

*El derecho a la salud mental**

Jairo Cieza Mora

Bueno, los pacientes no tienen, actualmente, derechos como tal[es] (...). Los pacientes son sometidos a terapia sin su consentimiento: los familiares o no están, o no están informados, o no dan autorizaciones, o no se les pide siquiera las autorizaciones. Se les trata como personas sin derechos; como cosas.

(Entrevista de un miembro del equipo de la Defensoría del Pueblo a un director de hospital. Informe Defensorial N.º 102.)

1. Representación de la enfermedad de mente

Era un matemático genial. Había desarrollado teorías que revolucionaron la ciencia, a la que dedicaba su vida, y de pronto se acabó; entró en un torbellino de sentimientos confusos que nunca paraban, que lo inquietaban, que lo desangraban por dentro y que finalmente lo hicieron perder por completo la razón. Las hijas tuvieron reacciones diversas ante la locura del padre, otrora importante autoridad de la ciencia

* Este trabajo está dedicado al doctor Grover Mori, maestro de la psiquiatría peruana y buen amigo. Mi especial agradecimiento a Hans Herrera y Natividad Berrú, mis alumnos, por su colaboración.

y ahora dependiente de la menor de ellas, dotada de un talento especial heredado de él, aunque con el irrefrenable temor de haber adquirido también su locura.

Él era otro matemático brillante, ganador del Premio Nobel de Economía, pero durante casi toda su vida convivió con fantasmas, con seres inexistentes que lo atormentaban, que lo angustiaban y que recreaban en su existencia las más extrañas persecuciones; de no haber sido por su comprensiva esposa y un tratamiento que incluía fármacos y *electroshocks*, seguramente se hubiese extraviado del mundo por completo y jamás habría alcanzado el reconocimiento a su labor científica.

Un escritor de novelas tiene que repetir varias veces la misma acción física (por ejemplo, cerrar cinco veces la puerta de su departamento), pues de lo contrario no estará tranquilo; tiene que someterse obligatoriamente a ese extraño y extravagante ritual endemoniado. Al salir a la calle, no puede pisar las líneas que marcan la vereda, pues si no cumple fiel y exactamente esas manías repetitivas y constantes, entra en un grado de angustia que no lo deja desenvolverse normalmente ni le permite desarrollar una vida normal. Finalmente, el amor lo lleva por el camino de la recuperación al incentivarlo a ser un "hombre mejor", y retoma el tratamiento farmacológico contra la enfermedad que lo agobiaba y que lo hacía aparecer como un hombre extraviado, raro, diferente, repugnante para la sociedad.

Félix Chacaltana es un fiscal del Ministerio Público en Perú, quien desempeña su cargo en la ciudad de Ayacucho, después de algunos años de haber concluido el conflicto armado interno, y es testigo de las más horribles muertes en un aparente despertar del terrorismo en la sierra del país. Luego de involucrarse de manera visceral con los casos en los que salvajemente son asesinados los personajes, no resiste y pierde por completo la razón, y termina confinado en un paraje inhóspito de la serranía.

Los casos descritos corresponden, en orden, a: "La Prueba" obra teatral de David Auburn, ganadora del Premio Pulitzer, representada en muchos países del mundo y en el nuestro bajo la dirección de Francisco Lombardi; "Una mente brillante" película ganadora de varios Óscar de la academia y que tiene al profesor Nash como su personaje central; "Mejor imposible", película ganadora de varias estatuillas, con una soberbia actuación de Jack Nicholson en el papel de un escritor que padece de neurosis obsesiva; y "Abril rojo", brillante obra

literaria del escritor peruano Santiago Roncagliolo, con la que logra el Premio Alfaguara.

Estas obras, que corresponden al teatro, al cine y a la literatura, tienen un denominador común: en todas ellas, directa o indirectamente, está presente el tema de la insania mental, de la enfermedad que atormenta y desgarrar a sus personajes y a las personas con quienes conviven y que forman parte de su entorno cercano. En todas ellas se puede apreciar la incomprensión que la enfermedad mental produce, el sufrimiento al que se someten quienes la padecen, el estigma que significa padecer de una incapacidad derivada de una patología de mente. Y es que en la enfermedad de la mente —a diferencia de la enfermedad somática— existen mayores tabúes y prejuicios que impiden dar las respuestas más adecuadas en beneficio de quienes la padecen. En una enfermedad somática, una persona la puede apreciar, la puede comentar, la puede describir; la comunica a sus amigos y familiares; la identifica; aprende a convivir con ella y la afronta, en la medida de lo posible, con los tratamientos pertinentes. En una enfermedad de mente la respuesta es más compleja, pues de inmediato aparece el estigma de la locura, de la sorna, de la ironía maliciosa, que cree ignorantemente que se trata de falta de voluntad, de abulia del enfermo, a quien se le piden respuestas de mejora y ganas para revertir ese estado de abatimiento que parece estancarlo, adormitarlo, detenerlo en el camino de los logros propios de una sociedad de consumo. Es que esta enfermedad no se aprecia externamente, sino que se confina, se guarece, en los más recónditos escondites de nuestro complejísimo cerebro. Y el drama se agrava y es mayor cuando, a la incomprensión de la sociedad que exige el éxito (entendido como adquisición de bienes materiales), se suma la pobreza en la que vive muchas veces el paciente enfermo mental, situación que no tiene una respuesta adecuada del Estado expresada en una infraestructura solvente, en médicos comprometidos y capacitados, en *stocks* de medicamentos, en atención que garantice el respeto de los derechos fundamentales del paciente, en un trato digno por parte de las personas y funcionarios encargados de los establecimientos de salud mental, y un largo etcétera. Salvo esfuerzos aislados, nos encontramos ante un Estado que deja en último plano a pacientes que para él no aportan nada a la sociedad. Sin embargo, no es moral que este Estado se desentienda de ellos, pues son sujetos de derecho y personas que tienen exactamente las mismas facultades que todos los que no sufren de

discapacidad mental en los diversos grados en que ésta se puede presentar.

Frente a este drama —que se puede apreciar en toda su terrible dimensión en el informe de la Defensoría del Pueblo que más adelante comentaremos— debemos preguntarnos, como operadores del derecho, qué respuesta tiene nuestra disciplina ante la problemática del enfermo de mente; de qué mecanismos jurídicos dota el derecho a las personas que sufren estas patologías y a sus familiares; qué se puede hacer ante la falta de representación legal de los incapaces privados de discernimiento; qué respuestas tenemos frente a los problemas que puede presentar la curatela como institución supletoria del amparo familiar; cómo se lleva a cabo la interdicción en nuestro país; y qué respuestas encontramos en el derecho comparado, en donde apreciamos una mayor sensibilidad del jurista a los problemas que aquejan a sus sujetos débiles.

Esta es la propuesta del presente trabajo: describir —en la medida en que el espacio nos lo permita— nuestra realidad en materia de salud mental, desde un punto de vista legal, pero sin perdernos en una relación de normas constitucionales y especiales o en tratados internacionales que el Perú ha suscrito. Esta “realidad legislativa” tiene que tener un correlato con la realidad, para no ser estéril o vacua descripción normativa y así poder convertirse en instrumento valioso que permita mejorar las condiciones de vida del enfermo mental y, de esta manera, cumplir con el principio contenido en la Constitución, consistente en el derecho inalienable de toda persona a tener una vida digna.

1.1 Breve clasificación de la enfermedad de mente

Se puede considerar a la enfermedad mental como

... una alteración de los procesos cognitivos y afectivos del desenvolvimiento considerado como normal con respecto al grupo social de referencia del cual proviene el individuo. Esta alteración se manifiesta en trastornos del razonamiento, del comportamiento, de la facultad de reconocer la realidad y de adaptarse a las condiciones de la vida. Dependiendo del concepto de enfermedad que se utilice, algunos autores consideran más adecuado utilizar en el campo de la salud mental el término “trastorno mental” (que es el que utilizan los dos sistemas clasificatorios de la psicopatología más importantes en la actualidad: la CIE-10, de la Organización Mundial de la Salud,

y el DSM-IV-TR, de la Asociación Psiquiátrica Americana). Sobre todo en aquellos casos en los que la etiología biológica no está claramente demostrada, como sucede en la mayoría de los trastornos mentales¹.

Como veremos a continuación, la sistematización de la enfermedad mental es sumamente compleja y abarca una serie de trastornos de diverso origen, los que a su vez tienen intrincadas subclasificaciones. El objeto de describir una relación de trastornos mentales es que tomemos conciencia de que la enfermedad psíquica, al igual que la enfermedad somática, es variada y requiere que se le dé la misma importancia y relevancia que las otorgadas a la enfermedad fisiológica para, de este modo, afrontarla con los mejores instrumentos de que dispone la ciencia médica —en especial, la psiquiatría— y, al mismo tiempo, para obtener una respuesta responsable y eficiente de parte del Estado a través de un sistema normativo coherente y que se identifique con los sujetos débiles, como es el caso del enfermo de mente. De igual modo, el Estado tiene la obligación de afrontarla de manera decidida mediante políticas serias y planificadas que incluyan un presupuesto adecuado a la problemática de la enfermedad de mente en el Perú. De lo contrario, quedarían solamente en declaraciones líricas las normas que tutelan los derechos de la salud mental de los pacientes; serían un bello ramillete de principios que defienden a las personas que sufren una discapacidad mental, pero no resolverían los problemas concretos que afronta una población tan vulnerable como la que es materia del presente trabajo. Más adelante nos referiremos al marco normativo que regula la salud mental en el Perú, así como a los problemas que en el campo legislativo se presentan y cuya corrección podría servir para mejorar la situación de los enfermos de mente en un país en donde la situación de pobreza agrava las condiciones del paciente.

¹ Este concepto se puede apreciar en: < http://en.wikipedia.org/wiki/Enfermedad_mental >

Michel Foucault (1926-1984), sociólogo, historiador, filósofo y psicólogo francés de gran influencia en el pensamiento contemporáneo, señalaba que

... la enfermedad (mental) sería la alteración intrínseca de la personalidad, desorganización interna de sus estructuras, progresiva desviación de su devenir; solo tiene sentido y realidad en el interior de una personalidad mórbida. Los esfuerzos se dirigieron entonces en el sentido de definir las enfermedades mentales según la amplitud de las perturbaciones de la personalidad, y se llegó a dividir las perturbaciones psíquicas en dos grandes categorías: neurosis y psicosis².

² FOUCAULT, Michel. *Enfermedad mental y personalidad*. Buenos Aires: Paidós, 1961, pp. 14-15. Para Foucault, "las psicosis son perturbaciones de la personalidad global, implican: una alteración del pensamiento (pensamiento maniaco que huye, se evade, resbala sobre asociaciones de sonidos o juegos de palabras; pensamiento esquizofrénico, que salta, rebota encima de los intermedios y procede a saltos o por contrastes); una alteración general de la vida afectiva y del humor (ruptura del contacto afectivo en la esquizofrenia, coloraciones emocionales masivas en la manía o la depresión); una perturbación del control de la conciencia, de la observación en perspectiva de los distintos puntos de vista, formas alteradas del sentido crítico (creencias delirantes en la paranoia, el sistema de interpretación se anticipa a las pruebas de su exactitud y permanece impermeable a toda discusión; indiferencia del paranoico a la singularidad de su experiencia alucinatoria, que tiene para él valor de su evidencia). (...) En las *neurosis*, por el contrario, es solo un sector de la personalidad el que está enfermo: ritualismo de los obsesivos respecto de ciertos objetos, angustias provocadas por determinada situación en la neurosis fóbica. Pero el curso del pensamiento se conserva intacto en su estructura, aun en los casos en que es más lento en los psicoasténicos; el contacto afectivo subsiste y puede estar aumentado hasta la susceptibilidad en los histéricos; finalmente, aunque el neurótico presenta obliteraciones de conciencia como el histérico o impulsos incoercibles como el obsesivo, conserva la lucidez crítica respecto de sus fenómenos mórbidos".

1.1.1 Clasificación de trastornos mentales CIE 10. Criterios de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

Como se ha anticipado, los trastornos mentales están clasificados conforme al método aprobado por la OMS a través de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y otros Problemas de Salud (CIE)³. De manera panorámica —y tomando como base la clasificación mencionada—, señalamos una relación que nos aproxima a la complejidad de la sistematización de los trastornos de mente:

- Trastornos orgánicos
 - F00-09. Trastornos mentales orgánicos, incluidos los sintomáticos

- Demencia
 - F00. Demencia en la enfermedad de Alzheimer
 - F001. Demencia vascular
 - F02.0. Demencia en la enfermedad de Pick
 - F02.1. Demencia en la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob
 - F02.2. Demencia en la enfermedad de Huntington
 - F02.3 Demencia en la enfermedad de Parkinson
 - F02.4. Demencia en la infección por VIH
 - F03. Demencia sin especificación
 - F04. Síndrome amnésico orgánico no inducido por alcohol u otras sustancias psicótropas.
 - F05. Delirium no inducido por alcohol u otras sustancias psicótropas
 - F06.0 Alucinosis orgánica

³ Toda la información y la clasificación integral se pueden encontrar en esta página: <<http://www.psicoactiva.com/cie10/cie1.htm>>

- F06.1. Trastorno catatónico orgánico
- F06.3. Trastornos del humor (afectivos) orgánicos
- F06.4. Trastornos de ansiedad orgánicos
- F06.5. Trastorno disociativo orgánico
- F06.6. Trastorno de la habilidad emocional (afectivo) orgánico
- F06.7 Trastorno cognoscitivo leve
- F07. Trastornos de la personalidad y del comportamiento debido a enfermedades, lesiones o disfunciones cerebrales
- F07.0 Trastorno orgánico de la personalidad
- F07.1. Síndrome postencefálico
- F07.2. Síndrome posconmocional
- F10-19. Trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de sustancias psicótropas
- F19. Trastornos mentales y del comportamiento debidos al consumo de múltiples drogas y de otras sustancias psicótropas
- F20-29. Esquizofrenia, trastorno esquizotípico y trastorno de ideas delirantes
- F20 Esquizofrenia
- F20.0 Esquizofrenia paranoide
- F20.1. Esquizofrenia hebefrénica
- F20.2. Esquizofrenia catatónica
- F20.4 Depresión postesquizofrénica
- F23. Trastornos psicóticos agudos y transitorios
- F30 . Episodio maniaco
- F31. Trastorno bipolar
- F32. Episodios depresivos
- F40-49. Trastornos neuróticos secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos
- F40. Trastornos de ansiedad fóbica
- F42. Trastorno obsesivo-compulsivo

1.2 El derecho a la salud mental

El derecho a la salud es la situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano⁴. Constituye el aspecto dinámico del hombre en su plenaria dimensión existencial. El aspecto estático lo constituye el derecho a la integridad, entendido como la situación jurídica en la que se tutela la condición misma del ser humano en cuanto inescindible unidad psicofísica⁵. Para el profesor sanmarquino Carlos Fernández Sessarego,

... el derecho a la integridad física comprende el derecho a la salud, el mismo que no debe interpretarse en el sentido restrictivo, de índole somática, sino en su más amplia acepción, es decir, como facultad de la persona a su total protección psicósomática, en orden al pleno desarrollo de su personalidad. Aunque sobre la base de atendibles argumentos algunos autores tipifican el derecho a la salud como uno de carácter autónomo, consideramos que bien puede comprenderse dentro del amplio derecho a la integridad física⁶.

El derecho a la salud tiene reconocimiento constitucional. Efectivamente, el artículo segundo, inciso 1), de la Constitución del Estado establece que "Toda persona tiene derecho: 1) A la vida, a su identidad, a su integridad, moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar." Comentando esta norma, el propio Fernández Sessarego, en una obra colectiva⁷, señala que

4 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. 4.^a ed. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 195.

5 Loc. cit.

6 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano*. 8.^a ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2001, p. 57.

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter (dir.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 24.

El derecho a la integridad psicosomática no se limita tan solo a la protección del soma o cuerpo —en sentido estricto— ante cualquier amenaza o atentado, sino también supone la protección frente a cualquier amenaza o daño al *ámbito psíquico*. De ahí que se consideren atentados contra dicha integridad no solo una lesión inferida al cuerpo o soma, sino también cualquier acto, como la tortura, dirigido a perturbar o lesionar, en alguna medida, el psiquismo de la persona. La consecuencia de este atentado adquiere diversas magnitudes y puede consistir en una perturbación emocional o en una patología psíquica de mayor o menor gravedad.

El derecho a la salud mental viene a ser la expresión o la manifestación especial del derecho a la salud, comprendido como el estado de bienestar, tal como lo denomina la propia Organización Mundial de la Salud (OMS). El derecho al bienestar integra tanto la tutela y la protección del aspecto somático (fisiológico) de la persona, como de su aspecto psíquico, los que confluyen en esa unidad inescindible que es el ser humano. No se puede entender la naturaleza humana sin la confluencia de ambas vertientes, la somática y la psíquica, en la conformación del ente humano como centro de referencia normativo o como centro de atribución de derechos y obligaciones. Es errado analizar compartimentadamente al ser humano, como si su psicología y su fisiología estuviesen desligadas y fueren autónomas. Al sujeto hay que apreciarlo, tanto en su análisis, en su diagnóstico ontológico, como en la tutela de sus derechos subjetivos, desde una perspectiva bidimensional; es decir, reconociendo y protegiendo su integridad orgánica y también la psíquica. En el presente trabajo nos estamos circunscribiendo al análisis de uno de los aspectos de esta unidad inseparable: la psiquis del sujeto de derecho; su descripción, protección y tutela. A lo largo de este material apreciamos, lamentablemente, que en cuanto al enfermo de mente se ha avanzado muy poco, y muchos de los discapacitados por la enfermedad mental no reciben un trato que vaya acorde con la dignidad de la cual son merecedores por el hecho de ser seres humanos; con mayor razón si vivimos bajo el marco político de un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.3 La legislación nacional y comparada que tutela el derecho a la salud del enfermo de mente

El artículo 7 de la Constitución del Estado establece:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención readaptación y seguridad.

Coincidimos con aquella apreciación, según la cual, "la dignidad de la persona, discapacitada o no discapacitada, resulta ser el principio rector de todos los demás derechos inherentes a ella, motivo por el cual debe constituir la principal preocupación de la sociedad y el Estado"⁸. Efectivamente, la dignidad debe ser el principio orientador de un Estado Social y Democrático de Derecho, el que tiene la obligación de tutelar el respeto a las condiciones mínimas de salubridad y decoro de la persona discapacitada mental. Esta debe ser una preocupación constante de un Estado que se precie de denominarse "social"; es decir, que tome como esencia, como centro de referencia a la persona humana, no importando su condición racial, económica, social, política, religiosa o de cualquier índole. Un Estado que no brinda la atención necesaria a las personas con discapacidad mental, que las abandona, que se despreocupa, que no prioriza a los sectores débiles de la sociedad, no merece el carácter de "social", pues esta denominación se convierte en abstracción, en lirismo, pero no en una efectiva voluntad política de afrontar un problema de salud que tiene que ver con las condiciones de pobreza y desamparo en que se encuentra el

⁸ SKOLICH ALVA, María Isabel. "Protección y defensa de la salud, el medio familiar y la comunidad", en GUTIÉRREZ CAMACHO, Wálter (dir.). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 395.

insano mental en el Perú. Si se actúa de esa manera se puede presumir que el desamparo a este sector de sujetos débiles de nuestra sociedad tendría una motivación inconsciente, que consistiría en pensar que, como son personas que no rinden en términos de productividad y, por lo tanto, son incapaces de engarzarse en el proceso de inserción del país en la economía mundial, no merecen la prioridad en la atención de sus necesidades, pues no son, y no pueden ser, parte del sistema económico actual que prioriza el factor mercantil. Al contrario, el Estado, casualmente, debe tender a la protección prioritaria de los sujetos que no tienen las mismas condiciones para competir e insertarse en un mundo global y competitivamente feroz. Consideramos que esa es una de las razones de existir del Estado, y que la economía es un instrumento para lograr el fin de protección de sus ciudadanos, con especial atención de los más vulnerables.

La Ley General de Salud (Ley 26482), en el artículo V de su título preliminar, establece que "Es responsabilidad del Estado vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de *salud mental* de la población, los de salud ambiental, así como los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social". Como señalamos anteriormente, este postulado no debe quedar en un referente negativo de simple declaración, sino que tiene que llenarse de contenido y eficacia concreta. El artículo 4 de la misma norma establece lo concerniente al *consentimiento informado*, al expresar:

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso. En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces —a que se refieren los numerales 1 al 3 del artículo 44 del Código Civil— negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar, en salvaguarda de la vida y salud de los mismos. El reglamento establece los casos y los requisi-

tos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

El artículo 3.3. del D.S. 016-2002-SA (Reglamento de la ley que modifica la Ley General de Salud, Ley 26842, respecto de la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en casos de emergencia y parto) establece que “El *consentimiento informado* es la aceptación, por parte del paciente, de una atención médico quirúrgica o procedimiento, en forma libre, voluntaria y consciente, después de que el médico le ha informado de la naturaleza de dicha intervención y/o su tratamiento, incluyendo sus riesgos y beneficios”. El artículo 5 de la Ley General de Salud establece que

Toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la Autoridad de Salud sobre medidas y prácticas de higiene, dieta adecuada, *salud mental*, salud reproductiva, enfermedades transmisibles, enfermedades crónico degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción de estilos de vida saludable. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia y los accidentes. Asimismo, tiene derecho a exigir a la Autoridad de Salud a que se le brinde, sin expresión de causa, información en materia de salud, con arreglo a lo que establece la presente ley.

El consentimiento informado es un aspecto fundamental en materia de derecho a la integridad y a la salud, y se basa en que “la persona, en tanto ser libre y responsable, puede decidir renunciar parcialmente a su integridad; pero esa decisión requiere que se le informe de las consecuencias que va a implicar la misma”⁹. Mucho se ha escrito sobre consentimiento informado y es uno de los temas obligatorios, también, en cualquier proyecto de investigación que tenga como objeto de estudio a determinado grupo de personas, ya que es obligatorio que estas presten su anuencia a determinadas acciones del investigador o del médico o auxi-

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit., p. 202.

liar de medicina. Pero en el caso del enfermo de mente esta anuencia deber basarse en una explicación clara, transparente y didáctica de la descripción del tratamiento, de las consecuencias de someterse a él o de las de no hacerlo o abandonarlo. Asimismo, se requiere el consentimiento informado para el caso del internamiento del paciente; es decir, la hospitalización tiene que ser voluntaria, salvo los casos especiales en los cuales esté en peligro él o terceros que puedan ser dañados. El paciente tiene que ser el primero en ser consultado; no puede ser excluido, no son los familiares los que deciden, o los médicos, como si aquel no existiera o fuese un objeto. Debe existir un cambio de mentalidad para tratar al paciente o enfermo mental con respeto a su dignidad, consultándole si está de acuerdo o no con su internamiento en un centro psiquiátrico. Distinto es el caso si cuenta con representante legal o curador, ya que, en este supuesto, el representante que ha sido designado por autoridad judicial tiene la potestad de decidir su internamiento. Sobre el cambio de la relación médico-paciente se pronuncia Fernández Sessarego en uno de los más completos trabajos que se hayan escrito sobre consentimiento informado, en donde pone énfasis en la jurisprudencia comparada. El vital maestro señala:

El último argumento [refiriéndose a la condición de especialista del galeno] ha hecho que varíe radicalmente la relación médico-paciente que antaño era vertical, para convertirse en la actualidad, hasta donde ello es posible, en una relación jurídica horizontal. En tiempos que no pueden considerarse como remotos, el médico imponía su decisión personal en cuanto al tratamiento al cual debería ser sometido su paciente. Es decir, se asumía una actitud paternalista como consecuencia de la cual el paciente ignoraba todos los detalles y consecuencias del tratamiento que se le impartía. Ello ha sido superado; ha cambiado sustancialmente el modelo de la relación entre el médico y el paciente¹⁰.

¹⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Aspectos jurídicos del 'consentimiento informado' del paciente en la responsabilidad médica. Con especial referencia

El artículo 9 de la Ley General de Salud establece que

Toda persona que adolece de discapacidad física, *mental*, o sensorial tiene derecho al tratamiento y rehabilitación. El Estado da atención preferente a los niños y adolescentes. *Las personas con discapacidad severa, afectadas además por una enfermedad, tienen preferencia en la atención de su salud.*

El artículo de 11 de la misma norma es más explícito aún:

Toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de la salud mental. El alcoholismo, la fármacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar se consideran problemas de salud mental. La atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25, establece que "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, inciso 1), establece el derecho de toda persona al disfrute del *más alto nivel posible de salud física y mental*. El Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N.º 14, indica que "El derecho a la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos: todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente"¹¹. También señala que

a la jurisprudencia comparada", en *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 705.

¹¹ La versión completa se puede encontrar en: < <http://unhchr.ch/n.14> >

El derecho a la salud es un derecho exclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas de trabajo y el medio ambiente y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.

El artículo 34, literal i), de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) establece que "Los Estados convienen en dedicar sus esfuerzos a la consecución de la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica". El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador— define en su artículo 10 el derecho a la salud, nuevamente, como el disfrute, al más alto nivel posible, de bienestar físico, mental y social.

El Tribunal Constitucional peruano señala la obligación del Estado peruano de garantizar el carácter prestacional del derecho a la salud, para lo cual "debe invertir en modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación al servicio de salud, debiendo aportar políticas, planes y programas en ese sentido"¹².

Una norma fundamental que debe orientar todo el sistema de salud mental en el Perú y en cualquier país de nuestro continente son los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, dados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹³. En estos principios —que constituyen el marco garantista y orientador de todos los planes y políticas sobre salud mental— se trata lo relativo al *derecho a la libertad* del en-

¹² Expediente N.º 2945-2003-AA/TC, fundamento 28.

¹³ El nombre completo es: Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. A.G. RES 46/119, 46 U.N. GAOR SUPP. (N. 49) P.189, ONU.DOC A/46/49 (1991).

fermo mental para decidir sobre su internamiento o tratamiento (en caso de que tenga curador, este puede solicitar al juez su internamiento): no se puede tomar una decisión como la privación de la libertad del paciente, sin su consentimiento, y se recomienda la creación de un órgano de revisión de las órdenes de internamiento. Asimismo, se tratan: el *derecho a brindar el consentimiento informado*, tomando en cuenta la anuencia del paciente a someterse a un tratamiento y a la hospitalización, situación en la que se le tendrá que dar información sobre las consecuencias del internamiento y del tratamiento (en casos de internamiento involuntario, debe acreditarse que se toma esa medida extrema por la protección al propio paciente o a terceros que puedan ser agredidos o dañados por el paciente enfermo); el *derecho a un trato digno*, por el que se deben garantizar las condiciones de vida de las personas internadas en los establecimientos de salud mental; el *derecho a recibir atención médica y odontológica de calidad* (aquí es indispensable una adecuada atención médica en salud mental y establecer protocolos con un enfoque basado en los derechos humanos del paciente); el *derecho al tratamiento lo menos restrictivo y alterador posible* (se regula lo referente al tratamiento farmacológico, a la terapia electroconvulsiva o electroconvulsivoterapia [ECT], las terapias no farmacológicas, los procedimientos de contención mecánica); el *derecho a la integridad, el derecho a la intimidad y a la privacidad en las comunicaciones* (es un derecho del paciente internado tener su propio espacio; tiene derecho a estar solo: no necesariamente confundido entre otros enfermos de mente, que tienen variados y diferentes trastornos mentales); y el *derecho a contar con mecanismos de protección de derechos* (en este caso es pertinente que se establezcan con claridad los procedimientos, dentro de la propia entidad hospitalaria, que permitan resolver los reclamos del paciente respetando el principio de la instancia plural o incluso mediante la supervisión de un órgano externo al establecimiento de salud mental; lo mismo vale para los mecanismos judiciales que permitan tutear los derechos del sujeto débil).

1.4 La nueva figura de la administración de asistencia en Italia. Ley del 9 de enero del 2004

La figura de la administración de asistencia (AdS) ha sido introducida en el ordenamiento italiano mediante Ley del 9 de enero del 2004, cuyo artículo 1 precisa "la finalidad de tutelar, con la menor limitación

posible de la capacidad de hacer, a las personas privadas en todo o en parte de autonomía en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de asistencia temporales o permanentes". Esta norma innova para bien las limitaciones a la capacidad de hacer, pues

está inspirada en el principio general de la plena capacidad del sujeto, salvo las limitaciones previstas en función de la exclusiva finalidad de protección de las personas "débiles", definidas como aquellas que están privadas *en todo o en parte de autonomía en el cumplimiento de las funciones de la vida cotidiana*¹⁴.

La norma recoge la tradición de la doctrina italiana, que insistía en la tutela del sujeto débil, pero sin privarlo de la realización de actos concernientes a todos sus intereses personales; es decir, solamente en estados de grave enfermedad mental, al sujeto se le declara interdicto. En casos en los que es incapaz para realizar determinado tipo de actos, pero está capacitado para efectuar otros, se le "inhabilita", que es una limitación más tenue a la voluntad. Esta nueva normativa italiana debe servir de ejemplo a países como el nuestro, en donde hay un criterio cercenador de la voluntad de los pacientes enfermos de mente y no se toma en consideración la capacidad que tienen, en muchos casos, para decidir sobre determinados aspectos de su vida, con lo que, cuando se les declara interdictos, se les limita completamente, se les priva de todas sus facultades y se les convierte en "muertos civiles". En Italia, con la dación de esta norma, se busca resolver las inequidades que ocasionaban tanto la interdicción como la inhabilitación, buscándose una mejor respuesta que tutele de mejor forma los derechos fundamentales del enfermo de mente; es decir, se ha impuesto la

¹⁴ PALADINI, Mauro. "Administración de asistencia e interdicción judicial". *Revista Crítica de Derecho Privado*. Publicación del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Grijley, 2007, p. 349.

flexibilización en beneficio del sujeto débil¹⁵. Ya en el Perú, autorizada doctrina nacional¹⁶, comentando el artículo 414 del Código Civil italiano, señala que éste somete a tutela especial a los mayores de edad y a los menores emancipados que se “encuentran en condiciones de enfermedad de mente habitual, que los hace incapaces de proveer a sus propios intereses”¹⁷. En síntesis, consideramos que debe existir una normativa que tutele los derechos subjetivos del sujeto débil enfermo de mente y que sea acorde con el respeto de su dignidad como sujeto de derecho que merece una protección especial por parte del Estado. La declaración de interdicción del sujeto débil y el nombramiento de un curador al amparo de las normas del Código Civil, no pueden significar su “enterramiento” como sujeto de derecho, no pueden implicar su desaparición del mundo jurídico. El sujeto débil tiene el derecho a que se respeten su capacidad jurídica y la de obrar para lo que

¹⁵ *Ibíd.*, p. 352. Así, las distinciones sobre interdicción, inhabilitación y, ahora, administración de asistencia, se regulan de la siguiente manera: “... la administración de asistencia constituye una medida de protección en presencia de dos concomitantes presupuestos (art. 404):

- 1) la existencia de una enfermedad o bien de una disminución física o psíquica;
- 2) la imposibilidad, también parcial o temporal, de abastecer los propios intereses.

A su vez, la declaración de interdicción (...) puede ser emitida en presencia de tres concomitantes (art. 414):

- 1) La condición de habitual enfermedad mental;
- 2) la incapacidad de abastecer los propios intereses;
- 3) la necesidad de la designación misma para asegurar la adecuada protección de la persona”.

¹⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley, 1998.

¹⁷ El autor citado refiere: “Por cuanto respecta a la enfermedad de mente, se pueden mover dos consideraciones preliminares: la primera reside en los criterios que se deberían utilizar para su determinación, teniendo en cuenta que el concepto de *normalidad* es diverso a través del tiempo y de las diversas sociedades y responde a modelos fijados en función de la mayoría o de una elección política (PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 1991, 358)”. ESPINOZA ESPINOZA. *Op. cit.*, p. 30.

no se sienta incapacitado. Las normas no son blancas, rojas o negras, sino una variedad de claroscuros que representan las infinitas posibilidades de la realidad y, en este caso, de las diversas formas en que se manifiesta el trastorno mental. Una mirada a la normativa, a la doctrina y a la jurisprudencia italiana nos puede servir para sensibilizar a nuestros legisladores y ser más consecuentes con la obligación de proteger a los que padecen de insania mental.

1.5 El Informe Defensorial N.º 102: “Salud mental y derechos humanos: la situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental”

Todo lo hasta aquí reseñado en materia normativa, conceptual y de propuesta para mejorar el marco legislativo que tutele a los sujetos débiles enfermos de mente, se contrasta con la dura, cruda e inmisericorde realidad que ellos padecen en el Perú. El extraordinario trabajo de la Defensoría del Pueblo¹⁸ sobre la situación del enfermo mental que está internado en establecimientos de salud en nuestro país, nos da cuenta de que la insania mental es uno de los peores martirios que puede padecer quien ha tenido que convivir con la enfermedad mental. Situaciones alarmantes de salubridad —sobre todo, en establecimientos de provincias—; tratos degradantes contra el enfermo de mente; vulneración del derecho a la libertad del paciente al no consultarle sobre su voluntad de internamiento o al no hacerse un estudio sobre la idoneidad de su permanencia en el centro; el no consentimiento informado de los pacientes; la falencia de mecanismos legales que tutelen la protección de sus derechos; el irrespeto de las condiciones mínimas para ser tratados como personas humanas debido a la falta de personal comprometido y capacitado; así como la ausencia del Estado, nos muestran un panorama realmente desolador en cuanto a una mejora en las condiciones del enfermo mental. Y si a todo esto sumamos que, por lo general, el enfermo de mente no tiene capacidad económica para afrontar los gastos farmacológicos de su enfer-

¹⁸ Se puede revisar en la web de la Defensoría del Pueblo: <<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pe>>

medad, la situación se agrava, sin considerar el estigma que significa ser un enfermo de mente, lo que es contraproducente con su mejoría y bienestar. Esto no significa que no exista esfuerzo de muchos médicos y personal involucrado en la reversión de esta penosa situación. Sin embargo, hace falta una decisión política férrea, decidida, para priorizar —como lo establece la ley— la defensa y la tutela del enfermo de mente en el país. Solamente si vamos en esta dirección, estaremos realmente en un Estado Social y Democrático de Derecho.