación de libertad debe ser regulada mediante ley orgánica, lo ya había establecido en su STC 119/1999:

“En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1” (STC 132/2010, FJ 2).

Por ello, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del mencionado artículo 763 LEC, pero no su nulidad, al ser consciente de los problemas que podría generar el vacío

legal por la expulsión de la norma del ordenamiento y hasta que fuera aprobada con el rango de orgánica una nueva regulación. En todo caso, esta tacha de inconstitucionalidad fue legalmente reparada mediante la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que en su artículo 2.3, le otorgaba el reclamado carácter orgánico al controvertido artículo 763.

El TC entendió que era conforme a la Constitución el contenido de esa disposición, que permite los internamientos involuntarios de las personas que sufran un trastorno psíquico mediante autorización judicial. Esta medida se puede adoptar incluso sin autorización judicial previa, en situaciones de urgencia, bastando entonces una ratificación judicial a posteriori. El TC no entra a considerar que la Constitución debe interpretarse de manera coherente con lo dispuesto por la CoDPD, que ya era norma vinculante para España en el momento de publicarse la sentencia.

En la STC 141/2012, de 2 de julio, que resolvía un recurso de amparo sobre un internamiento involuntario urgente, el TC da indirectamente por buenas las garantías establecidas en el art. 763 LEC, al estimar el recurso de amparo sobre la base de cuatro argumentos principales. En primer lugar, considera que el plazo que tiene el Juez para decidir a posteriori sobre la constitucionalidad de la medida no puede exceder, en ningún caso, de las setenta y dos horas desde que se le da cuenta de su adopción, sin que frente a tal exigencia puedan esgrimirse razones de sobrecarga de trabajo. Dicha improrrogabilidad, además, no se subsana al dictarse fuera del plazo un Auto que ratifique el ingreso. En segundo lugar, no se acreditó la necesidad de la medida, sin que quedara claramente descartada la alternativa de aplicar un tratamiento mucho menos lesivo como es el ambulatorio que, además, constituye el tratamiento habitual de estas enfermedades. La mera existencia de una enfermedad psiquiátrica no justifica el internamiento ni la urgencia en su adopción, sino que es necesario que concurra el requisito de la necesidad. Así, el TC confirma la exigencia constitucional de acreditar la necesidad de la medida de internamiento y, por tanto, la imposibilidad de acudir a otra medida menos limitativa del derecho. En tercer lugar, el TC reprocha al Juez de instancia no haber informado al internado de su derecho a contar con abogado en este trámite y a la práctica de pruebas, sin que a estos efectos entre en juego la presunción de que el sujeto conoce la correspondiente norma. Por último, el TC denuncia el uso indiscriminado de lo que son meros formularios para acreditar los requisitos médico-legales del internamiento. Estos formularios no permiten deducir que se haya efectuado una valoración específica y detallada del caso concreto, lo que hace indebida su asunción acrítica por el Juzgado.

Por otra parte, en lo que se refiere a los tratamientos ambulatorios involuntarios (TAI), el ordenamiento jurídico español presenta una laguna. Esta medida se adopta cuando la persona afectada por un problema de salud mental deja el tratamiento que

se le ha prescrito y se teme que pueda tener efectos graves para su salud y/o la vida de otros. En este sentido la aplicación del TAI no está exenta de polémica, con defensores que consideran que es una forma de conseguir la cumplimentación terapéutica y la consiguiente mejoría clínica del paciente, y opositores que encuentran en este tipo de medidas una vulneración de los derechos fundamentales de la persona y que conllevan un aumento de la coerción y el estigma del paciente psiquiátrico. Un resumen de la situación en España es la siguiente: En octubre del 2004 se presentó en el Congreso de los Diputados a petición de FEAFES (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales), una propuesta de modificación del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos y permitir así la posibilidad de obligar legalmente a un determinado tipo de pacientes a recibir tratamiento ambulatoriamente. El Pleno del Congreso aceptó tomar en consideración la introducción de un quinto punto en ese artículo, por el que el tribunal podría autorizar el TAI previa propuesta razonada del facultativo, audiencia del interesado, e informe del forense y del ministerio fiscal. La propuesta incluía que la resolución judicial debería incluir plan de tratamiento, mecanismo de control, dispositivo sanitario comunitario responsable, información periódica de la evolución de la medida al juez, y el plazo máximo de aplicación de la medida. La propuesta de FEAFES pretendía ser una medida que permitiera a familiares y profesionales asegurar la cumplimentación terapéutica en enfermos mentales graves, con alto riesgo de recaída si abandonaban el tratamiento. Además trataba de evitar intervenciones más radicales, como el ingreso hospitalario y la incapacitación civil.

Igual que en otros muchos países, la polémica acerca de la idoneidad de este tipo de medidas cuenta en nuestro medio con defensores y detractores. Así, la Sociedad Española de Psiquiatría y la Sociedad Española de Psiquiatría Legal se han manifestado a favor del cambio legislativo. Por el contrario, la Asociación Española de Neuropsiquiatría se ha manifestado en contra y dando mayor peso a los potenciales inconvenientes, defendiendo la necesidad de desarrollar programas de seguimiento intensivo comunitario y un mayor desarrollo de la Ley General de Sanidad. Ante la falta de consenso, esta propuesta legislativa fue retirada del parlamento.

En octubre de 2006 se presentó una nueva propuesta legislativa. El gobierno presentó un Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que incluía en su capítulo IX “la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos”. A diferencia de la propuesta del 2004, en que la medida judicial siempre partía del conocimiento del facultativo, este nuevo proyecto permitía acudir directamente al juzgado sin la previa propuesta razonada del especialista. Finalmente, tras su debate en el Congreso de los Diputados, el articulado sobre la regulación de “los tratamientos no voluntarios” fue de nuevo suprimido y retirado del

Congreso. Cabe hacer referencia a que el Documento final de la CoDPD vio la luz el 13 de noviembre de 2006 en Nueva York.

En la práctica el TAI en España es un hecho consumado: se administran tratamientos enmascarados en la comida de los enfermos, y se les administran tratamientos inyectables de larga duración sin la adecuada información al paciente, expresando esta su abierta reticencia al mismo y sin que se haya solicitado al Juzgado una autorización para obligar al paciente a un tratamiento involuntario. El impacto de estas medidas no es conocido porque los supuestos de partida no permiten una investigación ni rigurosa ni ética.

Por fortuna, la frecuencia de este tipo de prácticas es cada vez menor, debido a la mayor concienciación de la sociedad española en general y de los profesionales sanitarios en particular de la importancia por el respeto de los derechos de los pacientes (basados en el principio de autonomía y su aplicación mediante el consentimiento informado). Así, de acuerdo con la LBAP, se reconoce que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere el previo consentimiento del paciente y que todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento.

En los últimos años juzgados de lo Civil de algunas ciudades españolas (San Sebastián, Barcelona, Alicante, Valencia) están autorizando TAI con el objetivo de mejorar la adherencia terapéutica de personas con enfermedad mental grave y evitar los extremos del ingreso hospitalario o la incapacidad civil. Aunque, en general, puede ser una alternativa beneficiosa para algunos pacientes, la comunidad científica alerta de que requieren más estudios sobre este tema y considera que una parte muy importante de estos pacientes podría responder a programas de seguimiento intensivo, como el tratamiento asertivo comunitario, sin necesidad de una intervención judicial. Es probable que la falta o escasez de estos recursos asistenciales, incremente la práctica del TAI por parte de los profesionales dedicados a la asistencia de pacientes con discapacidad psicosocial. El TAI no es un tratamiento en sí mismo, sino la forma en que se administra el tratamiento pautado, y la pregunta es si el TAI da respuesta al estigma, las dificultades que las personas con problemas de salud mental tienen para incorporarse al mercado laboral y a acceder a los recursos sociosanitarios y sociales en general, en el proceso de recuperación para desarrollar su proyecto vital.

Por otra parte, se debe señalar que la valoración de las TAI no puede realizarse sin considerar cómo afectan no solo a las personas con un diagnóstico de salud mental grave, sino a todas las personas implicadas en su tratamiento, como familiares, cuidadores, y personas de confianza, que son el primer apoyo para las personas enfermas.

La CoDPD dispone (art. 35) que los Estados Partes presentarán al CDPD un informe sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones establecidas por la Convención, en el plazo de dos años desde su entrada en vigor. Justo a los dos años de entrar en vigor la CoDPD, España presentó el informe exigido. El CDPD evaluó ese informe y publicó sus Observaciones Finales en 2011. De entre ellas, encontramos dos que tienen relación directa con la regulación de los internamientos involuntarios en España y que, en consecuencia, afectan a lo establecido por el BPAITI:

“35. 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.

36. El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado”³⁸.

El CDPD manifiesta su preocupación ante dos tipos de actuaciones: el abuso en la adopción de medidas urgentes de internamiento, que solo contienen salvaguardias ex post facto, y los malos tratos sufridos por las personas con discapacidad psicosocial en los centros en los que son internados. Se trata de malas prácticas, o incluso de auténticas violaciones de derechos, que carecen de todo amparo en el Derecho español porque las medidas urgentes solo se pueden adoptar de forma excepcional, y porque los malos tratos no solo carecen de amparo legal sino que deben ser perseguidos (más allá de lo que de hecho se haga).

Pero si en el n. 35 señala determinadas malas prácticas que deben ser combatidas, en el n. 36 recomienda expresamente un cambio normativo: la derogación de las normas que permiten internamientos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial.

³⁸ Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el marco del Examen de los informes presentados por España en virtud del artículo 35 de la Convención (septiembre de 2011), CRPD/C/ESP/CO/1.

7.- La reacción ante el BPAITI en España

En la línea adoptada por el European Disability Forum, CERMI y Salud Mental España remitieron en 2018 una carta a los Ministros de Asuntos Exteriores y de Sanidad, solicitando que el Gobierno español se opusiera al BPAITI. Además de recoger los argumentos expuestos por otros organismos, la carta señala que el BPAITI

“confunde coerción y cuidados, autoriza la privación de libertad de la persona con problemas de salud mental basada en la presunción de riesgo, no apoya ni promueve la creación de recursos alternativos en los que se respeten la voluntad y las preferencias de las personas y no da respuesta a las advertencias de los organismos más relevantes en el ámbito de los derechos humanos”³⁹.

En el ámbito de las comunidades autónomas encontramos dos tomas de posición sobre el BPAITI. En mayo de 2018 se pronunció el Comité de Bioética de Cataluña a solicitud de colectivos de usuarios de Cataluña⁴⁰. Se trata de una posición que se desmarca de la tendencia general a rechazar por principio el BPAITI. Aun así, aboga por rechazarlo por inoportuno, innecesario e insuficiente.

Sostiene que debe ser mejorado en distintos puntos. Concretamente, señala que la medida del internamiento involuntario no justifica por sí solo el tratamiento involuntario, para que el que se deberá seguir buscando el consentimiento informado. Menos aún, el internamiento puede justificar sin más la adopción de medidas más intrusivas, como el aislamiento, la comunicación con el exterior o la contención física. También considera necesario que el DH-BIO argumente a favor de la compatibilidad entre la CoDPD y el BPAITI, a la vista de la aparente contradicción que se advierte entre ambos instrumentos, en particular en lo relativo a la capacidad jurídica. Es obvio que las razones por las que el DH-BIO no ve contradicción entre el BPAITI y la CoDPD en lo relativo a la igual capacidad jurídica de las personas con discapacidad no deben aparecer en el texto del BPAITI. Pero sí parece imprescindible que sean desarrolladas en el Informe Explicativo sobre el BPAITI, lo que no se ha hecho por el momento.

El Comité catalán entiende que

“no se debe confundir la discapacidad que, en mayor o menor medida, pueda o no estar asociada a un trastorno mental grave, con la manifestación clínica y conductual

³⁹ <http://semanal.cermi.es/noticia/CERMI-SALUD-MENTAL-ESPAnA-exigen-Gobierno-oponga-Protocolo-Adicional-Convenio-Oviedo-contrario-derechos-humanos.aspx>

⁴⁰ Posicionament del Comitè de Bioètica de Catalunya respecte del “Protocol Addicional al Conveni d’Oviedo sobre Drets Humans i Biomedicina sobre la protecció dels drets humans i la dignitat de les persones amb trastorns mentals respecte a ingressos i tractaments involuntaris” que proposa el Comitè de Bioètica del Consell d’Europa, <http://canalsalut.gencat.cat/web/.content/ Sistema de salut/CBC/recursos/documents tematica/protocol cbc consell Europa.pdf>

correspondiente. La discapacidad es, por descontado, un asunto básicamente psicosocial y exige, como plantea el CDPD, un marco legislativo y social basado en derechos. En cambio, un episodio depresivo o una crisis psicótica es, en primer lugar, un asunto clínico y, por lo tanto, tiene que ser abordado desde una perspectiva médica dentro de un marco biopsicosocial”.

Sin rechazar de plano la iniciativa, el Comité de Bioética de Cataluña la califica como inoportuna porque “puede entrar en contradicción al menos con las interpretaciones actualmente dominantes de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad”; innecesaria, porque existe normativa europea suficiente al respecto; e insuficiente porque “la regulación de las medidas restrictivas se tendría que plantear siempre dentro de un modelo de atención mucho más proactivo y participativo, en el que se puedan compartir las decisiones entre paciente y profesionales y el primero tenga más posibilidades de elección, de acuerdo con sus valores y su manera de entender la vida”.

Meses después, la Dirección de la Estrategia de Bioética de Andalucía, la Dirección del Plan Integral de Salud Mental de Andalucía, y la Escuela Andaluza de Salud Pública de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía publicaron una toma de posición conjunta sobre el BPAITI. En ella se unen al rechazo manifestado por las más altas instituciones internacionales que velan por la garantía de derechos humanos, así como por la sociedad civil europea del sector de salud mental y de la discapacidad en general, “por el riesgo de que sea contraproducente respecto a la finalidad que presuntamente persigue de proteger mejor los derechos de las personas con problemas de salud mental cuando están en situaciones de mayor vulnerabilidad”.

El documento destaca que la eventual aprobación del BPAITI, en lugar de ser un instrumento que facilite la puesta en marcha de iniciativas y alternativas para mejorar la actual práctica de la atención cuando las personas con trastorno mental se encuentran en situación de más vulnerabilidad, mantendrá el statu quo y/o legitimará prácticas que lamentablemente aún hoy implican abusos y violaciones de derechos humanos.

El BPAITI presenta prácticas coercitivas como cuidados en beneficio de las personas sobre las que se aplican. Los supuestos beneficios de los ingresos y tratamientos involuntarios para la salud de las personas son argumentos del pasado. Existe una evidencia creciente de que el uso de medidas coercitivas causa aún más daño psicosocial, exclusión y aislamiento del que la persona ya sufre derivado de su trastorno mental, y aumenta el riesgo de padecer problemas adicionales. Por el contrario, está demostrado el beneficio real de muchas otras prácticas sustentadas sobre el consentimiento de la persona. Por eso, la declaración insiste en que el BPAITI, en lugar de permitir los internamientos y tratamientos involuntarios, debería apoyar

y promover alternativas que “respeten la voluntad y las preferencias de las personas interesadas, y que se basen en el consentimiento libre e informado de las mismas”.

Nuestro Comité de Bioética de España no se ha pronunciado específicamente sobre el BPAITI, pero sí aprobó en diciembre de 2017 un Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se pronuncia sobre las medidas de internamiento involuntario contempladas por la legislación española⁴¹.

En dicho Informe se dice lo siguiente sobre el internamiento involuntario:

“El internamiento forzoso por razones de trastorno psíquico contemplado en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) puede también considerarse otra vulneración de la CoDPD, concretamente de lo dispuesto en el artículo 14. En efecto, el artículo 14.1 obliga a los Estados a asegurar que “las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, disfruten del derecho a la libertad” (apartado a) y que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” (apartado b). Asimismo, el artículo 25, en su letra d), requiere que la atención sanitaria a las personas con discapacidad se preste “sobre la base de un consentimiento libre e informado”. Que el internamiento forzoso regulado por el artículo 763 LEC constituye una medida de privación de la libertad personal lo confirmó de forma expresa el Tribunal Constitucional, que por esta razón exigió que su regulación se llevara a cabo por Ley Orgánica (STC 132/2010, FJ 2º). Que el motivo de esa privación de libertad es la existencia de una discapacidad resulta también obvio, pues los únicos requisitos que se exigen en el citado precepto para proceder a ella son: la existencia de un “trastorno psíquico” (...) y que la persona no se encuentre en condiciones de decidir el internamiento por sí misma. Por lo tanto, nos encontramos ante una medida que se encuadra claramente en el ámbito de la prohibición contenida en el artículo 14.1 b) de la CoDPD (...). Por ello, esta vulneración también fue denunciada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en el ya citado Informe de Observaciones Finales a España (...).

Así pues, para resolver esta otra fricción entre la CoDPD y la legislación española, debería procederse a la derogación del artículo 763 LEC, remitiendo el tratamiento de esta situación a la legislación sanitaria general. En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente (LBAP) -que establece como regla general la exigencia de consentimiento del paciente para cualquier actuación en el ámbito de su salud (artículo 8.1)- prevé la posibilidad de que se lleven a cabo intervenciones clínicas indispensables sin contar con el consentimiento del afectado “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando,

⁴¹ Comité de Bioética de España, *Informe sobre la necesidad de adaptar la legislación española a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad*, 20 de diciembre de 2017, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_final_CDPD.pdf

cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (artículo 9.2 b); y prevé, asimismo, la posibilidad del consentimiento por representación “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación” (artículo 9.3.b). No obstante, en relación con el consentimiento por representación los apartados 6 y 7 del precepto añaden que “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” y que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender... El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

A la luz de esta normativa resulta claro, pues, que caben intervenciones clínicas no consentidas por el afectado, que pueden incluir el internamiento, bien porque sean indispensables para evitar un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo, bien porque el paciente no sea en ese momento capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y el consentimiento sea entonces prestado por representación (por su representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho). Esta misma disciplina debería aplicarse también a las situaciones de salud mental. Ahora bien, si se deroga el artículo 763 LEC, para evitar que esta modificación legal suponga una pérdida de garantías, debería a la vez reformarse el artículo 9 LBAP (que deberá tener rango de Ley Orgánica) para incorporar las garantías que hoy reviste la medida de internamiento no voluntario: concretamente la exigencia de autorización judicial, al menos para los internamientos que superen un determinado plazo, o que no tengan como finalidad la simple realización de una intervención o tratamiento puntual y temporalmente acotado(...). Otra posibilidad sería la de incorporar a la LEC un nuevo procedimiento para la autorización judicial de cualquier internamiento no voluntario por razones de salud, propia o de terceros, que abarcaría otros supuestos como, por ejemplo, el internamiento obligatorio de pacientes con enfermedades infecto-contagiosas cuando exista peligro para la salud pública⁴².

Anteriormente el Comité de Bioética de España abordó una cuestión parcialmente relacionada con la que nos ocupa, en el Informe sobre Consideraciones éticas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario, de 7 de junio de 2016⁴³. En él abogábamos por un cambio de paradigma en el manejo

⁴² *Ibidem*, pp. 15-16.

⁴³ Comité de Bioética de España, *Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario*, 7 de junio de 2016; <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20Contenciones-CBE.pdf>

de los pacientes, tanto con enfermedad mental como sin ella sustentado, entre otros objetivos, en el de la humanización:

“Debemos ser exigentes en la humanización de la atención, de forma que cuidar no sea sólo aplicar unos protocolos y mantener unos registros. De acuerdo con los principios éticos universalmente establecidos y con el reconocimiento de los derechos de los usuarios, es preciso que la asistencia se dé con humanidad y con compasión, términos ya en desuso, pero que en el fondo nos invitan a humanizar el trato. La ética del cuidado se basa en la relación con el otro y ha de tener en cuenta las emociones, y para conseguir dar el paso de un plano teórico a uno real son indispensables la empatía y la escucha activa, a fin de hacer posible una respuesta a las necesidades individuales de manera flexible. Hay que ser capaz de entender el concepto de alteridad en toda su extensión, saber escuchar, respetar su manera de pensar incluso cuando existen diferencias evidentes y, sobre todo, realizar el esfuerzo necesario para entender cómo se siente. Con todo ello, existen situaciones excepcionales en las que está justificada la aplicación de una contención, en cuyo caso deberán respetarse los elementales principios éticos”.

En definitiva, en el citado Informe se promovía un cambio de paradigma que no apreciamos que se deduzca del BPAITI, aun cuando los fines que persiga sean en favor del respeto de los derechos de las personas. El problema no radica en los fines del BPAITI, que nadie dudará que son loables, sino en que el modelo del que parte es el que debió superarse hace tiempo, más aún, desde la aprobación del CoDPD.

8. Valoración y propuestas del CBE sobre el BPAITI

Aunque el problema que se ha planteado en torno a la valoración del BPAITI tiene una dimensión ética, entendemos que las dimensiones jurídica y política interactúan de manera inseparable con aquella y llegan a adquirir mayor relevancia. Todos los agentes que han participado hasta el momento en el debate sobre el BPAITI aceptan los principios y derechos consagrados por la CoDPD. El CdE en ningún momento cuestiona la legitimidad de esa norma y, al mismo tiempo, todos los que se oponen al BPAITI lo hacen porque aseguran que entra en colisión con la CoDPD.

El problema que se plantea, siendo eminentemente ético, como no podría ser de otra forma, tiene un marcado carácter jurídico y político. Desde la perspectiva jurídica, se plantea la cuestión sobre si el BPAITI puede o no considerarse compatible con la CoDPD. El CDPD entiende que no y que, al tratarse de un instrumento jurídico de alcance universal y vinculante para los Estados miembros del CdE, por haberlo ratificado, no deben ahora aprobar una norma contraria a aquella. Desde la perspectiva política, se suscita la cuestión sobre si, en el caso de que se considerara que ambas normas pudieran ser compatibles, resultaría prudente respaldar una iniciativa que busca proteger los derechos de las personas con discapacidad pero que, en el momento presente, lo está haciendo con la oposición de aquellas. Ni somos un

órgano de consulta jurídica, ni tampoco política. En consecuencia, hemos tratado ambos problemas desde la perspectiva ética, tomando en consideración sus dimensiones jurídica y política solo en la medida en que constituyen los elementos fácticos sobre los que debemos plantear nuestra reflexión y valoración.

A continuación, exponemos nuestra posición en los siguientes puntos:

1.- El CdE es un organismo intergubernamental de referencia a nivel mundial en la salvaguardia de los derechos humanos. Uno de los muchos logros en ese campo fue la aprobación del CEDHyB, también conocido como Convenio de Oviedo, y los cuatro protocolos adicionales aprobados hasta el momento. Se trata del único instrumento jurídico vinculante de alcance internacional que existe en el mundo específicamente dedicado a la protección de los derechos humanos ante la biomedicina.

2.- El TEDH acepta que los internamientos y tratamientos involuntarios puedan llevarse a cabo en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos siempre que cumplan con determinadas garantías. En los últimos años, se ha incrementado el número de condenas del TEDH a Estados miembros del CdE por adoptar internamientos y tratamientos involuntarios a personas con desórdenes mentales. Pero no condena porque esas medidas sean en sí mismas contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos. Las condenas obedecen a la ausencia de las salvaguardias suficientes para que los derechos de las personas sometidas a estas medidas queden garantizados.

3.- El DH-BIO, consciente de que muchos Estados miembros del CdE tienen regulaciones sobre internamientos y tratamientos involuntarios que no cumplen con los estándares de la Convención Europea de Derechos Humanos y dejan desprotegidos los derechos de las personas que sufren esas medidas, viene impulsando desde hace más de quince años medidas dirigidas a proteger mejor los derechos humanos de las personas con discapacidad psicosocial ante los internamientos y tratamientos involuntarios. La Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del CdE sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con desorden mental fue un paso importante en esa dirección. Desde 2013, el DH-BIO viene trabajando en la elaboración de un instrumento jurídico vinculante centrado en los internamientos y tratamiento involuntarios. El objetivo es aprobar un protocolo adicional que desarrolle lo dispuesto en el art. 7 de la CEDHyB de acuerdo con los criterios ya aprobados en la Recomendación (2004) 10. Se pretende, así, que todos los Estados miembros del CdE cumplan con unas garantías que protejan suficientemente los derechos humanos de las personas sometidas a medidas involuntarias por razón de su discapacidad psicosocial. En todo momento, el DH-BIO ha defendido que el CEDHyB es compatible con la CoDPD y con una futura regulación de las medidas involuntarias.

4.- En 2015 el DH-BIO presentó una primera versión del BPAITI para que recibiera los comentarios de los agentes interesados. La inmensa mayoría fueron extraordinariamente críticos y abogaban por su retirada. En 2017 se presentó una nueva versión, que trataba de recoger las sugerencias recibidas. Sin embargo, no variaba lo sustancial de la anterior, es decir, la posibilidad de que personas con discapacidad psicosocial pudieran ser objeto de internamientos o tratamientos involuntarios. Como cabía esperar, la acogida de ese nuevo BPAITI fue igualmente negativa.

5.- El rechazo del BPAITI procede tanto de la sociedad civil como de los organismos intergubernamentales en materia de derechos humanos. Las asociaciones más importantes de la discapacidad de Europa, aglutinadas en el European Disability Forum, lo consideran un retroceso en la lucha por sus derechos. Entre los organismos intergubernamentales destaca la reacción del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de UN, que ha expresado su recelo hacia el BPAITI. Una consideración especial merece la posición adoptada por el CDPD, el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la CoDPD y de ofrecer la interpretación oficial del mismo. Su rechazo ha sido sin paliativos.

6.- Resulta cuando menos extraño que en el seno mismo del CdE hayan surgido reacciones críticas con el BPAITI. Nada menos que la Asamblea Parlamentaria ha solicitado la retirada del BPAITI y, para el caso de que la iniciativa siga adelante, pide que se haga con la participación efectiva de las asociaciones que representan a las personas con discapacidad. También el Comisionado para los Derechos Humanos del CdE ha mostrado su rechazo de manera reiterada.

7.- En el momento presente, la situación no resulta propicia para el acuerdo. El Comité de Ministros es favorable a la continuación de los trabajos. La Asamblea Parlamentaria, más bien, los rechaza. Las asociaciones de personas con discapacidad y el DH-BIO no mantienen una relación fluida que permita la colaboración y los acuerdos. Tres Estados miembros del CdE, Bulgaria, Portugal y la República de Macedonia del norte, ya se han pronunciado en contra del BPAITI. La CoDPD mantiene su convencimiento de que el BPAITI generaría un conflicto entre normas de Derecho internacional de los derechos humanos.

8.- España cuenta con una normativa garantista en materia de internamiento involuntario. Si bien el TC la declaró inconstitucional en 2010 por entender que la norma adecuada para regular esta materia que afectaba a los derechos humanos era la ley orgánica, no emitió reproche alguno sobre el contenido de esa regulación. En los recursos de amparo habidos sobre internamientos involuntarios, el TC los ha resuelto interpretando el art. 763 LEC desde la Constitución, sin proyectar reserva de constitucionalidad alguna sobre esa norma. Dicha doctrina, reiterada recientemente

por el propio TC, entendemos que ha permitido, no incrementar las garantías en favor de las personas susceptibles de un internamiento involuntario que ya están suficientemente explicitadas en el ordenamiento jurídico, pero sí demandar la exigencia de su efectivo cumplimiento en la práctica real. El exquisito canon de control por parte del TC, sobre todo, a partir de 2010, permite considerar que la situación actual ha mejorado en comparación con décadas atrás. Ello no es óbice para reconocer que aún queda camino por recorrer en el ámbito de los cuidados y tratamiento de las personas con un diagnóstico de salud mental.

9.- España ratificó la CoDPD, y al entrar en vigor en 2010, España está obligada a su cumplimiento. Desde entonces, el Gobierno y las Cortes han ido adaptando el ordenamiento jurídico español a las exigencias de esa nueva norma. En 2011 el CDPD publicó unas Observaciones Generales sobre el grado de cumplimiento de la CoDPD en España. En ellas expresamente se pide al Estado español “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” (n. 36).

10.- A solicitud del Ministerio de Sanidad y Consumo, el Comité de Bioética de España aprobó un informe sobre la necesidad de adaptar el Derecho español a la CoDPD. En dicho informe se sugería que la normativa sobre internamientos involuntarios se modificara, bien derogando el art. 763 LEC y aplicando la regulación contenida en la LBAP con carácter general (e introduciendo la garantía jurisdiccional para autorizar los internamientos); o bien eliminando el sesgo discriminatorio contenido en el art. 763 LEC, y convirtiéndola en una norma de aplicación general a todas las personas en las que concurran determinadas circunstancias.

11.- Urge que España defina su posición en esta materia, que repercute sobre los derechos de las personas con discapacidad psicosocial. Vemos que tiene dos opciones. Primera, concluir que la regulación vigente no solo es conforme a la Constitución y al CEDH, sino que puede interpretarse sin entrar en contradicción con la CoDPD. En ese caso, sería coherente que mantuviera el estado de cosas vigente. Pero para sostener esta opción debería ofrecer razones rigurosas y suficientemente consistentes para contradecir las recomendaciones que el CDPD, intérprete oficial de la CoDPD, ha hecho a España en dos ocasiones sobre este aspecto. Tanto en 2011 como en 2019 el CDPD ha recomendado a España que derogue o modifique el art. 763 LEC, que permite los internamientos y tratamientos involuntarios de personas con discapacidad psicosocial, y que se comprometa a impulsar una política sociosanitaria que contribuya a reducir a casos completamente excepcionales aquellos en los que se recurra a las medidas involuntarias. Por todo que hemos venido señalando en este informe, no vemos que esta posición se pueda sostener.

12.- La segunda opción consiste en entender que las medidas de internamiento y tratamiento involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial son contrarias a la CoDPD. Entonces, el gobierno debería adoptar un triple compromiso. Primero, derogar la norma que permite esas medidas y, en su caso, adoptar otra que regule las medidas involuntarias desde el respeto a los derechos humanos. Esta exigencia se concreta, por lo que respecta al tema que estamos tratando, en evitar la discriminación por razón de discapacidad psicosocial. Segundo, debería impulsar una política general de salud, y específicamente de salud mental, en la que las personas verdaderamente cuenten con los apoyos necesarios para dar un consentimiento libre e informado a los cuidados de salud, y lograr que los tratamientos médicos o psiquiátricos sean conformes con su autonomía, voluntad y preferencias. Tercero, debería defender ante el DH-BIO la improcedencia del BPAITI.

13.- Este Comité se reafirma en lo que decía su informe de diciembre de 2017: procede llevar a cabo cuanto antes la derogación de cualquier norma que autorice la adopción de medidas involuntarias en una persona por razón de su discapacidad psicosocial. Ese tipo de normas es contrario a la CoDPD porque consagra una discriminación, priva indebidamente de la libertad personal, atenta contra su integridad física y moral, y puede causar maltrato. En consecuencia, sugerimos a nuestro gobierno que no respalde los trabajos del DH-BIO dirigidos a la aprobación del BPAITI.

14.-El CdE es una referencia mundial en la protección de los derechos humanos ante los avances de la biomedicina. Con el fin de que todos sus Estados miembros cumplan con unos estándares mínimos como los que viene exigiendo el TEDH en materia de internamientos y tratamientos involuntarios de las personas con discapacidad psicosocial, el DH-BIO viene impulsando la aprobación de un protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre esa materia. Nos preocupa que, si finalmente se aprobara esa medida, no se lograra la elevación de esos estándares y que, por el contrario, se legitimara un modo de proceder contrario a la CoDPD, tal como reiteradamente ha puesto de manifiesto el CDPD.

15.- Por todo lo anterior, recomendamos al Gobierno:

- Impulsar una reforma legislativa para derogar las normas que permiten los internamientos involuntarios de las personas con discapacidad, quedando tal limitación excepcional de la dignidad y libertad de las personas circunscrita a un régimen general, al margen de la presencia o no de discapacidad en el individuo. En el contexto de la toma de decisión por razones de salud sobre el internamiento y tratamiento involuntarios, la discapacidad del sujeto no puede resultar un criterio a atender, no pudiendo justificar en ningún caso por sí solo una privación de libertad. En concreto, como ya propusimos en nuestro Informe de 2017, sería necesario o bien

proceder a la derogación del artículo 763 LEC, reformando, en su caso, el artículo 9 LBAP para incorporar las garantías que contiene aquél, pero sin vincular su aplicación a la concurrencia de un trastorno psíquico u discapacidad; o bien la redacción de un nuevo artículo 763 LEC, pero suprimiendo la mención al trastorno psíquico como criterio para determinar el internamiento. En ambas soluciones, procedería adoptar la categoría de ley orgánica en cumplimiento de lo dispuesto por la Constitución tal como recordó el propio TC en 2010.

- Promover una política de salud, y específicamente de salud mental, centrada en la persona y en dotarle de los apoyos necesarios para que pueda consentir libremente sobre sus cuidados de salud, e integrarse plenamente en la comunidad. Una atención especial deberá prestarse a sus familias y a las personas que integran sus entornos de confianza.

- Defender en las reuniones del DH-BIO la necesidad de reorientar los esfuerzos dirigidos a proteger los derechos de las personas con discapacidad psicosocial. El problema no está en que algunos Estados no cuentan con suficientes garantías a la hora de adoptar medidas involuntarias. El problema está en que esas medidas violan un buen número de derechos de las personas con discapacidad psicosocial por su carácter discriminatorio.

Estas medidas deberían ser adoptadas con la participación del CERMI y, en general, de los colectivos de personas con discapacidad. Y sería deseable que, en esta materia tan directamente relacionada con los derechos humanos, tanto las políticas y normas que se aprueben cuenten con un amplio consenso, en la medida de lo posible, para que no queden a merced de las mayorías políticas del momento.