

San José, domingo 29 de setiembre de 2024
OFICIO N° DH-CV-1043-2024
AL CONTESTAR REFERASE A ESTE OFICIO

Dr. Cristian Elizondo
Director
Hospital Nacional de Salud Mental
he_hnsm_coin@ccss.sa.cr

Asunto: Criterio Institucional sobre el protocolo para la contención de pacientes con trastorno mental y del comportamiento

Estimado Dr. Elizondo

De conformidad con el oficio GM-HNSM-DG-1668-2023 del 26 de diciembre de 2023, a continuación, se expone el criterio institucional sobre el PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONTENCIÓN DE MOVIMIENTO Y AISLAMIENTO A PERSONAS-USUARIAS CON TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO EN LOS SERVICIOS ASISTENCIALES DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL, Versión 3.2023.

Este criterio fue elaborado con los aportes de la Dirección de Calidad de Vida y del Mecanismo Nacional de Supervisión de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de este Órgano Defensor.

Valga indicar que, como le fuera comunicado oportunamente, el atraso en la remisión de este criterio responde a motivos de salud del personal involucrado en la preparación del mismo. A pesar de lo anterior, de forma atenta se solicita la retroalimentación del presente criterio.

Con muestras de mi consideración,

Angie Cruickshank Lambert
Defensora de los Habitantes de la República

CV – OL / AKZ

CRITERIO INSTITUCIONAL SOBRE PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONTENCIÓN DE MOVIMIENTO Y AISLAMIENTO DE PERSONAS-USUARIAS CON TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO EN LOS SERVICIOS ASISTENCIALES DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL

1. Introducción

El Hospital Nacional de Salud Mental solicitó a la Defensoría de los Habitantes criterio sobre el Procedimiento Para la Aplicación de la Contención de Movimiento y Aislamiento de Personas-Usuarías con Trastornos Mentales y del Comportamiento en los Servicios Asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social.

A continuación, se emite un criterio conjunto con los aportes de la Dirección de Calidad de Vida y del Mecanismo Nacional de Supervisión de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De conformidad con lo que dispone el artículo 1° del Procedimiento consultado su objetivo es “Definir el procedimiento de contención de movimientos y aislamiento para proteger la integridad física de las personas-usuarías con trastornos mentales y del comportamiento, para la debida aplicación por parte del personal que interviene en el procedimiento y otras personas presentes en los diferentes servicios asistenciales de la Caja Costarricense de Seguro Social.”

2. Análisis desde la perspectiva de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos aplicables a la materia, del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de las Observaciones Finales Sobre Los Informes Periódicos Segundo y Tercero Combinados de Costa Rica Presentado Ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

A fin de analizar debidamente el Procedimiento de Contención de Movimiento y Aislamiento en el presente documento se abordarán los siguientes temas: El artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Directrices sobre el Derecho a la Libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica presentado ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la sentencia del caso Guachalá Chimbo vs Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A. Artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹

¹ Este apartado se basa en el documento denominado Derechos Humanos y Discapacidad Psicosocial, elaborado por el Mecanismo Nacional de Supervisión de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y distribuido al personal de la Defensoría de los Habitantes el 20 de julio de 2022.

En el año 2006, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas adoptó la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Mediante la Ley N° 8661 del 7 de agosto de 2008, la Asamblea Legislativa aprobó esta Convención y mediante el Decreto Ejecutivo N° 34780 de 29 de setiembre de 2008 el Poder Ejecutivo la ratificó.

El propósito de dicha Convención establecido en su artículo 1° es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

El artículo 12 que se denomina “Igual Reconocimiento Como Persona ante la Ley” tiene relación con el tema de la capacidad jurídica que es esencial para los tratamientos en materia de atención en salud, ya que define las condiciones en las cuales las personas pueden ejercer los derechos y, en especial el de consentimiento informado. Este artículo se encuentra conformado por 5 párrafos. El primero de ellos señala:

“Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.”

El reconocimiento de la personalidad jurídica es el derecho a tener derechos, porque sólo cuando a un individuo se le otorga el carácter de persona, se le confiere los derechos inherentes a esa condición. Es la llave para abrir la puerta del ejercicio de los derechos.

Continúa señalando el párrafo 2° del artículo 12:

“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”.

En los ordenamientos jurídicos que tienen origen en el Derecho Romano se distinguen entre capacidad jurídica o de goce y la de actuar o de ejercicio. La primera *“es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes”*². Por tanto, *“la capacidad se adquiere plenamente en el nacimiento”*³. Por su parte, la capacidad de actuar *“es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercer personalmente sus derechos y asumir deberes”*⁴.

Cuando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se refiere a la capacidad jurídica abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio. Según dicha Convención la capacidad jurídica es un Derecho Humano inherente a toda persona independientemente de cualquier condición con que cuente o situación en que se encuentre.

Agrega el párrafo 3° del artículo 12 de la Convención:

² Torres Vásquez, Aníbal, Introducción al Derecho, Editorial Temis Lima, 2001, p. 834

³ Torres Vásquez, *op. Cit.*, p. 385

⁴ Torres Vásquez, *op. Cit.*, p. 389

“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.”

El artículo 12 conlleva un cambio profundo en el tema de la capacidad de las personas con discapacidad. La transformación propuesta consiste en reivindicar el derecho que deben tener las personas con discapacidad de tomar sus propias decisiones. Esto implica el pasar del Modelo de Toma de Decisiones sustitutivas al de Toma de Decisiones con Apoyo, lo que representa un cambio de paradigmas de enormes proporciones.

Lo que quiere decir el párrafo 3° del artículo 12 es que todas las personas, independientemente de su discapacidad, cuentan con capacidad jurídica que abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio, lo que implica el derecho de decidir sobre el destino de sus vidas y es función de esto, los Estados deben suministrar los apoyos que necesitan para ejercer sus derechos.

Para el Modelo de Toma de decisiones sustitutivas, que quiere superar la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando una persona presenta deficiencias en las funciones mentales, se le debe nombrar otra persona que tome decisiones por aquella.

En los Ordenamientos Jurídicos de influencia del Derecho Romano, el Modelo de Toma de Decisiones Sustitutivas se basa en la figura de la curatela. Esta es un o una representante legal que toma las decisiones por las personas con discapacidad mayores de 18 años. La persona representante legal es nombrada por medio de un proceso judicial llamado interdicción que tiene como consecuencia que la persona es declarada como incapaz y se le inhibe de realizar actos jurídicamente válidos.

El párrafo 4° indica:

“Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.”

Las salvaguardias son medios de protección a las personas con discapacidad a fin de que se respete su voluntad, preferencias y derechos. Estas salvaguardias deben ser proporcionadas y adaptadas a las necesidades de cada persona con discapacidad.

A ese efecto, Costa Rica cuenta con la figura del Garante por la Igualdad Jurídica de las Personas con Discapacidad, creada por la Ley N° 9379 para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad.

Esta nueva figura no sustituye la voluntad ni las preferencias de las personas con discapacidad como lo hacía la curatela, base del Modelo de Toma de decisiones sustitutivas, sino que facilita la misma y el ejercicio efectivo de los derechos patrimoniales, políticos, sexuales, reproductivos, parentales, el consentimiento informado, entre otros.

El garante por la igualdad jurídica asesora, orienta y guía a la persona con discapacidad quien conserva el derecho a tomar decisiones.

Cabe destacar que el garante por la igualdad jurídica es una salvaguardia que se concede atendiendo las necesidades específicas de cada persona con discapacidad. Así, la Ley mencionada enfatiza que los apoyos que recibiría la persona con discapacidad son proporcionales y adaptados a sus circunstancias, observando uno de los principios de la propia Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como lo es el respeto a la diversidad.

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad psicosocial se le ha negado el derecho a la capacidad jurídica en los términos establecidos en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Desde la antigua Roma con la figura de la curatela que subsistió hasta nuestros días y sólo con el advenimiento de dicha Convención que comenzó desmoronarse.

La mencionada Ley abolió la figura de la curatela y la declaratoria de incapacidad. En nuestro país, con la ratificación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la promulgación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad, todas las personas cuentan con capacidad jurídica y de actuar de modo pleno.

Por último, el párrafo 5° indica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y

otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

Como corolario de todo lo dicho por el artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se reafirma que las personas con discapacidad cuentan con el derecho a la propiedad, mismo que puede ser adquirido por herencia y en general, bajo cualquier modo adquisición ya sea a título oneroso o gratuito. Asimismo, las personas con discapacidad tienen el derecho de administrar sus bienes con los apoyos que eventualmente podría requerir.

b. Observación General N° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad creó una instancia de supervisión internacional de su cumplimiento, se trata del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, esto es lo que se conoce como un órgano convencional.

Ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad los estados que han suscrito la Convención deben presentar informes periódicos sobre el avance en el cumplimiento de la misma. Dicho Comité analiza los informes que recibe de los estados y prepara lo que se denomina "Observaciones Generales", con el fin de ayudar y guiar a los estados para que eleven el nivel de cumplimiento de la Convención. La primera Observación General versó precisamente sobre el tema de la capacidad jurídica dada la relevancia del tema.

En relación con el artículo 12 el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General N° 1 señaló:

“El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”⁵.

Añade el Comité:

“En el artículo 12, párrafo 2, se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a

⁵ Observación General N° 1, Comité sobre los Derechos de las Personas, con Discapacidad, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, p. 2

esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin.⁶”

No obstante, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad sí distingue entre capacidad jurídica y capacidad mental. Véase el siguiente extracto de la Observación General N° 1:

“La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales (...) La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse”.⁷

En referencia al párrafo 3° del artículo 12, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad indicó en la Observación General N° 1:

“En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.”⁸

Más adelante, el Comité se refiere al derecho a la libertad y seguridad. Específicamente, se refiere a los internamientos involuntarios en centros de salud:

“El respeto del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás incluye el respeto de su derecho a la libertad y a la seguridad de la persona. La negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es un problema habitual. Esa práctica constituye una

⁶ . Observación General N° 1, op. cit., p 5

⁷ Observación General N° 1, op. cit., p. 4

⁸ Observación General N° 1, op. cit., p.5

privación arbitraria de la libertad y viola los artículos 12 y 14 de la Convención. Los Estados partes deben eliminar esas prácticas y establecer un mecanismo para examinar los casos en que se haya internado a personas con discapacidad en un entorno institucional sin su consentimiento expreso”.⁹

En cuanto a los tratamientos proporcionados en los centros de salud el comité señala:

“En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones, en nombre de ellas. Todo el personal médico y sanitario debe velar por que se efectúe la consulta apropiada directamente con la persona con discapacidad. Ese personal debe garantizar también, en la medida de sus posibilidades, que los asistentes o personas encargadas de prestar apoyo no sustituyan a las personas con discapacidad en sus decisiones ni tengan una influencia indebida sobre ellas.”¹⁰

En ese sentido, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad es del criterio de que los tratamientos médicos en los cuales una persona con discapacidad, no ha manifestado su voluntad para someterse a los mismos son contrarios a la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

c. Las Directrices sobre el derecho a la Libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad

En el periodo de sesiones 14^o, que se extendieron del 17 de agosto al 4 de septiembre de 2015, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobó Las Directrices Sobre el Derecho a la Libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad. La finalidad de estas Directrices es:

“(…) proporcionar aclaraciones adicionales a los Estados partes, las organizaciones regionales de integración, las instituciones nacionales de derechos humanos, los mecanismos nacionales de supervisión, las organizaciones de personas con discapacidad y las organizaciones de la sociedad civil, así como a los órganos, organismos y expertos independientes de las Naciones Unidas, respecto de la obligación que tienen los Estados partes en virtud de la Convención de respetar, proteger y garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la libertad y la seguridad. Las presentes directrices sustituyen a la declaración aprobada por el Comité en relación con el artículo 14 de la Convención”¹¹

⁹ Observación General N° 1, op. cit., p. 12

¹⁰ Observación General N° 1, op. cit., p.12

¹¹ Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad aprobadas por el Comité en su 14^o período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015),

En relación con el derecho a la libertad y seguridad, el Comité señaló:

“La prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de deficiencia real o percibida está estrechamente relacionada con el artículo 12 de la Convención, que trata del igual reconocimiento como persona ante la ley. En su observación general núm. 1 (2014) sobre el igual reconocimiento como persona ante la ley, el Comité especifica que la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad y su privación de libertad en instituciones contra su voluntad, sin su consentimiento o con el consentimiento del sustituto en la adopción de decisiones, es una práctica que constituye una privación”¹²

A propósito del tema del internamiento involuntario o no consentido en instituciones de salud mental, el Comité en dicha Directriz señaló:

“El internamiento involuntario de personas con discapacidad por motivos de atención médica contradice la prohibición absoluta de la privación de libertad por motivos de discapacidad (art. 14, párr. 1 b)) y el principio del consentimiento libre e informado de la persona interesada para recibir tratamiento médico (art. 25). El Comité ha declarado en repetidas ocasiones que los Estados partes deben derogar las disposiciones que permiten el internamiento involuntario de personas con discapacidad en instituciones de salud mental en razón de deficiencias reales o percibidas h. El internamiento involuntario en instituciones de salud mental entraña la negación de la capacidad jurídica de la persona para decidir acerca de la atención, el tratamiento y el ingreso en un hospital o una institución y, por tanto, vulnera el artículo 12, leído conjuntamente con el artículo 14.”

Concretamente, el Comité señaló con respecto al tema del aislamiento e inmovilización en centros psiquiátricos:

“El Comité ha pedido a los Estados partes que protejan la seguridad y la integridad de las personas con discapacidad privadas de libertad, entre otras cosas eliminando el recurso a los tratamientos forzosos, el aislamiento y los diversos métodos de inmovilización en establecimientos médicos, con inclusión de las medidas de contención física, farmacológica y mecánica. El Comité ha determinado que estas prácticas no son conformes con la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las personas con discapacidad, con arreglo al artículo 15 de la Convención”

¹² Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad aprobadas por el Comité en su 14º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2015),

d. Observaciones Finales Sobre Los Informes Periódicos Segundo y Tercero Combinados de Costa Rica Presentado Ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Como se indicó, una de las obligaciones de los estados que ratificaron la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es la presentación ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de informes periódicos sobre las medidas que se adoptaron para cumplir la misma. El primer informe se presenta dos años después de la ratificación de este instrumento y los posteriores, cada cuatro años.

Dicho Comité examinó los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica en sus sesiones 705^a y 706^a, celebradas el 14 de marzo de 2024. En su sesión 716^a, celebrada el 21 de marzo de 2024, se aprobó las observaciones finales. En las observaciones se analiza los informes de los estados indicando los aspectos positivos, los motivos de preocupación y las recomendaciones.

Con respecto al artículo 14 que versa sobre el derecho a la libertad y seguridad, el Comité manifiesta su preocupación:

“Que en el Reglamento sobre el consentimiento informado en la prestación de servicios de salud del Sistema Costarricense de Seguridad Social permite la institucionalización forzosa sin el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad”¹³

Asimismo, recomendó:

“Modificar el Reglamento sobre el consentimiento informado en la prestación de servicios de salud del Sistema Costarricense de Seguridad Social de modo a prohibir la institucionalización sin el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad”¹⁴

De igual manera, el Comité señaló en referencia al derecho protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes reconocido en el artículo 15, que le preocupa:

“La falta de leyes y medidas para proteger a las personas con discapacidad de los tratamientos médicos sin consentimiento libre e informado, incluso la esterilización y los abortos forzados”¹⁵

En virtud de lo anterior, el Comité recomendó:

“Adoptar las medidas necesarias para garantizar que ninguna persona con discapacidad sea sometida a torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o

¹³ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica, p 7

¹⁴ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica, p 7

¹⁵ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica, p 7

degradantes, incluidos los tratamientos médicos sin consentimiento libre e informado, en particular la esterilización y los abortos forzados; y asegure de que los procedimientos de denuncia sean accesibles a todas las personas con discapacidad y que se investigue y sancione a los autores de prácticas que puedan constituir actos de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contra personas con discapacidad, imponiendo sanciones proporcionales”¹⁶.

e. Sentencia del caso Guachalá Chimbo vs Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Mediante la sentencia del 26 de marzo de 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso Guachalá Chimbo vs Ecuador. Esta sentencia versa sobre el internamiento de una persona en un centro de salud especializado en la atención psiquiátrica, en el mencionado país. En cuanto al tema del consentimiento informado en relación con personas con discapacidad psicossocial, la Corte Interamericana señaló:

“Al tratar con personas con discapacidad, el personal médico deberá examinar la condición actual del paciente, y brindar el apoyo necesario para que este tome una decisión propia e informada. Esta obligación está expresamente incluida en la CDPD (Convención Sobre los Derechos Humanos), pero también se desprende de obligaciones contenidas en la Convención Americana, incluyendo la obligación de no discriminar a las personas por su discapacidad”¹⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera el criterio del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el sentido de que aún en situaciones de crisis se deben prestar los apoyos a las personas con discapacidad para el ejercicio del derecho al consentimiento informado:

“Sobre este punto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha indicado que, incluso en situaciones de crisis, se debe prestar apoyo a las personas con discapacidad, proporcionándose información exacta y accesible sobre las opciones de servicios disponibles y se ofreciéndose alternativas no médicas²⁴⁰. Solo en caso de ausencia de medidas de planeación anticipada (supra párr. 124), y que después de realizar “un esfuerzo considerable” por obtener el consentimiento no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, es permisible la determinación de la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”²⁴¹. Este último recurso “implica determinar lo que la persona habría deseado”, tomando en “las preferencias, los valores, las actitudes, los argumentos y los hechos

¹⁶ Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Costa Rica, p 8

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guachalá Chimbo Y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de 26 de marzo de 2021, p. 38

anteriores, incluidas las formas de comunicación verbales o no verbales, de la persona concernida”¹⁸

Como se desprende del artículo 12 de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Directrices sobre el Derecho a la Libertad y la Seguridad de las Personas con Discapacidad del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Observaciones Finales Sobre los Informes Periódicos Segundo y Tercero combinados de Costa Rica presentado ante el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la sentencia del caso Guachalá Chimbo vs Ecuador de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tratamientos involuntarios y, específicamente, la contención del movimiento y el aislamiento son considerados contrarios a los derechos a la capacidad jurídica, la libertad, la seguridad y la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Ahora bien, Costa Rica cuenta con la Ley N° 10412 Nacional de Salud Mental que admite en ciertas circunstancias los tratamientos involuntarios, como la contención y aislamiento. Específicamente, cuando las personas usuarias de los servicios de salud mental no se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales, de conformidad con el criterio de un médico especialista en psiquiatría, véase a ese respecto los incisos i) y J) del artículo 10 de la Ley Nacional de Salud Mental. Aquí se presenta una contradicción entre lo que dispone la normativa internacional, específicamente, la Convención Sobre los Derechos de las personas con Discapacidad y la Ley Nacional de Salud Mental ¿Cómo se soluciona esta contradicción? Desde el punto de vista de la técnica jurídica prevalece dicho tratado en virtud a que éste tiene rango supralegal según lo que establece el artículo 7 de la Constitución Política.

La Ley Nacional de Salud Mental con respecto a los temas tratados podría devenir contraria a los tratados internacionales sobre la materia de derechos humanos de las personas con discapacidad.

B. Análisis del Protocolo desde la perspectiva de los requisitos que debe contener.

Con todo, a esta Defensoría se le ha solicitado por parte de la Dirección del Hospital Nacional de Salud Mental emitir un criterio en relación con el **“Procedimiento para la aplicación de la contención de movimiento y aislamientos a personas-usuarias con trastornos mentales y del comportamiento en los servicios asistenciales de la Caja Costarricense del Seguro Social, versión 3.2023”** y en razón de lo anterior, mientras la normativa que regula este asunto en la legislación nacional no sea declarada inconstitucional o derogada, es deber de esta Defensoría indicar que, de aplicarse este

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guachalá Chimbo Y Otros Vs. Ecuador, Sentencia de 26 de marzo de 2021, p.

protocolo, algunos requisitos de Derechos Humanos y de la Bioética deben estar presentes como a continuación se señala.

En este sentido, esta Defensoría realizó algunas consultas y revisó la experiencia internacional y alguna bibliografía especializada en el tema.

De esta forma, se realizó una consulta a la Dra. Karla Sáenz, Responsable Regional de Bioética de la Oficina Panamericana de la Salud, en su sede en Washington quien refirió que, lamentablemente, este organismo internacional no cuenta con un criterio al respecto. Por ello se consultó al Comité de Bioética de España, como órgano colegiado independiente y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, que en el año 2016 emitió un criterio sobre este tema según lo informó el Dr. Aurelio Luna Maldonado, uno de sus representantes, por consulta de esta Defensoría.¹⁹

Ciertamente, el su uso de los mecanismos de contención a pacientes no está exento de problemas, no sólo desde el punto de vista ético o legal sino también por las complicaciones para la salud del paciente que pueden ocurrir.

En este criterio sobre la contención de pacientes del año 2016, el Comité de Bioética de España consideró relevante emitir un informe con unas recomendaciones a fin de orientar el uso adecuado de las contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario. La protección de la dignidad de la persona es esencial en la aplicación de este tipo de medidas porque, aun siendo legítimas por estar justificadas, pueden ser o no adecuadas según la forma en que se apliquen.

En este criterio, el Comité de Bioética de España titulado *“Consideraciones éticas y jurídicas sobre el uso de contenciones mecánicas y farmacológicas en los ámbitos social y sanitario”* del 7 de junio de 2016 indica que los Estados miembros deben ofrecer protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen trastorno mental. Aunque se ocupa únicamente de las personas con trastorno mental, las recomendaciones establecen una serie de principios y deberes que deben ser tenidos en cuenta a la hora de decidir sobre la adopción o no de medidas de contención física o farmacológica. Concretamente, el artículo 27 establece que las medidas de contención o restricción sólo se podrán emplear en instalaciones adecuadas, y según el principio de mínima restricción, para prevenir daños inminentes en la persona afectada o en otras, y en proporción a los riesgos existentes, y que esas medidas sólo podrán aplicarse bajo supervisión médica y deberán quedar adecuadamente documentadas. Además, establece también que la persona sometida a medidas de contención o restricción deberá ser objeto de un seguimiento regular, y que las

¹⁹ 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

razones por las que se adopte la medida y su duración deberán ser registradas en la historia clínica de la persona y en un registro.²⁰

En su informe el Comité de Bioética de España hace además referencia a los Principios de excepcionalidad, necesidad, provisionalidad y prohibición del exceso, aplicándolas con la mínima intensidad y por el tiempo estrictamente necesario, llevándose a cabo con el debido respeto a la dignidad, privacidad y derechos del menor.

Agrega el informe español que en abril de 2008 se promulgó en España el Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pactado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Artículo 14 de esa Convención señala que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona, no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. Asimismo, los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Esta Defensoría consultó, además, bibliografía sobre este tema, destacándose el artículo titulado *“Sujeciones Físicas y Farmacológicas. Razones para su Prescripción. Derechos Afectados y Legalidad Aplicable”* de Juan Luis Beltrán Aguirre, publicado en la obra *“La Seguridad de Paciente”* del Director Juan Francisco Pérez Gálvez (Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2018) en la cual se señala una serie de requisitos que deben estar presentes por parte de una autoridad sanitaria cuando se trate de medidas de contención a pacientes.

En razón de lo anterior, esta Defensoría preparó la siguiente tabla de verificación de requisitos que deberían ser cumplidas en el documento **PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA CONTENCIÓN DE MOVIMIENTO Y AISLAMIENTO DE PERSONAS-USUARIAS CON TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO EN LOS SERVICIOS ASISTENCIALES DE LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL** desde el punto de vista Bioético y de Derechos Humanos.

En esta tabla de verificación, esta Defensoría realiza un ejercicio de comprobación para constatar el cumplimiento de los requisitos que deben estar presentes en el protocolo en

²⁰ 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. Página 17

cuestión a partir de las recomendaciones del Comité de Bioética de España y la bibliografía consultada.

Tabla de verificación de requisitos

Requisito	Verificación	Recomendación DHR
Existencia de un protocolo	Protocolo. Versión 3. 2023,	No hay recomendación
La medida terapéutica es excepcional cuyo objetivo básico es evitar que se produzcan situaciones que pongan en peligro la integridad física de una persona, generalmente incapacitada, o la de otras personas de su entorno; la medida es evitar alteraciones al plan terapéutico.	Artículo 3, inciso g Artículo 8 Artículo 9	No hay recomendación
Es necesaria para alcanzar el propósito que se persigue	Artículo 7 Artículo 8 Artículo 9	No hay recomendación
No menoscaba la dignidad de la persona	Artículo 3, inciso b	Se recomienda al Hospital Nacional de Salud Mental que el protocolo contenga disposiciones que no afecten innecesariamente la dignidad humana,
Se respeten los demás derechos de la persona	Artículo 3, inciso e	Es necesario ser más explícito al indicar que una persona a la que se le aplica la medida en cuestión no pierde otros derechos como el buen trato, comunicación, recibir visitas, alimentación y presentar reclamos entre otros.

Existencia de una prescripción médica, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física del usuario o de un tercer. El personal de enfermería puede tomar la decisión en caso de urgencia.	Artículo 7	No hay recomendación
Debe distinguirse el tratamiento farmacológico ordinario de aquel empleado para la contención	No existe regulación en el protocolo	Se recomienda incluir este requisito
Debe ser Comunicado al médico a cargo o a la jefatura	No existe regulación en el protocolo	Se recomienda incluir este requisito
El procedimiento es supervisado	ARTÍCULO 6 <i>ARTÍCULO 12, inciso 12</i>	No hay recomendación
Es adaptable a cada caso, individualizable según cada paciente, es diferente para menores menores de edad y para adultos mayores	Artículo 4	No existe diferencia en relación con las medidas aplicables a una persona menor de edad y a un adulto mayor.
Presencia del Principio de menor restricción. Es gradual: primero la contención verbal, luego la contención ambiental o conductual y finalmente mediante sedantes. Sujeción debe ser último recurso, salvo casos calificados de urgencia o por criterio del personal tratante	Artículo 4 Artículo 7 ARTÍCULO 10 ARTÍCULO 11 ARTÍCULO 12 ARTÍCULO 13	No hay recomendación

No es medida discriminatoria	Artículo 3, inciso d	Incorporar en el protocolo una disposición que contenga expresamente una referencia a a que las medidas adoptadas no deben estar fundadas en motivos de discriminación o generar discriminación.
Se protegerla intimidad. Se realiza en un lugar protegido y seguro	ARTÍCULO 6	No hay recomendación
La medida es temporal. No puede ser prolongada, se realiza en tiempo necesario	Artículo 5	No hay recomendación
La medida se registra en el expediente clínico	ARTÍCULO 12	No hay recomendación
Los fármacos están debidamente indicados, pautados y monitorizados	ARTÍCULO 12	No hay recomendación
Existencia de un consentimiento informado escrito, salvo estado de necesidad; no aplican las instrucciones previas,	Artículo 3, inciso h Artículo 8 ARTÍCULO 12	No debe incluirse el empleo de las voluntades anticipadas. Debe incluirse el cumplimiento de las disposiciones de la ley de Autonomía de la Personas con Discapacidad.
La medida es proporcional al fin buscado	Artículo 7 Artículo 8	No hay recomendación
La medida es idónea	Artículo 7 Artículo 8	No hay recomendación
La medida es necesaria. Se verifica si existen otras menos gravosas	Artículo 4 Artículo 7 ARTÍCULO 10 ARTÍCULO 11 ARTÍCULO 12	

	ARTÍCULO 13	
La medida previene lesiones o muerte y debe evitar daños innecesarios	ARTÍCULO 15	No hay recomendación
La medida es realizada por personal capacitado	No existe regulación en el protocolo	Es necesario incluir que el protocolo solo debe ser aplicado por personal capacitado
La medida no se hace por comodidad del personal, ni para asegurar descanso del trabajo, ni por problemas de organización del centro, falta de presupuesto, ni por falta de personal	Artículo 7	Es necesario incluir que no se hace para asegurar descanso del trabajo, ni por problemas de organización del centro, por falta de presupuesto, ni por falta de personal.
No es una forma de castigo	Artículo 4 Artículo 7	No hay recomendación
Es deseable que el protocolo sea aprobado y evaluado por un comité de ética asistencial	No existe regulación en el protocolo	Se recomienda que el protocolo sea sometido a la aprobación de la Dirección de Bioética del CENDEISSS.

En razón de lo anterior, esta Defensoría considera que los siguientes aspectos deben ser mejorados en el protocolo en cuestión.

1. Es conveniente incorporar en el protocolo disposiciones en cuanto a que todas las acciones excepcionales que en la atención de un paciente se hagan, procurarán no afectar más de lo necesario a la dignidad humana.
2. El documento debe indicar que el paciente sometido a estos procedimientos no pierde otros derechos como el buen trato, comunicación, recibir visitas, alimentación y presentar reclamos, entre otros.
3. Es conveniente distinguirse el tratamiento farmacológico ordinario de aquel empleado para la contención química y explicarle esto al paciente.
4. Debe ser comunicado al médico a cargo o a la jefatura respectiva cuando el personal de salud deba tomar una medida de contención a un paciente.

5. Es necesario indicar que estas medidas son adaptables a cada caso. Es decir, individualizables según cada paciente y sobre todo, que deben ser diferentes los protocolos para menores de edad de aquellos para adultos mayores.
6. Es conveniente incorporar en el protocolo disposiciones en cuanto a las estas medidas de contención no deben ser aplicadas con base en razones que generen discriminación como estigma o rechazo por parte de otros pacientes, visitas o personal hospitalario.
7. En razón de que en ninguna parte del documento se indica, debe señalarse que las medidas de contención serán realizadas solo por personal capacitado para su aplicación.
8. Es necesario que se señale que estas medidas no se pueden aplicar para asegurar descanso del trabajo del personal hospitalario, ni por problemas de organización del centro, falta de presupuesto, ni por falta de personal.
9. Se recomienda que este protocolo sea sometido a la aprobación y fiscalización por parte de la Dirección de Bioética del CENDEISS de la CCSS.