

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen
Gobierno

**“Internamiento Involuntario y Discapacidad Mental
desde la óptica del Tribunal Constitucional y según La
Convención de los Derechos de las Personas con
Discapacidad”**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

Autor:

Ana Lucía García Manchego

Asesor:

Renato Antonio Constantino Caycho

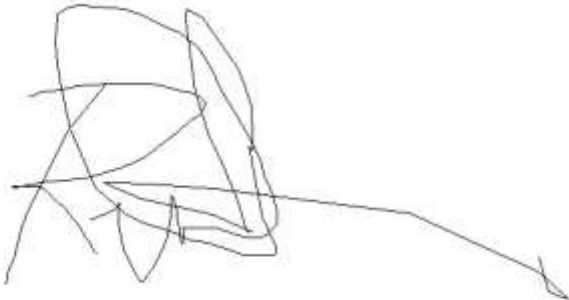
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Renato Antonio Constantino Caycho, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado **“Internamiento Involuntario y Discapacidad Mental desde la óptica del Tribunal Constitucional y según la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”**, del autor GARCIA MANCHEGO, ANA LUCIA dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04 de diciembre del 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero del 2024

| | |
|---|--|
| <u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RENATO ANTONIO CONSTANTINO CAYCHO | |
| DNI: 46049208 | Firma: |
| ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5721-1541 |  |

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene la finalidad de analizar algunos de los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto del “internamiento involuntario” de personas con discapacidad mental; tomando como base principal la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” y la normativa peruana vigente. Como bien sabemos, la discriminación hacia este grupo vulnerable ha sido y es una realidad inherente a las sociedades de todo el mundo; y presente históricamente en diversos ámbitos de la vida de quien la padece. Es mucho mayor, cuando hablamos de aquellos a los que se les ha diagnosticado una enfermedad mental, pues sufren una mayor marginación basada en estigmas y prejuicios que se tienen respecto de estas; como lo son el que representan un “peligro para terceros”. Así, la restricción de su libertad queda amparada con el propósito de garantizar la no afectación de los derechos de los demás, olvidando que esas restricciones han dado paso a una serie de abusos para con ellos y dejando de lado la protección de sus derechos humanos.

Asimismo, se ha podido advertir en las sentencias del Tribunal Constitucional la lógica de asumir que las personas con discapacidad mental no están en la capacidad de poder tomar decisiones ni siquiera respecto de un derecho tan esencial como lo es el derecho a la salud; pues son “internadas” sin su consentimiento y peor aún sin que si quiera se les realice la consulta respectiva lo que niega su autonomía a poder determinarse. Y que inicia en la familia, pues son estos los que se atribuyen el decidir por ellos amparándose en sesgos, que como veremos también forman parte de la lógica que trasciende a nuestros operadores de justicia; y que mellan en derechos que les asisten como lo son la libertad, salud, integridad y dignidad humana.

Palabras clave: capacidad jurídica, consentimiento informado, discapacidad mental, internamiento involuntario, peligrosidad.

ABSTRACT

The purpose of this academic paper is to analyze some of the latest judicial rulings issued by the Peruvian Constitutional Court regarding the “involuntary commitment” of people with mental disabilities, taking as its main basis the “Convention on the Rights of Persons with Disabilities” and current Peruvian regulations. As we well know, discrimination against this vulnerable group has been and is an inherent reality in societies around the world and historically present in various aspects of the life of those who suffer from it. It is much bigger when we talk about those who have been diagnosed with a mental illness, because they suffer marginalization based on stigmas and prejudices that exist around them, as they represent danger for others.

Thus, the restriction of freedom of people with mental disabilities is allow with the purpose of guarantee that the rights of others don't be affected. But, forgetting that these kinds of restriction unleash many types of abuses toward them unguarded and leaving aside the protection of their human rights.

Also, it has been possible to notice in the rulings of the Peruvian Constitutional Court the logic that assume that people with mental disabilities have not the capacity to take their own decisions, even if it is related to an essential right like health. And that begins in the family because these are the ones who attribute the power of take decisions instead of them and this happen by the biases that exist there and in our justice operators and that affect their rights such as freedom, health, integrity, and human dignity.

Keywords: legal capacity, informed consent, mental disability, involuntary commitment, dangerousness.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO 1 | 2 |
| 1. DERECHO A LA SALUD | 2 |
| 2.1 DERECHO A LA SALUD MENTAL | 3 |
| 2.1 IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE PARA RECIBIR TRATAMIENTO MÉDICO: CAPACIDAD JURÍDICA | 6 |
| 2.2 CONSENTIMIENTO MÉDICO Y SU RELACION CON EL DERECHO A LA LIBERTAD | 9 |
| CAPÍTULO 2 | 11 |
| 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CONSENTIMIENTO INFORMADO) | 11 |
| EXP. N°05048-2016-PA/TC: CASO CAYOTOPA | 12 |
| EXP. N°01833-2019-PHC/TC: CASO GIANCARLO DEFILLIPI | 14 |
| EXP. N°01729-2018-PHC/TC: CASO JORGE MENDOZA GUERRA | 19 |
| EXP. N°03043-2017-PHC/TC: CASO ROCIO BERNALES LOZADA..... | 26 |
| CONCLUSIONES..... | 35 |
| RECOMENDACIONES | 37 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 38 |

“Internamiento Involuntario y Discapacidad Mental desde la óptica del Tribunal Constitucional y según La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”

INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI, fenómenos como la discriminación y la desigualdad siguen estando latentes en la vida de aquellos que padecen una discapacidad, pero estos se acentúan aún más respecto de aquellos que padecen una discapacidad mental. Si bien es cierto, a nivel internacional y nacional los Estados han dado grandes pasos en lo que respecta a la normativa basada en la protección de los derechos de las personas con discapacidad; la realidad nos muestra una situación distinta, pues en la práctica dichas leyes no llegan a implementarse eficazmente y por ello continúan existiendo barreras que no han permitido que puedan ejercer sus derechos de la misma forma que el resto de las personas.

Así, la ratificación de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” por nuestro país, debió cambiar la visión que teníamos respecto de las personas con discapacidad hacia una orientada en la protección de sus derechos humanos. Pues, más allá de las deficiencias físicas o mentales que pudiese presentar la persona se debía promover su inclusión en la sociedad, el mismo trato ante la ley por parte de nuestros operadores de justicia y la eliminación de aquellos prejuicios que aún existen respecto de las enfermedades mentales. Sin embargo, ello no ocurrió completamente y es por eso que aún siguen dándose situaciones donde aquellos que tienen una discapacidad mental ven vulnerados sus derechos, que inician en la negación de su autonomía y pasan a la negación de su capacidad jurídica respecto de la toma de decisiones en el ámbito del derecho a la salud por ejemplo, al considerarlos como personas incapaces que requieren de terceros para que tomen decisiones por ellos. Esto continúa cuando los terceros optan por recurrir a mecanismos, como el “internamiento involuntario” de una persona con discapacidad mental, y obtener el aval de los profesionales de la salud o judiciales que por un desconocimiento de la normativa, falta de sensibilización o por ampararse en prejuicios terminan vulnerando sus derechos, como lo son el derecho a la salud y la libertad. Por ello, es necesario analizar si los argumentos que esgrime el Tribunal

Constitucional en las sentencias que ha emitido van en concordancia con la Convención antes señalada, que va a ser la pauta orientadora del presente trabajo; no sin dejar de hacer alusión a la normativa peruana existente en la materia y vigente para el momento en que se iniciaron los procesos.

CAPÍTULO 1

1. Derecho a la salud

El artículo 7 de la Constitución Política del Perú, respecto al derecho a la salud señala lo siguiente:

“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”.

Si bien es cierto, constitucionalmente vemos que se protege el derecho a la salud, con los pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional es que se termina de darle forma a lo que debe entenderse por este derecho. Siendo así, el Tribunal Constitucional ha expresado que “el derecho a la salud es un derecho fundamental que guarda una relación inquebrantable con el derecho a la vida, motivo por el cual su vínculo es irresoluble” (DP, 2005, p.16). Entonces, acorde al Minsa (2005):

El derecho a la salud es la atribución que tiene la ciudadanía como titular y sujeto de derechos, y el estado como titular y sujeto de obligaciones y responsabilidades, de la garantía de gozar de las mejores condiciones de salud posible, incluyendo la información y los conocimientos necesarios para el autocuidado y la adopción de estilos de vida saludables, la promoción de un entorno saludable, así como del acceso pleno, igualitario y universal a la atención sanitaria de calidad cuando se encuentra en condiciones de enfermedad, daños o discapacidad temporal o permanente (p.75).

Adicionalmente debemos señalar a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, ya que en ella podemos encontrar los derechos y obligaciones para poder lograr el bienestar personal y colectivo, como lo son el asegurar a toda la población de

asistencia sanitaria de calidad, velar por igualdad de oportunidades para que la población pueda acceder a los mismos servicios de asistencia médica y evitar que se produzcan situaciones discriminatorias, velar porque en los establecimientos de salud se garanticen los derechos humanos de los usuarios que acudan a estos, etc. Empero, también se encuentran reguladas las obligaciones que deben tener los establecimientos de salud para con las personas en aras de garantizarles el respeto a sus derechos, su dignidad y poder demandar a los profesionales de la salud un trato cuando menos de calidad.

2.1 Derecho a la salud mental

En el Informe del Relator especial sobre el desarrollo de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2019), se señala que la interdependencia de los derechos es un principio fundamental para un enfoque de la salud mental que tenga como base los derechos humanos. Así, el logro de una salud mental y un bienestar satisfactorios garantiza el ejercicio pleno de los derechos recogidos en el marco internacional de los derechos humanos y un medio para alcanzarla; así muestra preocupación por ciertos derechos que son indispensables en lo que a salud mental se refiere, que continúan siendo vulnerados con frecuencia y que no deben verse de manera aislada como lo son el derecho a la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y el derecho a la vivienda. Considerando que “las personas con discapacidad son un grupo de población que tradicionalmente ha sido estigmatizado, rechazado por la sociedad y objeto de múltiples discriminaciones” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, p. 7).

A modo de contextualización, en el año 1990, los países de la región se obligan a reformular la atención de las personas que padecían “trastornos mentales”, lo que supuso un cambio en la atención de la salud mental desde un abordaje comunitario, que lejos de excluir sea un modelo que incluya en la sociedad a todas las personas independientemente de si padecen o no una discapacidad.

Así, se adopta la Declaración de Caracas que establece “una serie de recomendaciones referidas a la atención de la salud mental y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad por enfermedad mental” (DP, 2005, p.18). Y señala además que, en lo que respecta a la atención

psiquiátrica se debe tender a que el tratamiento de los pacientes se de en su medio comunitario (DP, 2005, p.18).

Siendo que el internamiento involuntario es materia de análisis para el presente artículo, es menester señalar que la construcción de hospitales psiquiátricos fueron políticas públicas que pretendieron abordar el problema de la salud mental en el país desde un enfoque manicomial y que lamentablemente no ha sido erradicado del todo. Ello quiere decir que aun han quedado rezagos de la idea errónea de que las personas que tienen una discapacidad mental son incapaces de poder valerse por sí mismas, por lo que necesitan ser internadas de manera indefinida para poder ser asistidas (DP, 2018, p.16); vulnerándose así su derecho a la salud mental mismo que debe garantizar y reconocer que todas las personas deben gozar del nivel más alto de bienestar mental que se pueda, lo que implica no discriminar, no estigmatizar, promover la inclusión y participación de todas las personas que padezcan de alguna enfermedad mental. En el Informe Defensorial N° 102 del año 2005, se destaca la particular importancia de los principios establecidos en dicha declaración, ya que representan:

El estándar internacional más completo y detallado respecto a la protección de los derechos de estas personas y constituyen una guía para los Estados en la implementación de políticas públicas orientadas a la reforma de los sistemas de salud mental; y porque dichos principios señalan que las personas con enfermedades mentales tienen el derecho a negarse a recibir tratamiento y a no ser internadas o retenidas en una institución psiquiátrica, sin su autorización (pp.18-19).

Ahora bien, tenemos que la OMS en el 2001 introdujo la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF); misma que engloba a todos los ámbitos de la salud, así como determinados elementos del “bienestar” importantes para esta. Dicha clasificación fue realizada de manera amplia, de manera que los factores no relacionados con ella no fueran tomados en consideración. Así, la CIF (2001) definió a la discapacidad como:

Un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales) (p. 227).

En el año 2008, se da paso a una nueva era, con la ratificación del Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) orientado a la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad, así como al reconocimiento de sus derechos civiles como políticos y a la búsqueda de inclusión. En esa línea, Bregaglio et al (2012) señalan que “el cambio que propone la Convención plantea que se deje de lado el enfoque médico para que se adopte el enfoque social donde la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia de una persona y las barreras que impone la sociedad” (p.12).

La Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, promulgada en el 2012 estableció el marco normativo respecto a lo que concierne a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 2 de la referida norma define a la persona con discapacidad como:

Artículo 2. Definición de persona con discapacidad

La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (Ley General de la Persona con Discapacidad, 2012).

Tenemos así que, “la discapacidad es una construcción social, una deficiencia que crea la misma sociedad que limita e impide que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades” (Victoria, 2013, p. 1093).

Asimismo, a pesar de ya no encontrarse vigente, la Ley N° 29989 (2012) que modifica el artículo 11 de la Ley General de Salud como su reglamento (2015), señalaban que toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación y que la atención se lleve a cabo teniendo como marco un abordaje comunitario, donde el internamiento es un recurso de carácter excepcional que debe ser llevado a cabo por el tiempo estrictamente necesario y con el consentimiento informado del paciente (salvo medie una situación de emergencia psiquiátrica)¹. Solo nos referimos a aquello, para mostrar que con el paso de los años y la entrada en vigencia de la CDPD existieron avances

¹ Ley N° 29889. Que modifica el artículo 11 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, y Garantiza Los Derechos de las Personas con Problemas de Salud Mental, 04 de Junio de 2012.

respecto a la normativa que reconoce, protege y garantiza los derechos de las personas con discapacidad. Además, se garantiza el respeto por los derechos de las personas con problemas de salud mental, mismo que deberá tener un enfoque que tenga una visión integral basado en los derechos humanos, el género, la interculturalidad².

Entonces, como se señaló líneas arriba, al entrar en vigor la CDPD nuestra normativa adopto una visión hacia el modelo social centrado “en primer término en su condición de ser humano en igualdad de derechos y dignidad que los demás, y en segundo lugar, en una condición (la diversidad funcional) que le acompaña y que requiere en determinadas circunstancias de medidas específicas para garantizar el goce y ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones que el resto de personas” (Palacios, 2015, p.16).

2.1 Importancia del consentimiento del paciente para recibir tratamiento médico: capacidad jurídica

Como señala Ruiz Vadillo, “lo importante es hacer del consentimiento informado un instrumento para la realización de un principio esencialísimo: que la persona sea dueña efectiva de su destino, como corresponde a su infinita dignidad y que esta información sea auténtica, humana, en el sentido de acompañarla del calor debido a algo tan trascendente como son las decisiones en las que pueda estar afectada la vida, la integridad corporal o la salud física o psíquica” (Fraga, A. y M. Lamas, 1999, p.19).

La Ley N° 26842, Ley General de Salud, señala que para someter al paciente a cualquiera fuese el tratamiento médico que haya determinado el profesional de la salud es necesario contar con su consentimiento previo (art. 4o).

Con la entrada en vigencia de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” en el 2008, el artículo 25 respecto del derecho a la salud y su relación con el consentimiento informado tenemos que:

- d) Exigirán 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, entre otras formas

² Reglamento de la Ley 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y Garantiza Los Derechos de las Personas con Problemas de Salud Mental, 05 de Octubre del 2015.

mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos públicos y privado.

En esa línea, el artículo 11 de la Ley N° 29889 (2012), coincidía al señalar que es requisito contar con el consentimiento informado, libre y voluntario del paciente; sobre todo en aquellas situaciones donde se presentaba una emergencia psiquiátrica y se debía recurrir al internamiento u hospitalización. La norma ya derogada mencionaba también las excepciones a aplicar a las medidas antes referidas y para lo que no se eximía del consentimiento informado del paciente: 1) emergencia psiquiátrica y 2) mandato judicial. Es importante aclarar que ya no está más permitida la institucionalización de pacientes por el solo hecho de poseer una discapacidad mental, sino que en situaciones que se constituyan una urgencia grave donde el paciente presente una crisis o entre en un estado de inconsciencia, solo en esos supuestos el internamiento está permitido y supeditado a una revisión constante de la mejora clínica del paciente considerando la temporalidad del mismo.

Respecto de la capacidad jurídica, tras la aprobación del Decreto Legislativo N° 1384 (2018), mismo que modifica el Código Civil y que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, nuestro ordenamiento jurídico pasa a otorgarles capacidad de ejercicio plena a toda persona sin importar si presenta una discapacidad o de si requiere de algún apoyo que le permita manifestar su voluntad. Con esto, se reconoce que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derechos que cuentan con capacidad jurídica; lo que les va a permitir poder vivir en igualdad de condiciones que el resto en todos los aspectos de su vida, pero con dicho reconocimiento son también titulares de obligaciones.

Lo anteriormente señalado, se condice con lo que señala el artículo 12 de la CDPD, que señala que toda persona con discapacidad cuenta con capacidad jurídica. Podemos señalar además que, “la capacidad jurídica les ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia; sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le ha negado esta, adquiriendo una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a su salud (tratamiento médico que se relaciona con su derecho a la libertad)” (Observación general sobre el artículo 12, 2014, pfo. 8).

Entonces, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se materializa cuando la persona otorga su consentimiento para recibir tratamiento médico; la CDPD en su artículo 25, también refiere que se les deberá exigir a los profesionales de la salud el mismo trato que tienen con el resto de las personas para con aquellas que presentan una discapacidad mental; ya que así se garantiza y respeta su autonomía. Ello en la práctica puede traducirse en el hecho de consultarle directamente a los pacientes por su consentimiento, en vez de hacerlo a quien se encuentre al momento de su ingreso al establecimiento de salud.

El Informe Defensorial N° 102 (2005), primero se evidencia que la información de un paciente con discapacidad mental le es proporcionada a los familiares quienes tendrán la última palabra respecto de su familiar por ser pacientes psiquiátricos y por ende la autorización de la familia es la que prevalece; segundo se evidencia que existen muchos prejuicios en torno respecto a la capacidad de las personas con enfermedades mentales, pero adelantándome a un análisis posterior si quisiera señalar que el tener una enfermedad mental como lo es la esquizofrenia, no necesariamente quiere decir que la inteligencia que pueda tener la persona le impida discernir y más aun poder tomar decisiones respecto a su persona.

Así, Bregaglio et al. (2012), señalan que:

Cualquier tipo de servicio de salud que se brinde a una persona con discapacidad mental debe contar con su consentimiento libre e informado que, además, debe darse cuando se decida cambiar el tratamiento por uno nuevo. El consentimiento libre e informado implica que la persona con discapacidad mental, antes de acceder a un tratamiento médico, debe haber sido adecuadamente informada, y debe dejar constancia de que ha comprendido dicha información y ha otorgado su consentimiento de manera libre y voluntaria, es decir, sin ningún tipo de presión u obligación (p. 26).

En aras de las modificaciones efectuadas al Código Civil que resultan concordantes con la CDPD es que se promulgó la Ley de Salud Mental en el año 2019, misma que reguló que toda persona con discapacidad mental debe otorgar su consentimiento informado respecto a las medidas que se le brinden durante el tratamiento al que se encuentra sometida, lo que supone su libre aceptación al mismo y sin que medie algún tipo de persuasión respecto de su voluntad. Por ello, el consentimiento informado que debe dar la persona tanto de su diagnóstico como de los posibles tratamientos y medidas alternativas que le brindan los médicos en lo que concierne a su atención, debe incluir el brindarle información necesaria, precisa y adecuada así como de los posibles efectos secundarios que pudieran acontecer. Pero, existen excepciones a la regla para restringir derechos, como lo son las medidas de hospitalización por mandato judicial (art. 29), misma que dicta “el juez penal competente para disponer el internamiento preventivo en establecimientos de salud”; y ante una emergencia psiquiátrica.

2.2 Consentimiento médico y su relación con el derecho a la libertad

Nuestra Constitución Política, ha establecido en el artículo 2 numeral 24 que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal; así en el literal b del referido se señala la prohibición de restringir la libertad de cualquier persona salvo que la ley lo haya establecido de esa manera, lo que supone algunas excepciones de privación de la libertad siempre que hayan sido tipificadas en nuestro marco normativo. Ello significa que la restricción de la libertad personal sólo podrá darse si así lo ha dispuesto el juez, sea porque aún se encuentra en la fase de investigación de determinado proceso o porque la persona ha sido

sentenciada y debe cumplir una pena; y siempre que nos encontremos en un régimen de excepción (Rubio, 2013).

Siendo así, el Estado debe cumplir con una serie de obligaciones que “generen condiciones sociales, políticas y culturales que posibiliten el desarrollo integral de la persona” (Landa, 2017, p. 48), lo que supone como afirma el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (2018):

Promover y proteger la capacidad de cada persona para participar en el desarrollo, contribuir a él y disfrutar de él (...). Prevé que la persona humana debe ser el sujeto central, participante y beneficiario en el proceso de desarrollo. Por lo tanto, el desarrollo no solo es un derecho humano en sí mismo, sino que también es necesario para la plena realización de todos los derechos humanos (p. 4).

Entonces, resulta importante señalar que, en conjunción con el párrafo precedente, el derecho a la libertad se constituye como uno de los pilares fundamentales que permite la convivencia humana y que se traduce en los movimientos físicos de las personas, lo que a su vez les permitirá organizar su vida “individual o social” de acuerdo a sus convicciones (Defensoría Provincia de Buenos Aires, s/f); y que garantiza la realización de otros derechos humanos.

Acorde a lo señalado por Landa (2017), “el derecho a la libertad no debe ser entendido como un derecho absoluto, sino que puede estar sujeto a ciertas limitaciones, mismas que deberán resultar razonables y proporcionales; ya que la libertad personal se entrelaza con otros derechos fundamentales” (p. 49). Por ello, el contenido básico del derecho a la libertad, al ser un derecho subjetivo, tiene un enfoque negativo y positivo. Desde el enfoque positivo, podemos señalar la prohibición de atentar contra el desarrollo integral de la persona; mientras que desde el enfoque negativo podemos traer a colación aquellas situaciones que prohíben privar de forma arbitraria a una persona sin que medie un mandato judicial, cuando nos encontremos ante la situación de un flagrante delito o aquellas situaciones permitidas por la ley.

Ahora bien, el problema que subyace a este derecho cuando hablamos de las personas con discapacidad mental. Como se señala en el artículo 14 de la CDPD, referido a la libertad y seguridad de la persona, Perú como Estado parte de la Convención debe asegurar que toda persona que presente algún tipo de discapacidad no se vea privada de su libertad de manera ilegal o arbitraria; y en

caso se llegue a suscitarse la privación de la libertad de la persona esta debe darse conforme a ley y no estar motivada por la presencia de cualquier tipo de discapacidad.

En esa misma línea, la Organización Mundial de la Salud (2022) ha señalado que tanto el estigma como la discriminación que se da respecto de las personas con discapacidad mental ha llevado consigo a la vulneración de los derechos humanos de estas personas. Siendo así, lo que acontecía es que aquellas personas que presentaban una discapacidad mental fueran ingresadas contra su voluntad y por largos periodos de tiempo a establecimientos de salud mental. Sin embargo, ello suponía abusos que se materializaban en los malos tratos de los que eran víctimas en dichas instituciones, que pasaban desde maltratos físicos, psicológicos, medidas de aislamiento hasta el sometimiento de la persona a recibir de manera forzosa tratamiento médico sin su consentimiento informado, libre y voluntario (IDEHPUCP, 2012).

CAPÍTULO 2

2. Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional (consentimiento informado)

A continuación, se procederá a analizar las siguientes sentencias emitidas por nuestro máximo ente constitucional respecto de lo que ha entendido por internamiento involuntario, su relación con el consentimiento médico informado y la capacidad jurídica, que con la entrada en vigencia de la CDPD le ha reconocido autonomamente a todas las personas mas alla de si tienen o no una discapacidad mental. A su vez, se ha podido denotar una segunda relación respecto del internamiento involuntario con el mal llamado factor de peligrosidad que supone representan las personas a las que se les ha confirmado un diagnóstico que comprende una enfermedad mental, que justifican la restricción de su libertad y que no toman en cuenta su consentimiento para aquello. Tenemos así las siguientes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre los años 2020-2021, que va a permitir acercarnos a su posición a nivel jurisprudencial:

Exp. N°05048-2016-PA/TC: Caso Cayotopa

La sentencia recaída en el Exp. N°05048-2016-PA/TC, versa sobre la demanda que interpone Odila Cayotopa, madre y curadora de J.E.S.C., en contra de ESSALUD. Ella solicita la nulidad de la orden de alta de su hija quien padece de esquizofrenia hebefrenica desde la adolescencia, misma fue emitida por el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo, que pueda ser trasladada al Centro de Rehabilitación Integral en Pasco y que se reponga al momento previo a la violación de derecho a la salud mental de la referida.

Es preciso señalar que J.E.S.C. ingresa al HNAAA a causa de una “crisis”, motivo por el que se origina su internamiento, pero este se extendió por aproximadamente un año, desde el 26 de agosto de 2014 hasta el 22 de junio de 2015, a pesar que se le dio de alta en septiembre del 2014. Así, permaneció internada debido a que su madre no se apersonó al establecimiento de salud para recogerla y fue necesario que se diera una segunda orden de alta en junio del 2015 para que pudiese abandonar el hospital.

Respecto del consentimiento informado que debe brindar el paciente existen situaciones que quedan exentas de aquello, siendo estas las situaciones donde se presente una emergencia psiquiátrica o aquellas donde exista un mandato judicial. Acerca de las situaciones donde acontece una emergencia psiquiátrica es claro que lo que debe anteponerse es la integridad del paciente, por ende, como bien se señala en la Ley N°29414 de manera general respecto a las excepciones al consentimiento informado, sólo podrán exceptuarse aquellas donde exista “una emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública” de lo contrario este debe manifestarse previamente. Ello se encuentra en concordancia con el artículo cuarto de la Ley N° 26842, que también exceptúa el consentimiento previo para situaciones donde se deba intervenir de emergencia; y el artículo 11 de la Ley N°29889 literal d así como el artículo 16 literal c del reglamento de la misma, que señala que “solo cuando se trate de una emergencia psiquiátrica en la cual la persona no este en la capacidad de discernir se podrá recurrir a un familiar directo” quien será el que de su consentimiento.

Pero, debemos señalar que “si bien el consentimiento médico es un proceso continuo, como recae en un tercero por la situación de emergencia que atraviesa

el paciente, este termina cuando la persona sale de la situación de crisis y es ahí donde se deberá informarle a esta sobre el plan de abordaje respecto de su salud; por lo que será necesario que emita un nuevo consentimiento” (Colegio de Psicólogos de la Provincia de Córdoba, 2018, p.38).

Bregaglio et al (2012), sostienen que el internamiento en los centros de salud mental debe hacerse por norma con el consentimiento expreso de la persona con discapacidad mental y solo por el tiempo que sea necesario para brindar una atención adecuada. Y en este punto, se debe hacer referencia al hecho de que el Tribunal Constitucional no solo esta sentencia, sino también en las sentencias que se analizarán más adelante confunde la terminología “internamiento” y “hospitalización” y para efectos prácticos debemos mencionar que no son lo mismo; pues para la hospitalización de una persona se requiere sí o sí de su manifestación de voluntad que se concretiza al dar su consentimiento.

Ahora bien, en el fundamento 39 del Exp. N°05048-2016-PA/TC, se hace referencia a la peligrosidad que suponen las personas que padecen de una discapacidad mental y se desprende además que la medida de hospitalización quedaría justificada al tomarse en cuenta aquel criterio. Así, vamos a desglosar dicho fundamento en partes para analizar lo que el Tribunal Constitucional ha referido, tenemos así que :

“a efectos de decidir si resulta necesaria la hospitalización – por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario – o corresponde la atención ambulatoria que incluya el modelo comunitario, se deberán considerar los siguientes factores: en primer lugar, el diagnóstico médico; en segundo término, la necesidad de que a través de una posible hospitalización se garantice la seguridad e integridad del propio usuario y la de terceros; en tercer lugar, las características del entorno familiar, lo que incluya la valoración del aspecto económico y social; y, finalmente, en cuarto lugar, la expresión de voluntad de la persona con discapacidad mental (...) (Tribunal Constitucional, 2020, p. 18).

Hasta ahí podemos desprender que a los ojos del Tribunal Constitucional la hospitalización de un paciente que presenta una discapacidad mental, como es el caso de J.E.S.C., quedaría justificada para proteger tanto al paciente como a terceros y ello es a todas luces una posición que estigmatiza a las personas que tienen una discapacidad al considerarlas como sujetos que representan un peligro. Como señala Sotomayor (2016), desde “el punto de vista psiquiátrico, se

ha afirmado que peligrosidad del enfermo mental es un mito social y no es mas que un subproducto de la ideología sobre el loco, que es herencia de la consideración del mismo como totalmente enajenado, y alimentada por la angustia que el presunto sano experimenta ante el propio psicótico” (p. 201).

Entonces, no resulta correcto pensar que porque una persona tiene una discapacidad mental entonces representa un peligro para la sociedad y por ello es que deberían ser hospitalizadas. En el caso de J.E.S.C., es una paciente con esquizofrenia y como lo señala el National Institute of Mental Health (2021) y Mental Health of America (s/f) respecto de esta enfermedad “existe un riesgo mayor de que otros sean violentos con ellos que viceversa, porque si la enfermedad es tratada no existe motivo para pensar que representan un peligro para otros”; y por ende es que la hospitalización sin fundamentos es un mecanismo que no solo restringe la libertad de las personas, sino que las estigmatiza, discrimina y las somete a tratos inhumanos (Arroyo, 2004, p. 8).

Si bien, la esquizofrenia es una enfermedad que no tiene cura es sumamente importante que el paciente participe de terapia de rehabilitación psicosocial que le va a permitir recuperarse y no perder su autonomía; ya que al tener un enfoque integral se centra en la persona . Y ello con la hospitalización del paciente por tener una discapacidad mental y representar un supuesto peligro no se lograría, porque es fundamental la cooperación no solo del paciente sino también de la familia y el entorno social.

La segunda parte del fundamento 39 señala que:

“la situación de discapacidad, la garantía de seguridad del paciente y de terceros, y la situación económica, médica y social de la persona o personas sobre las que recaerá la responsabilidad del apoyo, no serán los únicos criterios para restringir la libertad personal de la persona con discapacidad a través del método intramural” (Tribunal Constitucional, 2020, p. 18).

Exp. N°01833-2019-PHC/TC: Caso Giancarlo Defillipi

La sentencia expedida por el Tribunal Constitucional respecto del Exp. N° 01833-2019-PHC/TC versa sobre la demanda que entabla el Sr. Giancarlo Defillipi Rodríguez ante la violación de sus derechos a la libertad e integridad; y la dirige contra la Clínica Caravedo S.A.C. y Hugo Lozada.

Primero, vamos a hacer referencia a lo señalado en el fundamento cinco de la referida resolución que señala que:

“La atención a las personas con discapacidad implica que el tratamiento que requieran no puede desconocer o menoscabar sus derechos y libertades, incluyendo el de prestar su consentimiento a los mismos. En el caso de que la deficiencia sea mental, sin embargo, no puede requerirse tal consentimiento, pero sí exigirse que la decisión sea tomada por una pluralidad de sus familiares más próximos” (Tribunal Constitucional, 2020b).

Entonces, primero que nada habría que separar dicho párrafo en dos partes; ya que existe una clara contradicción por parte de nuestro máximo intérprete de nuestra Carta Magna. Se puede desprender que la atención/tratamiento que reciban las personas con discapacidad no debe conllevar a la vulneración de los derechos y libertades que le son inherentes; por tanto prestar su consentimiento médico es una decisión que le compete a cada persona, lo que supone el respeto a su dignidad, a su autonomía y a poder tomar decisiones respecto a su salud. En la segunda parte de dicho párrafo, el Tribunal Constitucional refiere que no es necesario el consentimiento informado de la persona siempre que la deficiencia que presente sea mental. En otras palabras, lo que está diciendo es que Giancarlo Defillipi no está en la capacidad de elegir por sí mismo porque tiene esquizofrenia paranoide, acorde al diagnóstico realizado por el psiquiatra de dicho nosocomio, el Dr. Hugo Lozada Rocca.

Entonces, cuando se señala que la familia es la encargada de tomar las decisiones y no el paciente por el solo hecho de padecer una discapacidad, lo que en realidad está sucediendo es la denegación de su capacidad jurídica que parte del hecho de que por tener una discapacidad mental entonces el trato debe variar y ser distinto considerando que son sujetos que requieren una protección constante. Sin embargo, esto solo hace que se sigan perpetuando estigmas que resultan perjudiciales y que terminan por afectar inclusión en la sociedad; vulnerándose así el art. 12 de la CDPD que establece que ante la ley todos somos iguales y por ende debemos ser tratados de la misma manera al ser personas que contamos con capacidad jurídica más allá de padecer o no de una discapacidad.

Asimismo, tanto la Ley N° 29989, como su reglamento aplicable al momento en que ocurrieron los hechos, resaltan la importancia de tener la manifestación expresa del paciente, misma que deberá ser otorgada de manera voluntaria, libre e informada, salvo que medie una situación de emergencia psiquiátrica; pero aun así este debe ser un recurso de carácter extraordinario que debe extenderse sólo hasta lograr la estabilización clínica del mismo.

En el caso de Giancarlo Defillipi, no es posible acreditar que se haya encontrado en una situación de emergencia psiquiátrica que justifique su internamiento y por ende la no manifestación de su consentimiento, considerando que no existen los suficientes medios probatorios que así lo validen. Más bien, los argumentos esgrimidos por el psiquiatra de la clínica para justificar dicho internamiento se retrotraen a diagnósticos realizados por otros profesionales en años distintos al hecho materia de controversia y a las características propias de la enfermedad que considera conductas y estilo de vida inadecuados, que dieron pie a que sin que medie una situación de emergencia psiquiátrica recomendase su internamiento o mejor dicho privarlo de su libertad.

El otro punto de la sentencia, el Tribunal Constitucional hace una precisión para señalarnos aquellos casos en donde se presente una emergencia psiquiátrica y se deba internar a una persona sin su consentimiento, añadiendo que esta decisión no debe ser adoptada de manera unilateral por un solo integrante de la familia, así como el hecho de que:

“El diagnóstico o recomendación de un médico no puede suplir el requisito de una decisión familiar. La intervención de un médico sólo puede ser válida cuando el paciente no puede expresar su voluntad, y sus familiares no estén presentes para dar su consentimiento o autorización” (Tribunal Constitucional, 2020b).

Se puede inferir de aquello, que para poder proceder con el internamiento del paciente que no podrá manifestar su voluntad al encontrarse en una situación de crisis, se dará más peso a la decisión que puedan adoptar sus familiares presentes al momento de su ingreso que al criterio que pueda tener el médico que lo evalúa.

Particularmente, esto nos lleva a cuestionarnos que lo que en realidad nos está sugiriendo el Tribunal Constitucional es que lo que debe prevalecer en realidad es la decisión de la familia y no el criterio del médico evaluador y del equipo

interdisciplinario de salud mental, que justamente lo conforman especialistas llamados a evaluar y tomar decisiones que se basan en sus experiencias y conocimientos en la medicina y en el terreno de la psiquiatría. Lo que resulta crucial pues se espera que el diagnóstico que den estén fundamentados en evidencia clínica objetiva en lugar de seguir patrones estigmatizantes, opiniones externas, etc., contribuyendo así con el resguardo de los derechos de los pacientes.

Si bien es cierto, la opinión de la familia suele ser valiosa y pretende buscar el bienestar de la persona; también es cierto que esta puede estar llena de prejuicios, más aún cuando de enfermedades mentales se trata. Por ello, el diagnóstico o recomendación que pueda realizar el equipo interdisciplinario en una situación de emergencia psiquiátrica debería ser valorado en mayor medida incluso que la decisión de la familia, pues se sustenta en evidencia científica, clínica y biológica en salud mental; de manera que son ellos los llamados a poder determinar si la persona requiere o no ser internada por encontrarse en una situación que amerite proteger su seguridad, bienestar y salud.

Con ello, para el momento de los hechos nuevamente ciñendonos a la Ley N° 29989 se hace expresa alusión a que el internamiento debe ser una medida a aplicar con excepciones (art. 11), y acorde al reglamento de la referida una de estas excepciones lo es aquella situación donde la persona atraviesa un episodio en el cual pierde el control respecto de sí y al que se le ha denominado como “crisis” (arts. 3.4, 3.5, 3.7). Esto se constituye en una emergencia psiquiátrica, que necesita la estadia de la persona en el centro de salud por un rango de tiempo mayor a las doce horas; respecto del consentimiento informado se requiere de la autorización de algún familiar cercano considerando que el paciente no está en la capacidad de discernir por su condición, pero una vez reestablecido su consentimiento será lo que deberá primar (arts. 15 y 16). Además, señala otra excepción en la disposición complementaria final del reglamento que se relaciona con aquellos internamientos con carácter imperativo dictados por nuestros operadores de justicia.

Giancarlo Defillipi, como se señaló líneas arriba, no se encontraba en una situación de emergencia psiquiátrica y en todo momento manifestó su voluntad de no querer ser internado. Sin embargo, sus familiares al aceptar su internamiento sin causa alguna y manifestarse de acuerdo, lo que en realidad

están haciendo es utilizar el modelo de sustitución en la toma de decisiones que resulta incompatible con la Convención y con la normativa vigente, mismas que reconocen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad al ser sujetos plenos de derecho.

En ese sentido, el centro de salud mental tiene la obligación de explicarle a la familia que el internamiento sólo es posible de presentarse una situación de emergencia, por un tiempo determinado y bajo supervisión médica constante; ya que su familiar no va a poder quedarse ahí de manera definitiva y va a ser sumamente importante el compromiso que muestran como familia en el tratamiento y recuperación del mismo (Bregaglio et al., 2012).

Se debe señalar que si bien la esquizofrenia es una enfermedad crónica que a la fecha no tiene cura, la sintomatología suele mejorar y/o desaparecer con terapia farmacológica, psicosocial, cognitivo-conductual y terapia a nivel familiar (OMS, 2022). En esa misma línea, Espinosa, Hamden, Ojeda, Ruiz (2011), sobre la importancia de la terapia familia en pacientes con esquizofrenia refieren que:

En el tratamiento integral a largo plazo de los pacientes con esquizofrenia es lo más conveniente al tratarse de una enfermedad tan compleja en la que la familia adquiere un papel primordial para mejorar el nivel global de funcionamiento del paciente y ella misma, su calidad de vida y su cumplimiento del tratamiento. Se requiere de la participación del paciente y su familia, de profesionales del tema y de las redes de apoyo social para lograr dichos objetivos” (p. 10).

Ello porque el rol de la familia frente al paciente con esquizofrenia debe ser activo y constante, de manera que se le motive a poder comenzar una vida independiente de forma gradual sin llegar a estresarlo. Primero, es necesario cambiar aquellas preconcepciones que se tienen respecto a la enfermedad como que la persona se aísla, que pierde el cuidado de su persona, que no desea asearse, que desea estar durmiendo; y de ninguna ejercer ningún tipo de violencia física o psicológica, porque aquello forma parte de los síntomas negativos propios de la enfermedad en el periodo de recuperación. Segundo, la ayuda de la familia se concreta cuando ayuda a su familiar a no olvidar que tome su medicación, porque muchos de ellos creen que ya se sanaron y se recuperaron y por ende no desean tomarla más. Y ahí es donde radica la trascendencia del involucramiento activo por parte de la familia como red de

soporte animando a su paciente a que no abandone el tratamiento, explicándoles que a pesar de que puedan sentirse mejor para evitar recaídas es necesario que tomen las pastillas o se les apliquen las inyecciones (INSM, 1995).

Pero, Giancarlo Defillipi ya tenía una vida independiente, estaba encargado del cuidado de su madre y trabajaba. Contrario a ello, como se señala en las declaraciones de sus familiares recogidas en el Exp. N° 01833-2019-PHC/TC, era necesario internar al referido porque así lo había sugerido el médico de la clínica Caravedo, los médicos que anteriormente lo habían diagnosticado con esquizofrenia paranoide y porque no estaba cumpliendo con las indicaciones respecto de la toma de sus medicamentos.

Además, teniendo la familia un rol fundamental la solución no pasa por internar a Giancarlo Defillipi por tener esquizofrenia, sino en ser una red de soporte; de lo contrario nos encontraríamos ante una vulneración del artículo 16 de la CDPD, respecto de la garantía de protección frente al abuso que se pudiese cometer en el hogar y con ello nos referimos a lo que manifiesta el Sr. Defillipi que aduce que su internamiento tiene como objetivo la realización de actos desposesorios de sus bienes de manera ilícita (Tribunal Constitucional, 2020b)

Sumado a eso, no debe dejar de señalarse que el ingreso por una “supuesta emergencia psiquiátrica” (que no se ha podido acreditar y que no contaba con el consentimiento informado del paciente) que lo mantuvo internado, se dio el 27 de setiembre del 2017 y duró hasta el 12 de febrero del año siguiente; tiempo en el cual no tuvo la posibilidad de recibir visitas. Y, “toda decisión de aislar o segregar a las personas con discapacidad mental, incluido el internamiento innecesario, es por esencia discriminatorio y contrario al derecho a integrarse en la comunidad previsto en las normas internacionales. Por si solos, la segregación y el aislamiento pueden reforzar los estigmas que rodean la discapacidad mental” (Ministerio de Salud Argentina, 2010, p. 293).

Exp. N°01729-2018-PHC/TC: Caso Jorge Mendoza Guerra

La resolución recaída en el Exp. N°01729-2018-PHC/TC, versa sobre la demanda de habeas corpus que interpone Jorge Mendoza Guerra en el año 2017. En la delimitación del petitorio requiere que los demandados (hijos y personal de la Clínica Pinel) no vulneren sus derechos al querer internarlo en la

referida clínica, porque a pesar de encontrarse en pleno uso de sus facultades, los referidos alegaban que por padecer de una enfermedad mental debía de ser internado y para ello uno de los hijos del Sr. Mendoza inicia un proceso de interdicción que lo declare incapaz y poder así tener a disposición sus bienes. Contextualizando, acorde al CDC (s/f) “la enfermedad del Alzheimer es un tipo de demencia de naturaleza progresiva que afecta partes del cerebro que controlan el pensamiento, la memoria y el lenguaje; y que puede llegar a impactar de manera negativa en la capacidad de la persona para el normal desarrollo de sus actividades diarias” (s/f). Asimismo, la “EA” es la clase de demencia más frecuente, y aunque aun no se haya encontrado una cura, es muy importante un diagnóstico temprano para que el paciente comience con la toma de la medicación de manera inmediata en aras de que bienestar no se menoscabe al igual que su autonomía para la realización de sus actividades cotidianas (Zevallos, 2019).

Este abordaje respecto de la enfermedad resulta necesario considerando que “es una de las principales causas que desencadena una discapacidad intelectual total en aquellos a los que se les diagnostica” (Folch et al., 2018); y la finalidad de la presente investigación al relacionarse con el internamiento involuntario de aquellos pacientes a los que se les haya diagnosticado con esta resulta relevante.

Entonces, en el caso materia de análisis observamos que en las actas de declaraciones se menciona que Jorge Mendoza Guerra fue evaluado por tres médicos psiquiatras quienes determinaron que el referido presentaba demencia senil con inicios de Alzheimer, que había un deterioro a nivel intelectual, a nivel neuropsiquiátrico y que presentaba síntomas de paranoia. Empero sólo uno de ellos, el médico psiquiatra de la Clínica Pinel, sugiere a la familia que lo mejor era “internar al favorecido para obtener un mejor diagnóstico de su salud”, y a partir de aquí es que se observa una confusión entre lo que implica un internamiento y una hospitalización.

El reglamento de la Ley N° 30947 en su artículo 27, es bastante claro cuando señala que el internamiento de una persona se da siempre que medie una situación de una emergencia psiquiátrica y se prescindirá de su consentimiento informado sólo en este supuesto; mientras que la hospitalización tiene como fin evaluar, diagnosticar, brindar terapia estabilizadora y soporte asistencial al

paciente, que al no poder ser llevado a cabo de manera ambulatoria requiere de su estancia en el centro de salud.

Sin embargo, se requiere del consentimiento informado del paciente y una vez que se hayan agotado los otros tipos de intervenciones (individual, familiar, comunitaria).

Pero, Jorge Mendoza Guerra fue “hospitalizado” en la referida clínica el mismo día que acude de manera voluntaria a una consulta ambulatoria, lo que supone el no agotamiento previo de otro tipo de intervenciones y peor aún tanto la hospitalización como el internamiento no están justificados; sobre todo este último al no encontrarse en una situación de una emergencia psiquiátrica ni en una donde su vida e integridad estuvieran bajo riesgo.

Igualmente, al analizar vemos que el diagnóstico brindado por los médicos psiquiatras si bien tiene puntos de convergencia también tiene puntos en los que difieren; ello se debe a que diagnosticar a una persona con demencia/Alzheimer es un proceso largo y dificultoso debido a la amplia variedad de síntomas clínicos que la enfermedad presenta (Wilkinson y Janicki, 2006, p. 186) , y que no podría llegar a realizarse en solo una consulta. Esto se sostiene considerando que no todos los pacientes con sospecha de esta enfermedad manifiestan la misma sintomatología, que va a depender de factores como el impacto de la misma en cada persona y su personalidad antes del diagnóstico (OPS, s/f).

Como se ha señalado líneas arriba, la idea con este tipo de enfermedades degenerativas es que la persona no pierda su autonomía sobre todo si se trata de adultos mayores. Ello supone, acorde a Zúñiga y de la Luz (2017), que el cuidado que se les proporcione tenga como prioridad garantizar sus inclinaciones o preferencias de forma tal que su calidad de vida no se vea desmejorada. Ello resulta fundamental cuando hablamos de conceptos como lo son la autonomía y la salud del paciente, que se materializan con la emisión de su consentimiento informado a través de el poder tomar decisiones propias en este ámbito. Así, para Zuniga y de la Luz (2017), “el consentimiento informado es la expresión tangible del respeto a la autonomía de las personas en el ámbito de la atención médica (...)” y además:

En el caso de demencia en el anciano, si bien es cierto que tiene disminuidas sus capacidades cognitivas, también es cierto que podría ser capaz de comprender e interpretar situaciones sencillas y tomar una decisión racional en relación a su

cuidado personal, sobre todo en etapa temprana de la enfermedad. Sin embargo, cabe la posibilidad de que una persona se pierda con facilidad o que olvide cosas, pero aún sea capaz de tomar decisiones no vitales, esto es, conservando sus preferencias en función de su propio cuidado.

Ahora bien, Jorge Mendoza Guerra refiere que fue internado en contra de su voluntad, porque no dio su consentimiento para aquello y tampoco podría justificarse tal medida al no haberse encontrado en una situación crítica en salud mental. Y aunque ese hubiera sido el caso, el reglamento de la LSM refiere que la orden de internamiento es válida por 12 horas y puede llegar a extenderse hasta por 72 horas; pero él permaneció internado por 9 días que excede el límite permitido por la ley respecto de la medida de internar a un paciente y vulnerando así su derecho a la libertad, integridad, salud y conexos.

Jorge Mendoza Guerra, refiere además que para lograr su internamiento fue forzado a ingerir drogas con la finalidad de sedarlo; situación que como señala Orefellen (2016), miembro del WNUSP, debe ser considerada como una práctica médica ejercida con violencia, discriminatoria y perjudicial para la persona al infligir sufrimiento, angustia y lesiones emocionales (como se citó en APT, p. 33).

Aunado a lo anterior, el psiquiatra de la clínica demandada en su declaración manifiesta que para prever que el Sr. Mendoza sufriera alguna caída y sufra alguna fractura/corte optaron por “la sujeción” del referido. No obstante, la Corte IDH respecto a la “Afectación del Derecho a la Integridad Personal en relación al Derecho a la Atención de Salud” en la sentencia de Ximenes Lopez vs. Brasil, señala que la sujeción debe ser entendida como el acto que no permite al paciente poder autodeterminarse, lo limita respecto de su libertad de tránsito y puede provocarle perjuicios o incluso la muerte; pero también señala que son muy frecuentes las “caídas como lesiones” en el curso de dicho procedimiento (2006, pfo. 133, p. 58).

Lo que nos lleva a pensar, que si lo que pretendía el galeno de la clínica era garantizar que la persona adulta mayor con discapacidad no viera afectado su derecho a la integridad apoyándose en el hecho de que este procedimiento iba a impedir que el Sr. Mendoza sufra de daños mayores, como caídas y fracturas que era lo que se quería evitar; debemos señalar que esto solo dista de la realidad porque el procedimiento en si mismo produce también caídas y lesiones.

Ademas, que termina siendo un mecanismo que restringe al paciente respecto de su autonomia para otorgar su consentimiento; pero tambien lo subordina, vulnera su libertad, dignidad y autoestima. Esto termina siendo razon suficiente para su abolicion y motivo por el cual se utiliza en el internamiento forzoso de personas adultas mayores con discapacidad (SEGG, 2023, p. 9, 11, 33).

Para terminar con este punto, no debemos dejar de mencionar que tanto la sujeción como forzar a un paciente a ingerir medicamentos en contra de su voluntad vulneran los articulos 15 y 17 de la CDPD, que resguardan la integridad de las personas con discapacidad en los mismos términos que los demas y que implica el no sometimiento a situaciones que puedan causarles sufrimientos extremos o abusos tortuosos. Ello en consonancia con lo senalado en el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2013), donde se menciona que aquellos tratamientos medicos que puedan acarrear “graves sufrimientos” al paciente podran reputarse como crueles, inhumanos o degradantes; más aún si este no ha sido consentido o si resulta inútil para el fin que se persigue. Y ahí se deberá analizar la existencia de ciertas circunstancias, como lo son “la administración forzosa de medicamentos, la detención por tiempo indefinido, etc” en los centros psiquiátricos, que pasa por negar que las personas con discapacidad poseen capacidad juridica por motivos que se relacionan con el estigma y la discriminacion (Mendez, p. 16, 17, 18), que vulnera de la misma forma el art. 12 de la Convencion citada en este trabajo y que dota de capacidad jurídica a todas las personas.

Zuniga y de la Luz (2017), refieren que las personas que tienen un diagnóstico de demencia y que se encuentran en edad avanzada, requieren que sus derechos sean protegidos más aún cuando ya no les es factible comprender el resultado de las decisiones que puedan tomar; sin que ello implique la reducción de su autonomía que pasará a reducirse pero no llegará a ser nula, lo que implica que en los estadios iniciales de la enfermedad se tomen acciones anticipadas.

Si consideramos que Jorge Mendoza estaba recién comenzando con la enfermedad, hubiera sido idóneo que la familia en conjunto con el paciente empezará a planear y centrarse en las futuras facetas que su familiar debiera afrontar, como lo es disponer de temas económicos, legales y respecto a su salud; de manera que este tenga un rol activo donde pueda manifestar sus

deseos, expectativas y preferencias (Texas Health and Human Services, 2022, p. 7 y 15). En esa misma línea, la Alzheimer's Disease International (2003) refiere que las decisiones que se tomen deberán orientarse a satisfacer las necesidades y deseos propios de cada persona, para ello es necesario el involucramiento de la familia, amigos y personas cercanas para colaborar con las decisiones que este pueda tomar y asistirlo a que permanezca en su domicilio o comunidad (p. 2). Que en línea, pasa por el reconocer su autonomía y su capacidad jurídica, como lo es las decisiones respecto de su salud, más allá de que tenga una discapacidad mental y sea un adulto mayor; y así también lo destaca la CDPD en su artículo 8 literal a cuando refiere que a nivel familiar debe existir una mayor sensibilización con respecto a aquellos miembros de su familia que tienen una discapacidad, en salvaguarda de sus derechos y dignidad.

Jorge Mendoza señaló que no había recibido tratamiento previo por motivo de padecer una enfermedad mental, pero si seguimos los diagnósticos de los médicos psiquiatras que figuran en el Exp. N°01729-2018-PHC/TC, este se encontraba en la etapa temprana de la enfermedad; en consecuencia para resguardar la autonomía a futuro del paciente con demencia y no caer en paternalismos se deberá “fomentar la realización de directivas anticipadas como un método de preservación del principio de autonomía del paciente en caso de deterioro cognitivo, que constituye una garantía a la hora de tomar decisiones correctas” (Alvarez-Fernandez et al, 2004, p. 99).

Esto supone, que el Sr. Mendoza recurra al sistema de los apoyos nombrando a un tercero que llegado el momento “va a intervenir en la toma de decisiones de la persona pero su papel es sustancialmente distinto: no se trata de decidir por la persona, sustituyendo su voluntad, sino que se trata de ayudar a decidir a la persona por sí misma” (Cuenca, 2014, p. 7) y “en los casos excepcionales de apoyos intensos que puedan llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de reconstruir la voluntad y las preferencias de la persona” (Cuenca, 2014, p. 10) para respetar su voluntad y sus preferencias.

Siendo el caso, se menciona que uno de los hijos del Sr. Mendoza había iniciado el proceso para declarar interdicto al mismo en el año 2016, pero a la fecha de la emisión de la sentencia del TC dicha figura jurídica ya no se encontraba vigente y por ello es que se señala el fundamento 14 del análisis del caso que dicho proceso debería ser transformado a uno de apoyos y salvaguardias.

Asimismo, se señala que aquello “no es un acto de volición directa de los emplazados, porque requiere de una decisión judicial, por lo que tampoco puede ser considerado como una amenaza”. Particularmente no me encuentro de acuerdo con ello, considero que lo mejor hubiese sido aplicar el artículo 659-F del CC, de manera que el Sr. Mendoza como se encontraba al inicio de la enfermedad hubiera podido designar apoyos que respeten y garanticen su voluntad y preferencias a futuro; más aún porque hubiera sido posible que conste en escritura pública que dicho apoyo no recaiga en alguno de sus hijos ante el temor que tenía Jorge Mendoza de que lo volvieran a internar y “disponer de sus bienes”.

Sin embargo, si consideramos lo señalado por Bregaglio y Constantino (2022), que tras haber hecho un análisis cualitativo de las resoluciones judiciales emitidas por los juzgados en aplicación del D.L. 1384 y en línea de lo que dispone el artículo 12 de la CDPD, concluyen que solo ha existido un cambio aparente que se traduce en una variación de la terminología que cambio de “curador” a “apoyos”, pero solo eso porque aun no se han erradicado “los mecanismos de sustitución de la voluntad” que “generan espacios de abuso al no regular de manera adecuada las salvaguardias” (p. 16 y 44).

En esa línea, me manifiesto de desacuerdo cuando el Tribunal señala que como han pasado más de cuatro años y cesó la amenaza de internar al Sr. Mendoza, entonces la amenaza de privarlo de su libertad al querer internarlo se ha detenido.

Considero más bien que al igual que en el caso del Sr. Guillen Dominguez, el TC pudo haber realizado una visita ocular al domicilio del Sr. Mendoza para inspeccionar y constatar la situación en la que se encuentra; ya que debido al avance normal de la enfermedad al momento de la sentencia podría haberse encontrado en la fase grave y teniendo como antecedente que no quería ser internado de manera involuntaria se respete aquello. Aún más, cuando “las personas que viven con demencia a menudo son privadas de sus derechos y libertades, es más en muchos hogares de atención para personas de la tercera edad se utilizan aún mecanismos para inmovilizar al paciente (restringiendo su libertad y limitándolo en el poder manifestar su consentimiento respecto al tratamiento médico); muy a pesar de que muchos países cuentan con normativa que defiende el hecho de que las personas con esta enfermedad preserven su

libertad y tomen sus decisiones garantizando así el respeto a sus derechos humanos” (OMS, 2023).

Exp. N°03043-2017-PHC/TC: Caso Rocio Bernales Lozada

La sentencia recaída en el Exp. N°03043-2017-PHC/TC, hace referencia a la demanda de hábeas corpus que interpuso Rocío Bernales Lozada en octubre del año 2013 contra sus hermanas, María Inés Bernales Lozada y Ana Sofía Bernales Lozada, al haber vulnerado su derecho a la libertad personal cuando contra su voluntad fue internada en la “Casa de Reposo y Salud Mental Alegría de Vivir”. Dentro de los argumentos esbozados por las denunciadas para justificar su ingreso al referido centro, se hace referencia a la situación que tuvo lugar en enero del año 2013 cuando Rocío Bernales encierra a su progenitora en su habitación y le restringe sus necesidades básicas. Ante ello sus hermanas acuden a la comisaría del distrito para solicitar ayuda, al ser su madre una persona de la tercera edad que estaba siendo maltratada por la denunciante acorde a relatos de su progenitora que constaban en escritos realizados por la misma. Cuatro días después de suscitados los hechos antes señalados la Sra. Bernales registra un ingreso por emergencia al HVLH, que aduce fue realizado forzosamente entre el 29 al 31 de enero del 2011; y a partir del 31 de enero pasó a ser “internada” en el referido nosocomio por el lapso de 56 días. Es así, que sus hermanas solicitan a la Fiscalía de Prevención del Delito de Lima el internamiento de la denunciante en un centro de salud especializado ante su renuencia a continuar con el tratamiento médico prescrito, porque tenía un estado de salud deplorable y en busca de salvaguardar su integridad y evitar la comisión de algún ilícito. En primer lugar, se desprende del informe médico elaborado por el HVLH durante el tiempo que duró la hospitalización de la Sra. Bernales que esta padece de “esquizofrenia paranoide”; a su vez respecto de la evolución de la enfermedad se señala que el pronóstico es lento, óptimo, que desde que fue dada de alta no volvió a sus citas médicas y que no ha “tomado conciencia de su enfermedad”, argumentos que utilizaron sus hermanas para solicitar el internamiento de la Sra. Bernales ante la Fiscalía.

En este punto, debemos mencionar que uno de los síntomas propios de la enfermedad y que cala negativamente, tanto en el paciente como en su familia,

está relacionado con la toma de conciencia de la misma; ya que la persona diagnosticada con esquizofrenia no acepta que la padece. Por ello, va a resultar indispensable el apoyo que reciba de esta, para poder comenzar con el tratamiento dispuesto por su médico tratante lo antes posible, no abandone la terapia medicamentosa ni la psicoterapia; y para poder contenerlo ante situaciones que puedan causarle un perjuicio como lo es estrés, el alcohol y las drogas (Sánchez, 2011, p. 248-249). Es así, que la CDPD destaca el valor que tiene la familia como núcleo esencial para la sociedad y desde donde se va a contribuir a que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos de manera plena y en las mismas condiciones que los demás (Preámbulo literal x). Del mismo modo, la Ley de Salud Mental indica que, si algún miembro de la familia llega a presentar un problema de salud mental la “atención, cuidado y tratamiento” va a recaer sobre esta (artículo 3, numeral 9); y que los tratamientos deben ser llevados a cabo ambulatoriamente dentro del seno familiar, social y comunitario, con excepción de que pueda suscitarse una emergencia psiquiátrica que requiera el ingreso del paciente a un establecimiento de salud (artículo 20).

Justamente, porque la familia se erige como pieza fundamental de soporte para las personas diagnosticadas con una enfermedad mental, ya que si bien los tratamientos con medicamentos y terapia psicosocial son esenciales; resulta igual de importante la terapia familiar en el tratamiento de estas enfermedades (Martínez-Cardona et al, 2020, p. 644) al impactar de manera positiva en la calidad de vida del paciente. Siendo así, medidas como el internamiento y la hospitalización son de naturaleza extraordinaria, debido a que restringen los derechos de las personas que padecen alguna discapacidad mental y justamente por ello es que deben ser aplicadas sólo si son requeridas, ante eventuales situaciones de crisis o emergencias psiquiátricas que pueda experimentar el paciente. El internamiento involuntario en establecimientos psiquiátricos ha pasado a ser una práctica vejatoria que vulnera los derechos fundamentales de aquellos sujetos a ello; así diversos estudios han determinado que la opción más favorable para el cuidado de las personas que padecen de una enfermedad mental son los servicios respaldados en las redes de atención comunitaria (OPS, 2020, p. 9), que en conjunto con la familia garantizan puedan tener una atención propicia y de calidad.

Entonces, el rol que tiene la familia respecto del paciente que adolece de una enfermedad mental es crucial, tanto para su recuperación como para su bienestar general, al constituirse en fuente de apoyo en el tratamiento y mejora continua del mismo. De esta forma, si las hermanas de la Sra. Bernaldes lo que deseaban era proteger a la referida, optar por “internarla” en contra de su voluntad denota un animus más bien de minar su autonomía y dignidad como persona, al pretender sustituir su voluntad y tomar decisiones en su nombre; lo que puede conllevar a generar abusos y caer en tratos paternalistas que sólo deshumanizan a las personas con discapacidad al creer que no están en la capacidad de poder tomar decisiones propias.

Respecto de la postura que toma el TC de declarar infundada la demanda, debemos manifestarnos en desacuerdo. Tenemos que en el segundo párrafo del numeral 3 del análisis del caso se hace referencia al fundamento 115 de la sentencia de “los internados en la sala de hospitalización de adicción del INSM HD-HN”, la cual refiere que adicionalmente a las situaciones de emergencia psiquiátrica donde no se necesita del consentimiento del paciente, se deberán incluir aquellas situaciones que devengan en un riesgo latente de agresión no solo respecto de sí mismo, sino también respecto de sus allegados y otros con la finalidad de evitar que el acto lesivo ocurra y sea irreparable.

En otras palabras, se infiere de aquello que los internamientos involuntarios estarían justificados en pro de salvaguardar la vida e integridad de terceros como de sí mismos, al representar las personas con discapacidad mental un peligro para la sociedad al ser personas que podrían actuar con violencia y generar un perjuicio a otros. Sin embargo, esta postura guarda mayor relación con los estereotipos y estigma con el que se aborda a las enfermedades mentales, ya que se ignora el hecho de que la sociedad en la que vivimos es de por sí agresiva y un alto porcentaje de los comportamientos violentos que ocurren provienen de aquellos ciudadanos a los que se les considera “normales”; contrario a ello las preconcepciones que se tienen respecto de aquellos que conviven con una enfermedad mental van siempre en la línea de que representan “un peligro para la sociedad al ser impredecibles y tendentes a actuar con impulsividad o tener actitudes socialmente impropias” (Martínez Fernández y Fuente Diez, 2020).

La CDPD reconoce que toda persona que padezca de alguna discapacidad deberá tener garantía de que su derecho a la libertad no se vea vulnerado por

motivos que respondan únicamente a dicho padecimiento, pues ello se constituiría en una privación ilegal de su libertad (art. 14); y como bien se ha señalado en la Observación General N° 6 que aborda el tema de la igualdad y la no discriminación “quienes presentan deficiencias (percibidas o reales) han continuado estando sujetas a situaciones discriminatorias y brutales como lo es el internamiento” (ONU, 2018, pfo. 7). Es más, en el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (2013), se señala que internar a una persona en una establecimiento de salud mental que no requiera de dicha medida puede conllevar a la aplicación de la fuerza y por ende configurarse delitos como lo son la tortura o malos tratos, muy aparte de ser una práctica que se ejerce sin el consentimiento de la persona y peor aún sin encontrarse en una situación de emergencia (Méndez para ONU, 2013, pfo. 69 y 70). Lo que conlleva a una vulneración, tanto al derecho a la integridad como al derecho a la salud de la persona (arts. 17 y 25 CDPD); sobre todo considerando que se necesita de la manifestación de voluntad de esta para poder privarla de su libertad, que en un contexto médico parte por consentir el tratamiento. Otra forma para restringir la libertad de una persona con discapacidad mental de manera legal correspondería a aquella proveniente de un mandato judicial.

Entonces, el único motivo por el que el ingreso de la Sra. Bernales quedaría justificado se podría deber a una emergencia psiquiátrica o por una orden judicial que declare su inimputabilidad sustentada en la evaluación psiquiátrica respectiva (art. 29.1.1 Reglamento Salud Mental), situación que no se advierte en este caso. Lo que si se advierte, es el uso de prácticas coercitivas por parte de la casa de reposo para el traslado de la referida y poder someterla a un internamiento involuntario que no solo le restringe su derecho a la libertad; sino que además advierte un trato cruel e inhumano respecto de su persona al utilizar la fuerza física para trasladarla porque no accedió a someterse de manera “pacífica” a una orden que se vislumbra como ilegal. Advirtiéndose así un incumplimiento a lo dispuesto por la CDPD que garantiza y reconoce que todo ser humano tiene capacidad jurídica, y un fallo donde se desconozca aquello implica aceptar que una persona es incapaz por la simple y sencilla razón de ser diagnosticado con una enfermedad mental.

Consecuentemente, el primer internamiento del que fue sujeta la Sra. Bernales en el Hospital Víctor Larco Herrera, mismo que el TC toma a consideración respecto de la demanda materia de análisis y del que aduce fue realizado en contra de su voluntad, no se enmarca así dentro de lo tipificado por la Convención que garantiza la capacidad jurídica de todas las personas y el respeto por su autonomía, al no haberse dado con el consentimiento de la demandante.

La Corte IDH ya había emitido pronunciamiento señalando que las personas con discapacidad que residen en establecimientos psiquiátricos, privados o públicos, están sometidas a una relación de poder desigual donde se menoscaba su integridad física y mental que solo coacciona su autonomía y por ende son más factibles de ser sometidas a tratos crueles/ inhumanos/degradantes o incluso de sufrir tortura (Cohen para OPS, 2009, p. 53). En vista de ello, el TC pasa por alto la situación que alega Rocío Bernales donde refiere que para trasladarla el personal de la casa de reposo, donde se encuentra actualmente internada, se vio en la necesidad de utilizar la fuerza; misma que también ejercieron contra su novio por intentar defenderla y donde alega además hubo forcejeos violentos (según consta en su manifestación).

Nuestra normativa, a la fecha de la emisión de la sentencia por parte del TC, contempla ya que una persona con una enfermedad mental puede ingresar a un centro de salud para ser internada con el único propósito de lograr su estabilización clínica y solo de encontrarse ante una situación que se constituya como una emergencia psiquiátrica, para la que no se necesita del consentimiento del paciente que demanda de una respuesta inmediata por parte de los profesionales en sanitarios y considerando que el usuario puede ver afectada su vida, su salud e incluso llegar a dejarle secuelas invalidantes. Así, la orden que justifica su internamiento caduca a las doce horas del ingreso del paciente, pudiendo llegar a prolongarse hasta por setenta y dos horas siempre que se cuente con su consentimiento. Por otro lado, la medida de hospitalización supone la estancia del paciente en el establecimiento de salud por más de doce horas al requerir estas atenciones que no puedan llevarse a cabo de manera ambulatoria, aunque para ello sí se requerirá del consentimiento del paciente obtenido de forma libre y voluntaria. La estancia del paciente no debe exceder los treinta días, por ello la medida es evaluada diariamente por el equipo

interdisciplinario quienes podrían autorizar su ampliación; pero así se cuente con dicha orden no deberá dejarse de lado que se requiere el consentimiento de la persona y la actualización del mismo acorde a los plazos que se establecen.

Incluso si analizamos la situación en base a ello, los hechos que motivaron el internamiento de la Sra. Rocío en la casa de reposo “Alegría de Vivir” tuvieron fecha del veinticinco de enero del 2013 y ella es llevada al referido centro recién cuatro días después; por lo que una emergencia psiquiátrica dado su carácter de inmediatez quedaría descartada más aún al haberse dado sin su consentimiento (art. 3 ley de salud mental).

De la misma manera, fue hospitalizada por 56 días superando el tiempo estipulado por la normativa y sin su manifestación expresa de aceptación; y respecto de su internamiento en la “Casa de Reposo y Salud Mental Alegría de Vivir” sucede lo mismo al encontrarse en el lugar desde el cuatro de setiembre del 2013 y permanecer internada para la fecha de emisión de la sentencia, hecho que se infiere de los votos singulares de los magistrados Ferrero Costa y de Taboada que si declaran fundada su demanda y ordenan su liberación.

En segundo lugar, debemos señalar la importancia que tienen las decisiones provenientes de nuestros operadores de justicia al garantizar el acceso a la misma de las personas con discapacidad. Poder acceder a justicia debería ser un derecho que todo ser humano debería tener en los mismos términos que los demás, pero ello no sucede con aquellos que tienen una discapacidad mental considerando que su derecho a la igualdad ante la ley frecuentemente es vulnerado por preconcepciones estigmatizantes donde se les niega su autonomía, su capacidad jurídica, etc (ONU, 2020, p. 6). Esto queda evidenciado cuando en la sentencia, más allá de la posición del TC, nuestros otros operadores de justicia al emitir pronunciamiento respecto del “internamiento” de Rocío Bernales señala que por ser una paciente que padece de esquizofrenia entonces requiere de asistencia constante de todo tipo en animus de cuidar su vida e integridad, así como la de sus parientes al haber incurrido en “actos no permitidos”. Esto, va más en línea con lo señalado párrafos más arriba respecto del estigma que relaciona a la personas que padecen una enfermedad mental y el hecho de que representan un potencial peligro; ya que se aleja de la realidad al ser las personas con esquizofrenia ciudadanos que están en la capacidad de poder trabajar, relacionarse socialmente y tener una vida independiente inclusive

si presentan síntomas, porque un abordaje correcto de la enfermedad permite que evolucionen satisfactoriamente e insertarse en la sociedad (Sánchez, 2004, p. 17). Justamente, como mecanismo de apoyo a los Estados parte de la CDPD y su implementación es que se desarrollan “Los Principios y Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad”, con lo que se busca establecer prácticas que permitan el acceso sin discriminación a la justicia por parte de este colectivo en concordancia con el artículo 12 y 13 de la Convención; así tenemos en el Principio 10 que va a recaer sobre los Estados capacitar a los funcionarios que imparten justicia como demás funcionarios públicos, para sensibilizarlos y que puedan actuar en garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad que tiene como centro el modelo social (ONU, 2020, p. 6). Debemos hacer alusión de la misma manera al Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, que respecto de las personas con discapacidad ha planteado como uno de sus objetivos el fomentar la inclusión judicial de este grupo vulnerable sensibilizando, protegiendo y promoviendo la aplicación de la CDPD en las resoluciones dictadas por nuestros operadores de justicia y en la sociedad civil en general respecto de derechos como lo son “la autonomía de la persona, la libertad para tomar decisiones por su cuenta y su independencia que pasa por la derogación y modificación de nuestro Código Civil respecto de la figura de la capacidad jurídica” (Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, 2016, p.35 y 87); en concordancia con las 100 Reglas de Brasilia a las que se adhirió el Poder Judicial (salvo excepciones), que establecen las directrices que deberán seguir los funcionarios de este poder con el fin de que los grupos menos favorecidos puedan acceder a una justicia integral.

Es importante resaltar lo anterior, porque como se hace referencia en el Vigésimo Sexto Informe Anual que elaboro la Defensoría del Pueblo (2022), el MICDPD ha verificado que el PJ actúa negando el acceso a la justicia de manera igualitaria al no reconocer la capacidad jurídica de quienes padecen una discapacidad mental o incluso fundamenta sus pronunciamientos basándose aun en criterios como el de peligrosidad, al haber los Juzgados Penales en el caso que se analiza dispuesto que la afectada requiere tutela por ser una persona con esquizofrenia paranoide y asumir en su hermana el rol de “curadora” por el hecho de compartir

vivienda. O como en el caso de la Fiscalía que sugiere, o incluso el del TC que respalda que deviene en su hermana la responsabilidad de que “asuma un compromiso de garantía” para proteger su vida e integridad, muy a pesar de que el proceso de interdicción que inició fue improcedente; lo que en realidad hace visible que nos encontremos ante una barrera del tipo jurídico que en la práctica se ha denominado “interacción informal” (Comisión Permanente Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad, 2019). Que no es otra cosa que la negación de la capacidad jurídica y la sustitución de su voluntad de la persona, así “el Comité de la CDPD en la Observación General 1 refiere que deben confluír las siguientes situaciones para que nos encontremos ante ello: 1) basta una sola decisión para arrebatarle a la persona que padece una discapacidad mental de su capacidad jurídica, 2) nombramiento de un tercero incluso en contra de su voluntad que lo habilita a reemplazarlo en la toma de decisiones; y 3) la decisión de este tercero se fundamenta en lo que este pondera devendría en un “interés superior” respecto de la persona mas no en las inclinaciones de este” (Bregaglio y Constantino, 2022, p. 162). Situaciones que confluyen en el siguiente caso, se le despoja a Rocío Bernales de su capacidad jurídica pretendiendo justificar así su internamiento involuntario por haber retenido a su madre, una de sus hermanas decide por ella su internamiento en la mencionada casa de reposo y en aras de proteger su integridad es que justifica aquello, a pesar que se da en contra de la voluntad de la Sra. Bernales.

Resulta paradójico que el TC “no mida con la misma vara” a todas las personas considerando que cuando las hermanas de la denunciante alegaron que su madre, quien también padece de esquizofrenia, les había referido que venía siendo maltratada hayan tomado esta declaración y su encierro como un factor que se constituía un peligro para terceros, además de lo referido líneas arriba; y por ello es que opta por seguir la postura tanto de la Fiscalía como de los órganos judiciales intervinientes. Pero, cuando Rocío Bernales dijo que fue trasladada a la fuerza y sin su consentimiento no se evidencia un animus por indagar más allá respecto de la situación y constatar el estado en el que se encuentra tanto ella como su madre, quien también había señalado que se encontraba en el referido centro en contra de su voluntad; empero lo que sí se evidencia es un trato a

todas luces estigmatizante y paternalista respecto de quienes padecen una enfermedad mental. A su vez, lo más idóneo hubiera sido que el TC al igual que en el Caso Cayotopa hubiese convocado a una Junta Médica que pueda esclarecer un diagnóstico más certero respecto de la Sra. Bernales, para que sobre esa base se le brinde el tratamiento más propicio respecto de su enfermedad porque si bien se habla de esquizofrenia paranoide también se alude que la historia clínica estaba incompleta y todo se resume al diagnóstico de un solo médico. Finalmente, es recién con la emisión de la sentencia que el novio de la demandante podrá visitarla, situación que se contrapone al artículo 22 de la Ley de Salud Mental, que señala que es importante garantizar que los establecimientos de salud mental se conduzcan preservando el vínculo familiar y comunitario.



CONCLUSIONES

A través del análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre los años 2020-2021, en relación con el internamiento involuntario de aquellos que padecen una “enfermedad mental” podemos señalar que:

1. Nuestro máximo ente interpretativo de la Constitución persiste en el error de mantener una visión desactualizada de la discapacidad, ya que si bien ha querido tomar una postura de rechazo hacia el modelo medico rehabilitador; de sus fallos hemos podido advertir que aún existe un impacto de dicho modelo que se ha traducido en justificar el “internamiento” como mecanismo de resguardo para la persona y sociedad frente a los peligros que supone el padecer una enfermedad mental.
2. La ratificación de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” supuso un cambio en el paradigma enfocado en los derechos humanos, respecto de cómo deben ser vistas y tratadas las personas que padecen de una discapacidad mental en la sociedad. Por ello, resulta preocupante que en los pronunciamientos de nuestros órganos de justicia, se mantengan aquellos estigmas que rodean a las enfermedades mentales y que solo generan discriminación y prejuicios hacia aquellos que las padecen.
3. El Tribunal Constitucional evidencia un carácter paternalista respecto de aquellas personas que tienen una discapacidad mental, situación que se repite en sus familias; y que ha impedido que puedan tener una vida lo más independiente, autónoma y a insertarse en la comunidad en las mismas condiciones que los demás. “Proteger”, no debería suponer tomar decisiones o justificarlas en base a estereotipos que se amparan en sesgos perpetuados de manera sistemática respecto a un grupo humano; las sociedades avanzan y en conjunto con ello las decisiones judiciales deberían avanzar y adaptarse a estas nuevas dinámicas también, con el único propósito de que todos puedan acceder a la misma justicia sin distinción alguna. modernas e
4. Cuando a una persona no se le permite determinarse a sí misma por el hecho de padecer una deficiencia mental, lo que ocurre es que se le esta

negando su dignidad como persona y por ende que otros derechos se vean desprotegidos y/o vulnerados. No reconocer el derecho a la autonomía, a la capacidad jurídica y al igual reconocimiento como persona ante la ley, dejándose guiar por prejuicios que existen respecto de aquellos que padecen enfermedades del tipo mental, solo genera que medidas como el internamiento involuntario sigan ocurriendo en establecimientos de salud a pesar de no contar con el consentimiento “libre” y “voluntario” del paciente para ello; vulnerando así derechos como la libertad, la salud, la integridad y a no ser discriminados.



RECOMENDACIONES

A la fecha, si bien contamos con un marco normativo amplio que protege a las personas con discapacidad y que tiene como meta lograr su plena inclusión en la sociedad y el respeto por sus derechos fundamentales, existen aún obstáculos que no han permitido el cumplimiento efectivo del mismo. Ya que, no solo se trata de tener un amplio marco legal sino de hacerlo efectivo llegado el momento. Siendo así debería primar el respeto a la capacidad jurídica que ampara a todas las personas a poder tomar decisiones más allá de tener una discapacidad o no, y aquellas situaciones que requieran una medida como lo es internamiento de una persona con motivo de una emergencia psiquiátrica deberían ceñirse estrictamente a ello.

No debería ocurrir que haciendo un mal uso de dicha condición médica, un paciente que padece de una enfermedad mental se le deban desconocer y restringir derechos sabiendo que por sobre todo debe primar su expresa manifestación de voluntad para decidir sobre su tratamiento.

Por ende, es pertinente que el Tribunal Constitucional no solo diga que es un fiel garante de los derechos de las personas con discapacidad, sino que en la práctica cumpla con aquello cuando le lleguen casos donde medien interdicciones, donde se asuman interdicciones informales y donde deba aplicar la normativa respecto de la figura de los apoyos y salvaguardias, claro que una vez hecha la consulta a la persona y esta manifieste estar de acuerdo con ello.

Ha sido continuo en el análisis de las sentencias realizadas en la presente investigación observar la postura que han tomado las familias respecto del miembro que padece una discapacidad mental, sea suprimiéndoles su autonomía para tomar decisiones, segregándolas o pretendiendo mantenerlas ingresadas en establecimientos de salud mental dado los prejuicios que supone tener una enfermedad de ese tipo. Empero, olvidan el papel determinante que tienen en la vida de su familiar y la importancia que supone su acompañamiento para lograr su inclusión plena en la sociedad; así como su empoderamiento frente a situaciones donde deban hacerle frente al estigma y la discriminación. Por ello, promover campañas de apoyo familiar y de sensibilización enfocadas tanto a la sociedad en general como a nuestros operadores de justicia resulta esencial e indispensable que se realicen por parte del Estado; en aras de cumplir

con la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, así como con el marco normativo vigente.

BIBLIOGRAFÍA

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018). Observacion general num. 5 (2018) sobre la igualdad y la no discriminacion.

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/119/08/PDF/G1811908.pdf?OpenElement>

Defensoría del Pueblo. (2005). Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial N.º102.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1175477/informe_10220200801-1197146-la2ijq.pdf?v=1596318680

MINSA. (2005). Derechos Humanos y Derechos a la Salud. Marco conceptual, aspectos metodológicos y alcances operativos. Cuaderno de Promoción de Salud N°16.

http://bvs.minsa.gob.pe/local/PROMOCION/217_CPS16.pdf

Naciones Unidas. Informe del Relator especial sobre el desarrollo de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. (2019).

<https://consaludmental.org/centro-documentacion/informe-relator-especial-derecho-salud-mental-abril-2020/>

Suprema Corte de Justicia de la Nacion. (2014). Protocolo de actuacion para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad.

https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf

Defensoría del Pueblo. (2005). Salud Mental y Derechos Humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental. Informe Defensorial N.º102.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1175477/informe_10220200801-1197146-la2ijq.pdf?v=1596318680

Defensoria del Pueblo. (2018). El Derecho a la Salud Mental. Supervision de la Implementacion de la Politica Publica de Atencion Comunitaria y el Camino a la Desinstitucionalizacion.

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-Nº-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf>

OMS. (2001). Clasificacion Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. https://aspace.org/assets/uploads/publicaciones/e74e4-cif_2001.pdf

Acuña, E., Bregaglio, R., Olivera, J. (2012, agosto). Los derechos de las personas con discapacidad mental. Manual para aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú. Instituto de Democracia

y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/manual_salud_mental02.pdf

Victoria, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. Boletín Mexicano de Derecho Comparado(138), 1093-1109.

Salmon, E., Palacios, A., Salas, D., Del Águila, L., Bregaglio, R., De Asís, R., Tovar, T., Vasquez, A., Astorga, L. (2015, enero). Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
<https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/11/09211256/libro-discapacidad-pdf-version-capitulo1.pdf>

Fraga, Antonio. Y Lamas, M. (1999). El Consentimiento Informado (El consentimiento del paciente en la actividad medico-quirurgica). Revista Juridica Galega.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). Observacion general sobre el articulo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjlh4WKh-iBAxXCCdQKHYN0D7EQFnoECEIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FHRBodies%2FCRPD%2FGC%2FDGCArticle12_sp.doc&usq=AOvVaw17wRbFwSpxlhAIUzOiyq1q&opi=89978449

Rubio, Marcial. (2013, diciembre). Para conocer la Constitución de 1993. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú.

Landa, C. (2017, marzo). Los derechos fundamentales. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (2018, febrero). Relator especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo: Una Introducción al Mandato.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/SRRRightDevelopment_IntroductiontoMandate_SP.pdf

Defensoría Provincial de Buenos Aires. (s/f). Derecho a la Libertad Personal.
https://www.defensorba.org.ar/micrositios/pronunciamientosddhh/12.html#:~:text=La%20libertad%20personal%20constituye%20uno,sus%20libres%20opciones%20y%20convicciones.&as_qdr=y15

Organización Mundial de la Salud. (2022, 21 de enero). Esquizofrenia.
<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/schizophrenia>

MINSA. (2005). Derechos Humanos y Derechos a la Salud. Marco conceptual, aspectos metodológicos y alcances operativos. Cuaderno de Promoción de Salud N°16.
http://bvs.minsa.gob.pe/local/PROMOCION/217_CPS16.pdf

INSM H.D.- H.N. (1995). Manual para el programa psicoeducativo a familiares de pacientes esquizofrenicos cronicos. <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/2609.PDF>

Ministerio de Salud Presidencia de la Nación. (2010). Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y Salud Mental.

<https://www.redsaludmental.org.ar/wp-content/uploads/2015/09/2010-instrumentos-internacionales-ddhh-y-SM.pdf>

OPS. Protección y promoción de Derechos Humanos en Salud Mental. (2023, 11 de mayo).

<https://www.paho.org/es/documentos/folleto-proteccion-promocion-derechos-humanos-salud-mental>

INSM. (2015). Nota de Prensa N°029.

<https://www.insm.gob.pe/oficinas/comunicaciones/notasdeprensa/2015/030.html>

CDC. (s/f). Alzheimer's Disease and Related Dementias. Centers for Disease Control and Prevention.

<https://www.cdc.gov/aging/aginginfo/alzheimers.htm#:~:text=Alzheimer%27s%20disease%20is%20the%20most,and%20respond%20to%20the%20environment>

Folch, J., Ettcheto, M., Petrov, D., Abad, S., Pedros, I., Marin, M., Olloquequi, J., Camins, A. (2018, 11 de Mayo). Una revisión de los avances en la terapéutica de la enfermedad de Alzheimer: estrategia frente a la proteína β -amiloide. Neurología. 33(1), 1093-1109.

https://conadisperu.gob.pe/observatorio/wp-content/uploads/2019/10/03_165.pdf

De la Luz, M. y Zúñiga, T. (2017, 13 de junio). EL RESPETO A LA AUTONOMIA EN EL MANEJO DE ANCIANOS CON DEMENCIA. Revista Colombiana de Bioética, vol.12, num.2.

<https://www.redalyc.org/journal/1892/189253851004/html/>

APT. (2016). Simposio Jean-Jacques Gautier para los MNP 2016. El monitoreo de las instituciones psiquiátricas. Asociación para la prevención de la tortura.

<https://www.apt.ch/sites/default/files/publications/report-ijg-symposium-2016-es.pdf>

CIDH. (2018). CUADERNILLO DE JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N°10: INTEGRIDAD PERSONAL. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo10.pdf>

SEGG. (2023). Documento Técnico Cuidado sin Sujeciones 2023. Sociedad Española de Geriatría y Gerontología.

https://www.segg.es/media/descargas/A5_Guia-Cuidado-sin-sujeciones.pdf

Méndez, E. (2013, 1 de febrero). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas Asamblea General.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9684.pdf>

Alzheimer's Disease International. (2003, febrero). La demencia y las discapacidades intelectuales.

<https://www.alzint.org/u/discapacidadesintelectuales.pdf>

Alvarez-Fernandez, B., Echezarreta, M., Salinas, A., López-Trigo, J.A., Marín, J.M. y Gómez-Huelgas, R. (2004). Principio de autonomía en las demencias avanzadas:

¿queremos para los demás lo que no deseamos para nosotros? Rev Esp Geriatr Gerontol, 39(2):94-100.

<https://derechoamorir.org/wp-content/uploads/2018/03/2004-autonomia-demencia-avanzada.pdf>

Cuenca, P. (2014). LA CONFIGURACION DE LOS APOYOS. Instituto de Derechos Humanos "Bartolome de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid.

<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/La-configuración-de-los-apoyos-Patricia-Cuenca.pdf>

Wilkinson, H. y Janicki, M. (2006). LOS PRINCIPIOS DE EDIMBURGO CON DIRECTRICES Y RECOMENDACIONES ADJUNTAS.

http://ardilladigital.com/DOCUMENTOS/CALIDAD%20DE%20VIDA/VARIOS/Hacia%20una%20calida%20vejez%20-%20calidad%20de%20vida%20para%20la%20persona%20mayor%20con%20retraso%20mental%20-%20FEAPS%20-%20libro/06%20capitulo_05%20Los%20principios%20de%20Edimburgo.pdf

OPS. (s/f). Demencia. Organizacion Mundial de la Salud.

<https://www.paho.org/es/temas/demencia#:~:text=La%20demencia%20es%20una%20de,dependencia%20entre%20las%20personas%20mayores.>

DSHS. (2022). Guia para la familia sobre el Alzheimer. Texas Health and Human Services.

<https://www.dshs.texas.gov/sites/default/files/alzheimers/Campaign-Materials/alzheimers-caregiver-brochure-sp.pdf>

Colegio de Psicologos de la Provincia de Cordova. (2018). PROTOCOLO DE INTERVENCION EN SITUACIONES DE CRISIS Y/O URGENCIA EN SALUD MENTAL. Obervatorio de Salud Mental y Derechos Humanos.

<http://observatoriosmyddhh.org/wp-content/uploads/2021/07/Protocolo-de-atencion-en-situaciones-de-crisis-y-o-urgencia-en-salud-mental.pdf>

Sotomayor Acosta, J. O. (2016). Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable. Nuevo Foro Penal, 12(48), 199–213.

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4115>

MHA. (s/f). Esquizofrenia: Lo que Usted Necesita Saber.

<https://mhanational.org/esquizofrenia-lo-que-usted-necesita-saber>

National Institute of Mental Health. (s/f). La esquizofrenia.

<https://www.nimh.nih.gov/health/publications/espanol/la-esquizofrenia>

Tribunal Constitucional. (2020). Sentencia del Expediente N° 05048-2016-PA/TC. En:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/05048-2016-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (2020b). Sentencia del Expediente N° 01833-2019-PHC/TC. En:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01833-2019-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2021). Sentencia del Expediente N° 01729-2018-PHC/TC. En:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/01729-2018-HC.pdf>

Tribunal Constitucional. (2021). Sentencia del Expediente N° 03043-2017-PHC/TC. En:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03043-2017-HC.pdf>

Estrada, C., Martínez-Cardona, M., Muñoz-Avendano, N., López, J., Velez-Velasquez, A. (2020, 28 de junio). Revista Avft Archivos Venezolanos de Farmacología y Terapéutica, Volumen 39, número 5, 2020.
https://www.revistaavft.com/images/revistas/2020/avft_5_2020/20_relaciones.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2020). Desinstitucionalización de la atención psiquiátrica en América Latina y el Caribe, Organización Mundial de la Salud.
https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53027/9789275323014_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

ONU. (2020). Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad. Naciones Unidas Derechos Humanos Procedimientos Especiales.
<https://social.desa.un.org/sites/default/files/migrated/15/2020/10/Access-to-Justice-SP.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2022). Vigésimo Sexto Informe Anual 2022.
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/ConsolidadoIA2022.pdf>

Poder Judicial del Perú. (2019). II Congreso Nacional sobre Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad. Comisión Permanente Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6ebc2c004bc3b414a24be3e93f7fa794/DIAPOSITIVAS-II-CONGRESO-JUSTICIA-DISCAPACIDAD-comprimido.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6ebc2c004bc3b414a24be3e93f7fa794>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 04 de julio). Caso Ximenes Lopes vs. Brasil). En:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf

Zevallos, S. (2019, 23 de setiembre). LAS PERSONAS A PARTIR DE LOS 65 AÑOS PODRÍAN PADECER LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER. Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado.
<https://www.insm.gob.pe/oficinas/comunicaciones/notasdeprensa/2019/023.html>