



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL,
PARA ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA**

Sandra Natalia Suarez Tarquino

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho
Bogotá, Colombia
2012**

**INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL,
PARA ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA**

Sandra Natalia Suarez Tarquino

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director: Doctor en derecho Elliot Parra Avila

Línea de Investigación: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho
Bogotá, Colombia
2012

Para mi ángel de sueños e ilusiones que
cada mañana llena mi vida de alegrías y
bendiciones, por su candidez y su ternura
para ti Vale.

Resumen y Abstract

RESUMEN

Este trabajo pretende analizar el actuar del Estado frente a la protección del derecho a la salud, particularmente a personas privadas de la libertad que padecen de enfermedades mentales. Por lo anterior este documento definirá desde los campos médico, jurídico y criminalístico las categorías de enfermedad mental y derecho a la salud mental, la situación jurídica y carcelaria que actualmente rodea esta población y las garantías legales que existen a nivel interno e internacional para la protección de esta minoría altamente vulnerable, para concluir con algunas recomendaciones y conclusiones que buscan humanizar las normas que se apliquen a esta población con el fin de obtener una mejor calidad de vida y la conversión de estos sitios de hacinamiento y pocas oportunidades en centros de rehabilitación para quienes padecen estas enfermedades.

Palabras claves: Enfermedad mental, inimputabilidad, salud mental, vulnerabilidad, privación de la libertad, tratos inhumanos y degradantes

ABSTRACT

This work tries to analyze to act of the State opposite to the protection of the right to the health, particularly to persons deprived of the freedom who suffer from mental illnesses. For previous this document will define from the fields medically, juridically and crime the categories of mental illness and right to the mental health, the juridical and prison situation that nowadays surrounds this population and the legal guarantees that exist to internal and international level for the protection of this highly vulnerable minority, to conclude with some recommendations a

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

conclusions that seek to humanize the procedure that are applied to this population in order to obtain a better quality of life and the conversion of these sites of accumulation and few opportunities in centers of rehabilitation for whom they suffer these diseases

Key words: Mental illness, unimputability, mental health, vulnerability, privation of the freedom, inhuman and degrading treatments.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	11
PRIMERA PARTE	13
1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMA.....	13
PROBLEMA JURÍDICO.....	15
HIPÓTESIS.....	15
1.2 JUSTIFICACIÓN.....	15
1.3 MARCO TEÓRICO	16
1.3.1 REFLEXIÓN MÉDICA INSTITUCIONAL SOBRE LA ENFERMEDAD MENTAL.....	17
1.3.1.1 Conceptos de Salud Mental y Enfermo Mental	17
1.3.1.2 La salud mental como problema médico en América Latina	22
1.3.1.3 El enfermo mental y la propuesta de desinstitucionalización	25
1.3.2 LA ENFERMEDAD MENTAL Y SU LECTURA DESDE EL DERECHO PENAL.....	30

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

1.3.2.1 Aspectos preliminares.....	30
1.3.2.2 Imputabilidad: escuelas de derecho penal y noción de libre albedrío	32
1.3.2.2.1 Inimputabilidad en el sistema jurídico colombiano	35
1.3.2.2.2 Valoración del juez e Inimputabilidad disminuida	39
1.3.3 MARCO DE UNA LECTURA CRIMINOLÓGICA RESPECTO AL PROBLEMA DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD	43
1.3.3.1 Necesidad de la pena y control social	43
1.3.3.2 Planteamiento extrajurídico del problema de la enfermedad mental en las instituciones de reclusión	46
1.3.4 EL DERECHO A LA SALUD MENTAL	48
1.3.4.1 Del derecho a la salud al Derecho a la salud mental	48
1.3.4.2 Instrumentos del derecho a la salud mental.....	51
1.3.4.3 Principios de derecho aplicables al caso de los enfermos mentales ...	55
1.3.4.3.1 Derecho a la Salud y panorama de derechos de los enfermos mentales.....	58
1.3.4.3.2 Atención, diagnóstico, y suministro de medicamentos	63
1.3.4.3.3 Tratamiento individual y exclusión del encierro	65
1.3.4.3.4 Capacidad jurídica, tutela innecesaria y consentimiento informado	67

Contenido

1.3.4.3.5 Protección contra tratos inhumanos y degradantes	69
SEGUNDA PARTE	70
2.1 DERECHOS DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN EL MARCO LEGAL COLOMBIANO	70
2.1.1 ASIMILACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES	71
2.1.2 ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	74
2.1.3 APORTES JURISPRUDENCIALES	76
2.1.3.1 Atención a la situación médica y de vulnerabilidad	78
2.1.3.2 Obligaciones de las autoridades administrativas	81
2.1.3.2.1 La doctrina de la relación de sujeción	82
2.1.3.3 Lectura de la crisis penitenciaria	84
2.2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD	87
2.2.1 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO A LA SALUD MENTAL	88

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

2.2.2 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS.....	92
2.2.3 LA SITUACIÓN ESTATAL FRENTE AL PROBLEMA.....	94
2.2.3.1 Respuesta estatal ante la crisis.....	94
2.2.3.2 Compromisos incumplidos por el Estado Colombiano y el tema de la tortura.....	95
2.3 HERRAMIENTAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL CON QUE CUENTAN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PRIVADAS DE LA LIBERTAD.	98
2.3.1 DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL.....	98
2.3.2 CORRECTA ATENCIÓN, DIAGNÓSTICO Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS.....	100
2.3.3 TRATAMIENTO INDIVIDUAL Y EXCLUSIÓN DEL ENCIERRO	102
2.3.6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA SALUD MENTAL.....	103
2.3.7 LA ACCIÓN DE TUTELA Y DERECHO DE PETICIÓN	105
TERCERA PARTE	107
3.1 CONCLUSIONES.....	107
3.1.1 CONCLUSIONES GENERALES	107

Contenido

3.1.2 CONCLUSIONES RESPECTO A LA CRISIS CARCELARIA Y DE SALUD FRENTE AL PROBLEMA DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD.	109
3.1.3 CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS	110
3.2 RECOMENDACIONES.....	113
Bibliografía	1
TABLA DE FIGURAS.....	11

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo realizará un análisis de la actual situación de cumplimiento del derecho a la salud mental de los enfermos mentales privados de la libertad a la luz de los principios y derechos fundamentales; razón por la cual el objetivo general de investigación consiste en establecer la forma como el Estado colombiano garantiza el derecho a la salud de los enfermos mentales privados de la libertad, de acuerdo a la legislación vigente en el país y a los estándares internacionales; para llegar a este objetivo dentro del trabajo de investigación debió organizarse un marco de normas jurídicas nacionales y de derecho internacional orientadas a población discapacitada privada de la libertad, precisando cuál es su nivel de garantía y delimitando cuáles de dichos derechos de aplicación general, reconocidos como relativos a la salud mental, son aplicables también en el caso concreto aquellos que se siendo enfermos mentales se encuentran privados de la libertad.

Para dar cumplimiento a este propósito, el presente texto se ha dividido en tres partes: la primera de ellas permitirá definir desde los campos médico, jurídico y criminalístico las categorías de enfermedad mental y derecho a la salud mental, delimitando los objetivos, problemática y justificación de investigación, así como mostrando una elaboración del marco referencial del trabajo. En esta primera parte del trabajo se establecen los principios que se vinculan al caso específico del derecho a la salud mental para los enfermos mentales.

En la segunda parte del trabajo, se mostrará el desarrollo de cada uno de los objetivos específicos de investigación, los cuales se encuentran orientados a establecer cuáles son los derechos que deben ser garantizados a los enfermos mentales privados de la libertad, cuál es la situación actual que ofrece el sistema jurídico y carcelario a dicha población en Colombia, y cuáles son los instrumentos con que dicha población cuenta para defender y exigir sus derechos.

Como reto impuesto dentro del conjunto de objetivos de investigación en la realización del presente trabajo, se debe resaltar el de ofrecer una panorámica de la legislación penal y penitenciaria en relación con la población de enfermos mentales privados de la libertad, sus desarrollos y fuentes de derecho internacional, jurisprudencial y constitucional.

Agotada la exposición y desarrollo de los objetivos de investigación, en la tercera parte del trabajo se mostrará para su discusión un conjunto de conclusiones y recomendaciones desde las cuales se plantea establecer la forma como fueron cumplidos los objetivos de trabajo y las formas como desde el mismo se pretende brindar respuesta a la problemática planteada en su inicio.

Introducción

PRIMERA PARTE

“Con el texto escueto de la ley pareciera que el manicomio (y la cárcel) es un simple deposito y que, por la simple influencia de la reclusión puede ocurrir que a un individuo le “desaparezca el peligro”. O que ello nunca ocurra y muera allí, olvidado por su familia y por el mundo...” (Terragni, 2009, pág. 87)

1.1 DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMA

Aunque corresponde al sistema de justicia colombiano un papel importante en el mantenimiento del orden y la conservación del equilibrio social, mediante la corrección de las conductas que tanto para dicho sistema como para el conjunto social pueden resultar “desviadas” o “negativas”, es cierto también que su acción tiene unos límites que no pueden obviarse o transgredir ni menos aplicarlos a su libre arbitrio; por esto, trátase de alguien que haya ejecutado un hecho punible o no, resulta primordial esencial que quien ejerce la función de autoridad y vigila el cumplimiento de las penas, no pierda de vista que dentro de todas las acciones que adelanta, debe estimarse que también los imputados son seres humanos que tienen derechos que deben ser respetados.

Bajo estas consideraciones es oportuno precisar y subrayar, que el riesgo de transgresión de los derechos por parte de los agentes del Estado es aún mayor para quienes padecen de enfermedades mentales o trastornos severos de la conducta, quienes por contravenir el orden jurídico, se encuentran privados de la libertad; resulta evidente que la población interna de las cárceles y penitenciarías del país que padece de enfermedades mentales y se encuentran purgando penas o en detención preventiva se hallan en claro estado de vulnerabilidad e indefensión frente a la normatividad vigente y también frente al Estado y sus agentes.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Por esto, para la población mencionada, el proceso de juzgamiento, sentencia y condena no solo debe involucrar mecanismos de resocialización, sino que además debe contemplar el tratamiento y rehabilitación de tipo médico, al tiempo que debe encontrarse bajo la responsabilidad de personal calificado; además debe disponer de los medios técnicos y científicos que procuren la restitución de la salud mental del interno con arreglo a los parámetros que en materia de salud la ley establece. Se trata entonces de una situación de tratamiento penal especial: el cumplimiento de la potestad penal del Estado, puesta sobre un conjunto de garantías en salud.

Respecto a la garantía y atención de la salud mental de los reclusos, la información preliminar recolectada no muestra datos muy halagadores: situación grave de garantía de derechos muchas veces calificado de “estado de cosas inconstitucional” en los centros de reclusión, déficit de personal especializado destinado a la tarea de brindar el tratamiento oportuno y adecuado, falta de control en manejo de fármacos (Defensoría del Pueblo, 2010); además ante una clara confusión entre la función de servicio médico y labor de custodia, existe un problema de identificación de la responsabilidad administrativa frente a este tipo especial de presos.

Por lo tanto, se cuestiona si existen condiciones adecuadas 1) para el proceso de resocialización de los enfermos mentales que son privados de la libertad, 2) así como para aquellos que estando reclusos desarrollan trastornos mentales. Frente a esta situación, debe recordarse que los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, establecen la protección especial por parte del Estado para las personas que adolecen este tipo de afección.

La protección, atención y asistencia a las personas con discapacidad mental, está justificada en que sus deficiencias mentales pueden hacerlos blanco de agresiones, o convertirlos en posibles ejecutores de las mismas. Así, es posible

Primera Parte

plantear en el siguiente trabajo una formulación de tipo jurídico que guiará el desarrollo del presente ejercicio de investigación, así como la elaboración de objetivos de investigación..

PROBLEMA JURÍDICO

¿De acuerdo a la legislación vigente en el país y a los estándares internacionales, el Estado colombiano garantiza el derecho a la salud mental y cumple con sus obligaciones en relación con los enfermos mentales privados de la libertad?

HIPÓTESIS

El eje de la problemática de insatisfacción de requerimientos en el derecho a la salud a los discapacitados mentales privados de la libertad radica en el marco general de salud brindado por la ley 100 de 1993, desde el cual existe un desconocimiento de garantías a la salud mental (Obsérvese numeral 3.1.3)

1.2 JUSTIFICACIÓN

Visiblemente, la población que dentro del presente trabajo será caracterizada como enfermos mentales privados de la libertad, constituye un grupo de personas con una clara vulnerabilidad respecto a sus derechos; por esta razón el propósito que se ha fijado para el presente trabajo, consistente en mostrar que el conjunto de herramientas legales de las cuales disponen este tipo de personas privadas de la libertad, constituye un claro avance dentro de la doctrina jurídica que puede posibilitar la exigencia de derechos por parte de la población en referencia.

Para operadores jurídicos y personas dedicadas al análisis del sistema carcelario, el presente trabajo puede servir de guía, dado que apoya la ubicación y descripción de un conjunto de principios que pueden ayudar a orientar a la plena realización del derecho a la salud mental; así en la práctica jurídica, el presente trabajo muestra el conjunto de derechos que se hacen exigibles, no sólo de aquellas personas a las que el sistema penal debe privar de la libertad, sino

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

también a aquellas que estando privadas de la libertad padecen enfermedad mental sobreviniente.

Además del cumplimiento de un requisito para optar un título de posgrado, el ejercicio de investigación permitirá a quién lo elabora, ubicar en un caso concreto, por demás orientado a una población en particular situación de vulnerabilidad, uno de los aspectos más relevantes y de gran producción y actual en el discurso de los derechos humanos: el derecho a la Salud; justamente en el momento en que dentro del ámbito legislativo se plantea con frecuencia sobre la conveniencia de una reforma a la ley 100 de 1993.

1.3 MARCO TEÓRICO

El presente marco contiene las herramientas conceptuales necesarias para dar cumplimiento a los objetivos de investigación. El marco inicia explicando en el campo médico, la noción de “enfermedad mental” a partir de los criterios de clasificación elaborados por organizaciones internacionales de Salud, especialmente la Organización Panamericana de Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), que se han interesado por desarrollar conceptos relacionados con la salud mental.

Posteriormente, en el numeral 4.1.2, se realizará una precisión teórica, en el ámbito jurídico, de la noción de enfermedad mental, la cual gira alrededor de la noción de imputabilidad y con la cual se establecerá en qué casos el ordenamiento jurídico penal colombiano otorga relevancia a la enfermedad mental. Después de la aclaración jurídica, en el tercer apartado del marco, se intentará ubicar la problemática de investigación desde el ámbito criminológico. El marco teórico culminará con un aparte donde se establecen cuáles son los principios que determinan el derecho a la salud mental.

Primera Parte

1.3.1 REFLEXIÓN MÉDICA INSTITUCIONAL SOBRE LA ENFERMEDAD MENTAL

1.3.1.1 Conceptos de Salud Mental y Enfermo Mental

Para establecer una definición de salud mental, se partirá de la definición de Salud dada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en cuyos primeros párrafos del preámbulo se establece también la definición del derecho a la salud:

“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

“El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social” (OMS, Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 2006).

La definición muestra tres dimensiones dentro del derecho a la salud: la atinente al carácter físico de la salud individual; la dimensión mental del individuo; y, proyecta también una dimensión de carácter colectivo o social. Así, según la Constitución de la OMS, la salud debe satisfacer entonces los niveles físico, mental y social del sujeto, y por lo tanto, la salud mental se constituye en una esfera de la salud en general. Por otra parte, el artículo 12 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, establece que los estados partes de dicho instrumento “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; en el Pacto, no existe una alusión a la dimensión social de la salud, pero se separan muy bien las esferas física y mental de la Salud. Se puede observar también que tanto la Constitución de la OMS, como también el artículo 12 del Pacto Internacional mencionado, diferencian la salud mental de la física (CDESC, 2000, Artículos 4 y 17).

Además de depender y oponerse al criterio de salud mental, la enfermedad mental desde el punto de vista psiquiátrico, según Father, es un conjunto de

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

“trastornos mentales y conductuales que se consideran afecciones de importancia clínica, y se caracterizan por alteraciones de los procesos de pensamiento, de la afectividad (emociones) o del comportamiento. No son variaciones dentro de lo que llamamos “normalidad” sino fenómenos claramente anormales o patológicos. Sin embargo, un episodio de comportamiento anormal no define la existencia de un trastorno mental o del comportamiento. Para clasificar como tal, estas alteraciones deben ser duraderas o recurrentes y deben causar angustia personal o alteraciones del funcionamiento en un o más aspectos de la vida” (Fahrer, 2003, pág. 5)

En la figura 1, se muestra la estructura de la definición médica de enfermedad mental, la cual se ha realizado intentando establecer los elementos

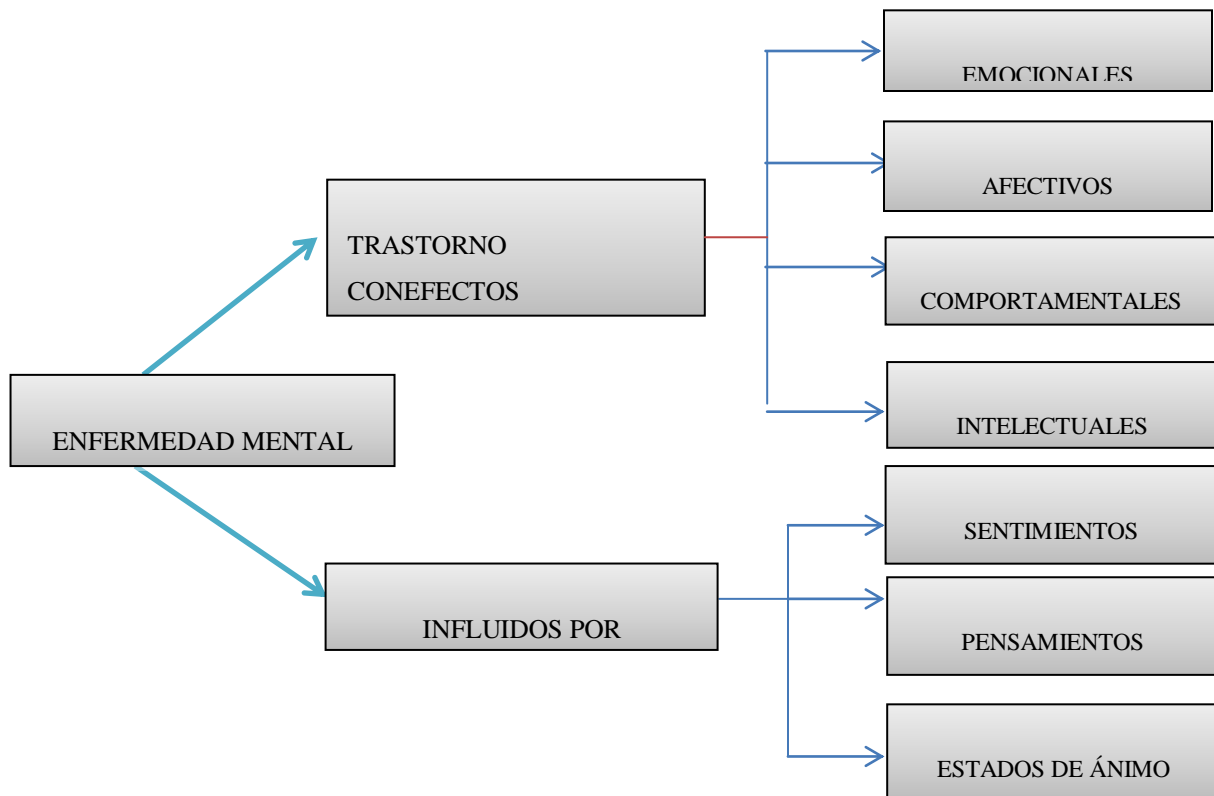


Figura 1. Elementos del concepto de enfermedad mental, basado en la definición de Fahrer (2003)

Establecidos los conceptos de salud y salud mental, así como el de enfermedad mental, dentro de los organismos de normalización en salud existen estándares para determinar los distintos tipos de enfermedad mental; tomando un ejemplo,

Primera Parte

uno de estos estándares fue desarrollado para América Latina por la Asociación Psiquiátrica de América, y es la Guía Latinoamericana de Diagnóstico Psiquiátrico, otros estándares para determinar los tipos de enfermedad mental y sus categorías son según Funk (2004, pág. 48) la Clasificación Internacional de enfermedades elaborada por la OMS y el Manual diagnóstico y estadístico de la American Psychiatric Association. En la figura siguiente, se muestra la síntesis de las distintas categorías de enfermedades mentales que contempla la Asociación Psiquiátrica de América en su guía latinoamericana de diagnóstico psiquiátrico.

**Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en
Colombia**

ORGÁNICOS, INCLUYENDO LOS SINTOMÁTICOS	TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO DEBIDOS AL USO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS	ESQUIZOFRENIA, TRASTORNOS ESQUIZOTÍPICOS Y TRASTORNOS DELUSIVOS	TRASTORNOS DEL HUMOR (AFECTIVOS)	TRASTORNOS NEURÓTICOS, RELACIONADOS CON EL ESTRÉS, Y TRASTORNOS SOMATOMORFOS
<ul style="list-style-type: none"> •Demencia en la enfermedad de Alzheimer •Demencia vascular •Demencia, no especificada •Síndrome amnésico orgánico, no inducido por alcohol o por otras sustancias psicoactivas •Delirium no inducido por alcohol o por otras sustancias psicoactivas •Otros trastornos mentales debidos a lesión o disfunción cerebral o a enfermedad física •Trastornos de la personalidad y del comportamiento debidos a enfermedad o a lesión o disfunción cerebral •Trastorno mental orgánico 	<ul style="list-style-type: none"> •Debidos al uso de alcohol •Debidos al uso de opiáceos •Debidos al uso de cannabinoides •Debidos al uso de sedantes o hipnóticos •Debidos al uso de otros estimulantes, incluida la cafeína •Debidos al uso de alucinógenos •Debidos al uso de tabaco •Debidos al uso de disolventes volátiles •Debidos al uso de múltiples drogas o de otras sustancias psicoactivas 	<ul style="list-style-type: none"> •Esquizofrenia •Trastorno esquizotípico •Trastornos delirantes (delusivos) persistentes (prolongados) •Trastornos psicóticos agudos y transitorios •Trastorno delirante (delusivo) inducido •Trastornos esquizoafectivos •Otros trastornos psicóticos de origen no orgánico. •Psicosis de origen no orgánico, no especificada. 	<ul style="list-style-type: none"> •Episodio maníaco [único] •Trastorno afectivo bipolar •Episodio depresivo •Trastorno depresivo recurrente •Trastornos del humor (afectivos) persistentes •Otros trastornos del humor (afectivos), especificados •Trastorno del humor (afectivo), no especificado. 	<ul style="list-style-type: none"> •Trastornos fóbicos de ansiedad •Otros trastornos de ansiedad •Trastorno obsesivo compulsivo •Reacción al estrés grave y trastornos de adaptación •Trastornos disociativos (de conversión) •Trastorno de personalidad múltiple] •Trastornos somatomorfos •Otros trastornos Neuróticos

Primera Parte

SÍNDROMES DEL COMPORTAMIENTO ASOCIAD. CON ALTERACIONES FISIOLÓGICAS Y	TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD Y DEL COMPORTAMIENTO EN ADULTOS	RETRASO MENTAL	TRASTORNOS DEL DESARROLLO PSICOLÓGICO	TRASTORNOS EMOCIONALES Y DEL COMPORTAMIENTO QUE APARECEN EN
<ul style="list-style-type: none"> •Trastornos de la ingestión de alimentos •Trastornos no orgánicos del sueño •Disfunción sexual, no ocasionada por trastorno ni enfermedad orgánicos •Trastornos mentales y del comportamiento asociados con el puerperio, no clasificados en otra parte •Factores psicológicos y del comportamiento, asociados con trastornos o enfermedades clasificados en otra parte •Abuso de sustancias que no producen dependencia. •Síndromes del comportamiento asociados con alteraciones fisiológicas y factores físicos, no especificados 	<ul style="list-style-type: none"> •Trastornos específicos de la personalidad •Trastornos mixtos y otros trastornos de la personalidad •Cambios perdurables de la personalidad no atribuibles a lesión o a enfermedad cerebral •Trastornos de los hábitos y de los impulsos •Trastornos de la identidad de género •Trastornos de la preferencia sexual •Trastornos psicológicos y del comportamiento, asociados con el desarrollo y la orientación sexuales •Otros trastornos de la 	<ul style="list-style-type: none"> •Retraso mental leve •Retraso mental moderado •Retraso mental grave •Retraso mental profundo •Otros tipos de retraso mental •Retraso mental, no especificado 	<ul style="list-style-type: none"> •Trastornos específicos del desarrollo del habla y del lenguaje. •Trastornos específicos del desarrollo de las habilidades escolares •Trastorno específico del desarrollo de la función motriz •Trastornos específicos mixtos del desarrollo •Trastornos generalizados del desarrollo •Otros trastornos 	<ul style="list-style-type: none"> •Trastornos hipercinéticos •Trastornos disociales •Trastornos mixtos disociales y de las emociones •Trastornos emocionales de comienzo específico en la niñez •Trastornos del comportamiento social de comienzo específico en la niñez y en la adolescencia •Trastornos por tics •Otros trastornos emocionales y del comportamiento que aparecen habitualmente en la niñez y en la

Figura 2. Síntesis de las categorías de trastornos mentales según la Asociación Psiquiátrica de América (APAL, 2003 y APA, 1994)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

La figura 2, muestra las distintas enfermedades mentales y sus clasificaciones según los estándares establecidos por la APAL; nótese no sólo la diversidad de dichas patologías, sino sus causas y diferentes manifestaciones.

1.3.1.2 La salud mental como problema médico en América Latina

En general, dentro de América Latina y el Caribe, la situación de la salud mental de los habitantes no es muy satisfactoria: mientras en todo el mundo a las enfermedades mentales les corresponde un 13% del índice total de enfermedad o morbilidad, para América Latina el porcentaje de enfermedades mentales dentro del total es de un 22.2%. Además, se estima que solamente un 2% del presupuesto regional que se destina a la Salud, corresponde al tratamiento de las enfermedades mentales (Rodríguez, 2009, pág. 78) aunque a nivel internacional la OMS ha recomendado que el porcentaje mínimo que debe destinar un sistema de salud a enfermedades mentales debe ser del 8% o 10% (Cohen, 2009, pág. 113) además de los índices de morbilidad y de inversión, existen datos que muestran la importancia que demanda la atención de las enfermedades mentales en América Latina: en el año 2000, una de las enfermedades mentales más frecuentes, la depresión, se contaba como la cuarta principal causa de morbilidad en el continente;

Las proyecciones de las tasas de morbilidad en el continente muestran que para 2020, enfermedades mentales como la depresión harán tránsito a ocupar un lugar más importante dentro de las causales de morbilidad en el continente (Cohen, 2009); así la siguiente tabla , muestra cómo se estima que el impacto de las políticas de salud en el continente sugieren la desaparición de algunos factores de morbilidad, los cuales serán remplazados por enfermedades originadas en la contaminación y algunos aspectos ritmo de vida en las ciudades del hemisferio.

Primera parte

AÑO 2000	ESTIMACIONES PARA EL AÑO 2020
<ol style="list-style-type: none">1. Infecciones respiratorias2. Problemas perinatales3. VIH sida4. Depresión5. Diarrea infantil	<ol style="list-style-type: none">1. Problemas cardiacos2. Depresión3. Accidentes de transito4. Trastornos cerebrovasculares5. Problemas obstructivos crónicos ocasionados por el tabaco

Figura 3. Principales factores de morbilidad en el año 2000 y perspectivas para el año 2020 (Cohen, 2009, pág. 108)

Según un estudio realizado por Kohn y otros, (2005), estas proyecciones de aumento de los porcentajes de morbilidad

Podría obedecer a la transición epidemiológica, es decir, al desplazamiento de las enfermedades transmisibles por las enfermedades crónicas; a que se presta mayor atención a ciertos trastornos emergentes, tales como la violencia y el sida; y a un cambio en la estructura poblacional que lleva a que un mayor número de personas alcancen la edad que las coloca en riesgo de sufrir los trastornos mentales propios de la adultez (Kohn et al., 2005, pág. 230)

Se puede abrigar serias dudas respecto al cambio que muestra la proyección de la tasa de morbilidad y sobre su real cumplimiento en proyección al 2020, pues depende de los Estados del hemisferio reformar sus políticas de salud, y estos normalmente no muestran serios compromisos internacionales en relación con el tema de la salud; no sólo por el bajo presupuesto de inversión que destinan a los problemas de salud mental, sino por el desinterés por el tema les hace carecer de estudios y diagnósticos sobre la dimensión y características de la población local de enfermos mentales. Por ejemplo, en el año 2000, con ocasión de la celebración del año mundial de la salud mental de 2001, la OPS ordenó un estudio sobre el estado de la salud mental en todos los países de la comunidad; para la

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

compilación de dicho estudio sólo participaron un par de países, entre ellos México (Cohen, 2009), Colombia, Chile y Brasil; el primero de ellos aportó datos de todas sus ciudades, mientras que otros países solamente aportaron datos sobre una enfermedad y/o algunas ciudades; el estudio al que se está haciendo referencia se conoce como *Los trastornos mentales en América Latina y el Caribe: Asunto prioritario para la salud pública* (Kohn R, 2005) y fue publicado hasta el año 2005

Pese a la falta de compromiso de los Estados, a nivel internacional durante la primera mitad de ese decenio entraron en vigencia varios instrumentos internacionales para generar conciencia sobre la atención a los enfermos mentales, tales como los *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental de la ONU*.

Con grandes vacíos en los datos de cada país, algunos diagnósticos sobre la población afectada de enfermedades mental en América Latina (Rodríguez, 2009), muestran cifras similares a las que presenta la figura número 2, donde se detalla el total de enfermos mentales del continente y las principales enfermedades mentales que padecen

Adultos en América Latina y el Caribe que padecen enfermedades mentales/OMS	Cifras en millones
<i>Depresión mayor:</i>	31.1
<i>Alcoholismo</i>	31.1
<i>Distimia</i>	11.8
<i>Ansiedad generalizada</i>	8.8
<i>Trastorno obsesivo compulsivo</i>	6.1
<i>Trastorno de angustia</i>	5.4
<i>Abuso de drogas</i>	5.1

Primera parte

<i>Trastorno bipolar</i>	4.7
--------------------------	-----

Figura 4. Principales enfermedades mentales de la población de América Latina y el Caribe en millones de habitantes (Cohen, 2009, pág. 109)

Nótese que dentro del cuadro, el alcoholismo se entiende como un importante tipo de enfermedad mental, así como el abuso de drogas, aunque la legislación médica de varios países como México, lo estiman así (Cohen, 2009, pág. 108). Mientras tanto, la depresión, al igual que en las estadísticas mundiales, es la principal enfermedad mental, con una importante cifra de enfermos.

Al hacer una revisión de documentos publicados por instituciones técnicas de salud, especialmente de OMS y OPS (Cantón, 2009; Cohen, 2009 y Kohn, 2005), se encontró que los principales problemas relativos a la garantía de la salud mental se encuentran relacionados con el tema del tratamiento: por un lado, se encuentra el preocupante índice de acceso al tratamiento; por otro, están las confusiones sociales frente que imperan en relación al enfermo mental. En relación con el acceso al tratamiento, desde iniciada la primera década del siglo XXI, la OMS ha venido denunciando que en toda América Latina existe un alto déficit de atención a las personas que sufren enfermedades mentales y demandan atención médica y tratamiento (Cohen, 2009, pág. 109 y Kohn, 2005, pág. 235),

1.3.1.3 El enfermo mental y la propuesta de desinstitucionalización

Uno de los autores que con gran claridad describe los problemas de apreciación de tipo social respecto a la enfermedad mental en América Latina es Lawrence Gostin (2009); de igual manera, muchos de los pronunciamientos de la OMS en relación con la salud mental, han procurado hacer que socialmente se ofrezcan escenarios de inclusión al enfermo mental (OMS, 2006) (OMS, 2001) especialmente en la declaración de Caracas de 1990 dada en la Conferencia

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Regional para la reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina (En adelante Declaración de Caracas).

Para Gostin la falta de sensibilidad social respecto a la enfermedad mental radica en tres mitos que acceden su comprensión: el primero de ellos es el de la *peligrosidad* del enfermo mental, que es falso en tanto médicamente *“la población que tiene trastornos mentales es menos peligrosa que el resto de la sociedad”* (Gostin, 2009, pág. 26) sobre este mito de peligrosidad se asienta la idea de la necesidad de establecer políticas restrictivas de derechos para esta población. El segundo mito es la *desinstitucionalización*, pues existe cierta opinión generalizada frente a la poca eficacia del tratamiento aislado para los enfermos mentales, en centros de reclusión y manicomios; pero, no se ha llegado a institucionalizar su desaparición, para brindar mejores garantías, atención y servicios óptimos de salud mental. Un tercer mito, contrario al de peligrosidad, corresponde a la *incompetencia* civil, de decisión, contractual y de razonamiento:

“Nosotros, que comprendemos el tema del trastorno mental, entendemos que ellos sí tienen competencia (aunque esta competencia pueda verse disminuida en algunos aspectos, pero no en todos) y que hay que respetar sus capacidades, sus habilidades de tomar decisiones” (Gostin, 2009, pág. 26)

Las apreciaciones de Gostin coinciden con la postura institucional de la OMS en tanto este organismo ha recomendado que la competencia jurídica de las personas que sufren enfermedades mentales, basándose en el principio que *“Existen algunos derechos humanos que no admiten restricciones bajo ninguna circunstancia, como la prohibición de la esclavitud y de la tortura, y la libertad de pensamiento, conciencia y religión”* (OMS, 2006, pág. 17)

Obsérvese que los enfermos mentales, desde el concepto médico no deben ser totalmente privados de sus derechos civiles y facultades contractuales. Nótese también cómo desde el discurso médico se controvierte la política criminal

Primera parte

excluyente, pues en cierto modo se reflexiona sobre un replanteamiento de la competencia del enfermo mental, y desde otro se abre espacio para discutir si el encierro y aislamiento constituyen un efectivo medio para la resocialización o para el tratamiento del enfermo mental. Así, resulta importante señalar que respecto a la responsabilidad jurídica de los enfermos mentales, en opinión de varios profesionales de la salud y especialistas en derecho médico (Gostin, 2009 y Funk, 2004) se llama la atención frente a la necesidad de establecer diferencias en las penas que corresponden a los enfermos mentales, así como también se llega a proponer el no aislamiento y abandono de esta población por parte de las instituciones, pues es allí en el espacio residual de exclusión a que se ve sometida esta población, donde se hace imposible su rehabilitación (Cohen, 2009; Gostin, 2009 y Funk, 2004).

En relación con el no aislamiento como tratamiento para los enfermos mentales, los principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales, en su artículo 11 establecen que no se administrará ningún tratamiento sin consentimiento informado del paciente, salvo cuando exista un real un plan de tratamiento para efecto de aislar al sujeto; ante esto, los Principios establecen que este tipo de personas son denominadas “pacientes involuntarios”, y, en todo caso este tipo de pacientes tendrá derecho a representación personal, a ser informado sobre su tratamiento; igualmente, el párrafo 8 del artículo 11 establece que este tipo de tratamiento debe ser diagnosticado “por un profesional de salud mental calificado y autorizado por ley [quien determinará...] que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas”; en todo caso, el mismo párrafo establece que el “tratamiento no se aplicará más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito” (ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales, art. 11). Así mismo, la OMS en su *Manual de Recursos sobre Salud Mental* (2006) recomienda a los estados tomar medidas para cumplir con el ya mencionado artículo 11 de los principios para la protección de los Enfermos mentales, tales como el mejoramiento de la infraestructura en aspectos de salud mental, y la determinación clara de cuáles serán aquellos casos en los que se contemplar

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

excepcionalmente restricciones de tipo físico, las cuales “pueden autorizarse cuando se trata del único medio disponible para prevenir un daño inmediato o inminente contra sí o contra terceros, y cuando sean empleados por el período de tiempo necesario más corto posible” (OMS, 2006, pág. 73).

También, en otro instrumento de la OMS, denominado Declaración de Caracas del 14 de noviembre de 1990, que fue adoptada en la Conferencia sobre Reestructuración de la atención psiquiátrica en América Latina, establece en sus anotaciones 1 y 2, que “la atención psiquiátrica convencional no permite alcanzar los objetivos compatibles con una atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva; [...] que el hospital psiquiátrico, [...] obstaculiza el logro de [dichos] objetivos” (OMS, 1990, pág. 1)

Se debe resaltar la importancia que dentro de las reflexiones médicas en relación con la enfermedad mental, ocupa el que por Gostin fue llamado “mito de la desinstitucionalización” (Cohen, 2009, págs. 109-111) (Cohen, 2009, págs. 109-111); sobre desinstitucionalización, el alcance de la idea plantea la inutilidad de la reclusión como forma de tratamiento:

“La conferencia de Caracas. Y de los documentos derivados con posterioridad. Allí quedó demostrado que los hospitales psiquiátricos económicamente son ineficaces e ineficientes, son inadecuados y están distantes geográficamente y culturalmente de las personas. También ha quedado claro cómo en algunos países, incluso se violan sistemáticamente los derechos humanos. Hay una excelente fase del informe mundial de Salud de la OMS de 2001 que sintetiza esta trágica paradoja”

Nótese que en el aparte transcrito se vinculan dos instrumentos de carácter médico internacional, en los cuales se reafirma la tesis de la desinstitucionalización, entendida como el esfuerzo por intentar a un nivel máximo evitar el encierro como forma de tratamiento para los enfermos mentales; la desinstitucionalización no significa en ningún momento el

Primera parte

desconocimiento de los derechos de los enfermos mentales ni su abandono a otras instituciones de la sociedad por parte del estado, se trata de la comprensión social de la necesidad de afrontar la salud mental como una tarea de inclusión a cargo de la comunidad (Cohen, 2009) (Cohen, 2009, pág. 110) (Cohen, 2009)

Mientras que, como se explicará en el numeral 1.4.2 del presente trabajo, en el ámbito jurídico la medida de seguridad se traza con el fin de prevenir la reincidencia y de proteger a la sociedad en su conjunto, en el campo médico existe una marcada tendencia a evitar el encierro como solución y tratamiento para los enfermos mentales, tal como lo explica Ferreirós (2007), quien explica que dentro del tratamiento a los enfermos mentales ha imperado una tendencia que denomina “aislar” el cual se aplica en occidente desde los primeros años del siglo XV y se extendió durante todo el siglo XIX (Ferreirós, 2007, págs. 24-30), pero que ha ido cediendo espacio a una tendencia nacida de los grandes problemas psiquiátricos surgidos en Europa al culminar la segunda guerra mundial, donde las instituciones psiquiátricas por encontrarse demasiado congestionadas optaron oficialmente por mecanismos de tratamiento alternativos (Ferreirós, 2007, págs. 72-91) ; estos antecedentes de desinstitucionalización, ya desde los años sesenta del siglo XX, han dado en reforzar la convicción sobre la ineficiencia de la clínica psiquiátrica y el tratamiento de encierro, especialmente argumentada en tres hechos (Ferreirós, 2007, pág. 96):

- En primer lugar, la psicofarmacología hizo grandes progresos con el descubrimiento de nuevas clases de fármacos, en particular, neurolépticos y antidepresivos, y se desarrollaron nuevas formas de intervención psicosocial.
- El avance y consolidación del movimiento de derechos humanos.
- En tercer lugar, la incorporación del componente mental en la definición del concepto de salud por parte de la OMS

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

1.3.2 LA ENFERMEDAD MENTAL Y SU LECTURA DESDE EL DERECHO PENAL

1.3.2.1 Aspectos preliminares

Siguiendo a Plascencia Villanueva (2004) la pena es una privación o restricción de bienes jurídicos como resultado de una medida de castigo para todo autor de un delito, la cual debe ser impuesta a su autor, estar de acuerdo a la ley y ser impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes. Por esto, en el caso de los enfermos mentales el avance del estudio en este tema es un instrumento esencial a nivel jurídico para determinar la culpabilidad de una persona al cometer un delito en los casos que aplique y para establecer la peligrosidad social que se refiere a la “probabilidad de que el sujeto reincida” (Núñez & López, 2009).

De ninguna manera se pretende concluir que un enfermo mental no puede ser autor de un acto violento y de un delito: médicamente se ha demostrado que muchos de los trastornos expuestos en la figura 2 del numeral 1.4.1.3, se encuentran asociados con la personalidad y el comportamiento de ciertos tipos especiales de delincuentes, como en el caso de los asesinos en serie (Cuquerella, 2004), los cuales presentan tendencia a la psicopatía, y la presencia de trastornos afectivos como la psicosis afectiva, en gran parte de los enfermos mentales (Herranz et al. , 2008).

Para Reyes Echandía, la inimputabilidad resulta ser un “modo de ser de la persona que influye en su comportamiento”, el cual posee consecuencias jurídicas, al tiempo que se encuentra “revestido de ingredientes psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales” (Reyes, 1989, pág. 21), la definición que realiza este autor de la imputabilidad es:

Primera parte

La capacidad de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta y para autoregularse de acuerdo con esa comprensión, el concepto de inimputabilidad supone en la persona de quien se predica incapacidad para conocer y comprender dicha ilicitud o para determinarse de acuerdo con esa comprensión (Reyes, 1989, pág. 63)

En este caso, Inimputabilidad no significa que el enfermo mental delincuente está absuelto de su responsabilidad al cometer el delito, aunque sus actos no son llevados a cabo con dolo o culpa: jurídicamente ocurre que se exime la culpabilidad por la incapacidad de la persona, más no la responsabilidad. Así, Alvarado (2009) afirma que:

“A los inimputables no se les puede realizar juicio de culpabilidad, no se les puede reprochar su actuar, por razones de su incapacidad. Una medida consecuente con las directrices trazadas por el ordenamiento, consistirá entonces en instituir la determinación de la calidad de imputable o inimputable del sujeto, como factor determinante del mecanismo procesal procedente, que debería ser jurisdiccional solamente en la medida en que se hallen plenamente establecidas las condiciones personales de imputabilidad del agente. Por el contrario, cuando llegue a establecerse su condición personal de inimputable, se deberá proceder (ipso iure) a su desvinculación procesal, para someterlo a tratamiento de naturaleza administrativa. (pág. 121).

Bajo este concepto de inimputabilidad las personas con trastornos mentales que se privan de la libertad por sus conductas perturbadoras de la vida en sociedad, deben llevar a cabo un proceso de resocialización con un tratamiento de rehabilitación en los lugares adecuados para la misma, por tanto la medida más que un castigo a su conducta es una necesaria intervención para la misma. Es por esto que la inimputabilidad que se designa a los enfermos mentales, se considera muy acorde con los objetivos del presente trabajo, la forma como Granados (2003), siguiendo al maestro Bernardo Gaitán Mahecha, la describe, entendiéndola como un conjunto de

“Fenómenos endógenos que afectan la normal comprensión de la realidad, tanto en el aspecto intelectual, es decir, en la comprensión de la ilicitud de la acción como en el aspecto volitivo, que es la comprensión del querer del

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

perjuicio causado por la comisión del hecho punible”(Gaitán., 1995, citado por Granados, 2003, pág. 9)

1.3.2.2 Imputabilidad: escuelas de derecho penal y noción de libre albedrío

Para describir las diferentes escuelas de derecho penal y su aporte relacionado con el tema de la imputabilidad, será tomada la clasificación realizada por Reyes Echandía (1989), la cual clasifica las escuelas en: Tradicionales, objetivas, subjetivas, finalista y sociológica; la descripción estará enriquecida con elementos aportados por Agudelo (2007), Mantilla (2004), Granados (2003), Rozo (2002), Tenca (2009) y Gómez (2003).

Las *teorías tradicionales* establecen las bases de discusión en el tema de la imputabilidad, y proyectan dos tendencias: la denominada *escuela clásica*, y la *escuela positivista*. La escuela clásica analiza la imputabilidad como fenómeno jurídico a partir de la noción de “libre albedrío”, desde la cual se entiende que: “*los hombres son punibles porque son responsables y son responsables porque son libres*”, por lo que sólo tienen capacidad de cometer delitos los “*Normales*”, vale decir, los que obran con “*inteligencia*” y “*voluntad libre*” (Rozo, 2002, pág. 3); por lo tanto, dentro de esta escuela “el ámbito de aplicación de la pena privativa de la libertad se delimita para quienes posean facultades mentales para reconocer el disvalor de la acción generadora del delito, y respecto de los incapaces, se aplica únicamente la medida de seguridad”(Granados, 2003, pág. 13). Por esto, gran parte de la explicación de las consecuencias jurídicas que subyacen a las enfermedades mentales se encuentran arraigadas en la forma de caracterizar la enfermedad mental en esta tendencia; incluso, actualmente no resulta extraño encontrar que algunos autores explican las ideas de imputabilidad y responsabilidad recurriendo al Libre albedrío (Tenca, 2009), en especial Carrara, principal figura de la escuela clásica.

Primera parte

“adviértase, para mejor comprender el pensamiento carrariano, que cuando habla de libertad moral, se está refiriendo al libre albedrío [...] El escollo más grande con que ha tropezado esta teoría es el supeditar el concepto de imputabilidad al fenómeno del libre albedrío, que es tanto como ubicar el problema de la libertad en el ámbito de la metafísica” (Reyes, 1989, pág. 21)

El cuestionamiento sobre la libertad o el determinismo que puede pesar sobre el sujeto al cual se imputa una conducta, resulta fundamental dentro del Estudio de la inimputabilidad, y resulta ser una variante dentro de las diferentes escuelas del derecho penal. Para el caso de la escuela clásica, el libre albedrío permite imputar a un sujeto determinado una sanción producto de la conducta realizada. El libre albedrío, sería entonces una intuición o un supuesto metafísico en el que se supone que el individuo actúa con total libertad y conocimiento de los actos que comete y sus consecuencias en el campo jurídico; esta figura responde, siguiendo a Tenca, a la pregunta de si “¿el hombre elige entre hacer esto o aquello, o por el contrario, se encuentra determinado a realizar cierta conducta?” (Tenca, 2009, pág. 31) . Precisamente, dentro de esta noción de libre albedrío, el enfermo mental estaría excusado de la facultad que se otorga a cualquier persona, en tanto su libertad supuesta se encuentra limitada por un incidente de salud mental. Si bien en la explicación de la facultad punitiva del Estado por medio de la idea de “libre albedrío” no logra especificar criterios para aplicar dicha facultad, el derecho penal no se ha logrado despojar totalmente de la idea de libre albedrío (Tenca, 2009).

La segunda de las teorías tradicionales es la *escuela positivista*, la cual se propuso eliminar la indeterminación jurídica del concepto de libre albedrío, proponiendo que no existe inimputabilidad pues en el caso de un daño realizado por un enfermo mental siempre habrá delito pues cuando éste ocurre se hace necesaria su penalización en tanto “*se trata de una responsabilidad social, derivada del hecho de vivir el hombre en sociedad por lo que todos, normales y anormales, tienen capacidad de cometer delitos*” (Rozo, 2002, pág. 36).

“Efectivamente, desde la Escuela positivista: “normales y anormales tienen capacidad de cometer delitos [...]. No existe la libertad humana, pues para que existiera sería menester que su actuar no estuviera condicionado por

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

causas endógenas y exógenas [...]: todos son responsables, pero diferentemente punibles. La pena, desde esta escuela, se explica en que la sociedad “tiene el derecho y, al mismo tiempo la misión de proveer la propia defensa, apenas se dan las condiciones de la imputabilidad física [...] si el hombre va fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia, contra los que la amenazan” (Jiménez de Asúa, citado por Granados, 2003, pág. 14).

Así, la escuela positivista contempla como concepto fundamental el de “peligrosidad”, para establecer que no existen eximentes de imputabilidad para determinar la medida entre la conducta humana y la respuesta por parte del conjunto social:

“para la mesuración del medio defensivo, y hasta para la renuncia en su caso, el único criterio dirigenes es el estado peligroso del sujeto, cuya primera fórmula dio Garofalo con el nombre de temibilidad, cuyo vocablo expresaba [la perversidad constante y activa del delincuente] y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente, hoy reemplazado por el término más expresivo de peligrosidad” (Granados, 2003, pág. 14)

No resulta fácil para las escuelas de derecho penal, liberarse de la noción de libre albedrío; para el caso de la escuela positivista, la solución que brinda consiste en negarlo, estableciendo el mecanismo de encierro pertinente, justificando que el derecho penal no debe realizar una distinción especial al enfermo mental. Sin embargo, esta solución de negación no es del todo satisfactoria

“Si la escuela clásica yerra al concebir una libertad inmotivada, los positivistas fallan al suplantar la libertad por un determinismo más o menos fatalista. Su error [siguiendo a Baggione], no es predicar la libertad determinada por los motivos, sino confundir el determinismo con el fatalismo, dar a la causalidad un valor puramente mecánico olvidando que todo proceso causal supone una nueva síntesis de causa y efecto” (Reyes, 1989, pág. 24)

Abandonando el debate de las escuelas tradicionales, las denominadas *teorías objetivas del derecho penal*, pretenden privilegiar, como su nombre lo sugiere,

Primera parte

desde un punto de vista objetivo uno o varios aspectos de la imputabilidad como elemento de la teoría del delito. Como lo menciona Reyes, “la mayor parte de ellas parte del supuesto de que la imputabilidad es capacidad del hombre respecto de algo” (Reyes, 1989, pág. 25). De esta manera, una teoría objetiva, puede privilegiar la capacidad de acción, la capacidad de deber, la de ser destinatario de la norma penal, y finalmente, la capacidad de pena. En cada caso, se estima la incapacidad del enfermo mental o en general de los tipos de sujetos que el sistema penal considera inimputables. Sin embargo, algunas formas de teoría objetiva penal, muestran claros problemas al establecer la inimputabilidad, es el caso de la orientada a privilegiar a capacidad de deber, en la que “la imputabilidad es capacidad jurídica de deber y que, por consiguiente, los inimputables no son capaces de actuar contra el derecho y en consecuencia todos sus comportamientos son jurídicos” (Reyes, 1989, pág. 26) , hecho que negaría que los inimputables realmente pudieran cometer delitos, aunque las situaciones facticas que permiten hablar de inimputabilidad indiquen lo contrario.

Contraria a la posición de las teorías objetivas, las *teorías subjetivas* admiten que “los llamados inimputables pueden realizar comportamientos objetivamente descritos en la ley como delitos, rechazan la posibilidad de que sean capaces de actuar culpablemente” (Reyes, 1989, pág. 33), razón por la cual dentro de una teoría subjetiva del derecho penal, la inimputabilidad constituye un presupuesto o elemento de la culpabilidad.

1.3.2.2.1 Inimputabilidad en el sistema jurídico colombiano

Las distintas causales de inimputabilidad que han sido contempladas por el ordenamiento jurídico a partir del Código Penal de 1936 son: 1. la embriaguez, que en vigencia del código de 1936 (de corte positivista) se consideraba como causal de menor peligrosidad (Granados, 2003, pág. 18), diferenciando en su artículo 38 entre embriaguez aguda y embriaguez voluntaria. En 1973, el sistema penal restringió la estimación de la embriaguez como causal de inimputabilidad siempre y cuando estuviera “causada por fuerza mayor o caso fortuito, que

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

produjera grave trastorno transitorio” (Granados, 2003, pág. 19), mientras que la embriaguez preordenada (causada por dolo del criminal) sería motivo de aumento de la pena. Finalmente, la embriaguez dejó de estimarse como causal de inimputabilidad, desde la expedición del decreto 100 de 1980, y se convierte en “causal de agravación para el tipo penal de homicidio culposo”, tal y como continúa siéndolo en vigencia de la actual ley 599 de 2000.

Las perturbaciones psíquicas o *trastornos mentales*, como son denominados por el Código Penal colombiano, representan la segunda causal de inimputabilidad en el sistema jurídico de Colombia; en el análisis de la figura de inimputabilidad realizado por Granados (2003), este autor encuentra que el Código penal de 1936 establece la causal de inimputabilidad para la persona que al momento de cometer el delito se encontraba en “estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o padeciere grave anomalía psíquica” (Artículo 29, Por otra parte, el código penal colombiano de 1980 incluye dentro de la categoría de inimputables a los menores de edad, y estima sobre los enfermos mentales que resulta “inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental”; al igual que en el caso de la embriaguez, el sistema penal contempló la figura del trastorno penal preordenado. Así, el actual Código Penal colombiano, establece que:

“Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de predeterminarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental” (Código Penal Colombiano, artículo 33) (Colombia, 2000)

Se observa que una última causal de inimputabilidad, está constituida por la diversidad sociocultural, en tanto el legislador colombiano ha contemplado que las

Primera parte

diferencias culturales de algunos sujetos, pertenecientes a ciertas minorías reconocidas por el Estado, permiten eximir su culpabilidad frente a la común determinación de culpabilidad.

Profundizando un poco más en la forma como dentro del sistema penal colombiano se dibuja la figura de inimputabilidad, Nordier Agudelo plantea el análisis de ésta figura a través de tres temáticas generales: “1) el problema de la responsabilidad penal de los inimputables; 2) la estructura del delito para los sujetos inimputables, y 3) el carácter jurisdiccional de las medidas de seguridad” (Agudelo, 2007, pág. 1). Sobre estos tres hitos, el autor mencionado identifica dos fuentes cuya suma de elementos constituyen la forma como la inimputabilidad se entiende en el país.

RIMERA FUENTE	SEGUNDA FUENTE
FEDERICO ESTRADA VÉLEZ	JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA
1. Las medidas de seguridad no son sanciones	4. El artículo 5° del Código penal colombiano implica la culpabilidad de los inimputables y una estructura unitaria del delito para imputables e inimputables
2. Los inimputables cometen delitos y son responsables porque obran culpablemente	5. La responsabilidad penal es subjetiva; la responsabilidad subjetiva implica de modo necesario la culpabilidad
3. La medida de seguridad no tiene carácter jurisdiccional, sino administrativo	

Figura 5. Posturas de interpretación de la inimputabilidad según Agudelo (2007)

La figura 5 desarrolla la descripción de la inimputabilidad en Colombia, realizada por Nordier Agudelo; los hitos de comprensión de la inimputabilidad se dividen en dos fuentes doctrinales distintas, que presentan oposición en sus postulados, pero cuya síntesis permite acumular elementos para entender el fenómeno de la imputación penal y su relación con las medidas de seguridad. Debe aclararse que la figura 5 no postula elementos comparativos, sino una síntesis acumulativa en la que se distingue el origen de cada elemento.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Frente a las dos fuentes, Agudelo se declara (Agudelo, 2007, págs. 89-91): en desacuerdo con Estrada Vélez, pues para el primero “si sanción es la pérdida o disminución correctiva de un derecho [y si] las medidas de seguridad [tienen] las mismas características, ellas son una forma de sanción” (Agudelo, 2007, pág. 89); tampoco estima que las medidas de seguridad tengan carácter administrativo pues “en aras de una concepción garantista del derecho en relación con los límites del poder punitivo del Estado” (Agudelo, 2007, pág. 90).

Inicialmente, debe estimarse que dentro del ordenamiento penal colombiano, se ha adoptado la diferenciación, proveniente de las teorías penales tradicionales, entre penas propiamente dichas y medidas de seguridad, concediendo al tipo de inimputables considerados enfermos mentales estas últimas. El tratadista mencionado precisa un aspecto de este tipo de sanciones:

“No hay que dejarse confundir: las medidas de seguridad, así se diga que tienen un fin caritativo, no tienen una finalidad caritativa, no son medidas compasivas. Son un medio de lucha contra el delito, y se fundamentan en la peligrosidad del sujeto.[...] Es de la esencia de la obra caritativa o de magnanimidad que el agraciado sea libre de aceptar el beneficio o de rechazarlo” (Agudelo, 2007, pág. 52)

Penalmente, este es el aspecto fáctico que permite hacer una distinción entre cualquier enfermo mental y aquel que se encuentra privado de la libertad; así, mientras el derecho a la salud mental del enfermo mental se encuentra orientada a cumplir con la garantía del máximo nivel de bienestar físico y mental, la medida de seguridad aplicada al inimputable, permite cumplir con los fines de la pena establecidos en el artículo 5° del Código Penal el cual establece que “en el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”. En la diferenciación opera la potestad punitiva del Estado y coercitiva de la norma penal, y por lo tanto, como comenta Agudelo, nunca la medida de seguridad estará sometida “a la libre voluntad de quien se condena: [...] la medida de seguridad no es una medida caritativa; antes

Primera parte

bien es una medida coercitiva, pues por la fuerza puede ser llevado el inimputable al presunto lugar de “curación” (Reyes, 1989, pág. 52). Por lo tanto, sobre el inimputable la medida de seguridad es la “supresión o limitación del bien vital de la libertad [...] del derecho de moverse libremente” (Reyes, 1989, pág. 53) [página 53]

Agudelo, de igual manera como lo propone la ley 599 de 2000 (Agudelo, 2007, pág. 57), establece la culpabilidad del inimputable y por lo tanto su responsabilidad; por lo tanto, la determinación de imputabilidad en el caso concreto se determina según el tipo de sanción que merece (Mantilla, 2004, pág. 159). Por lo tanto, resulta importante establecer cuál es la naturaleza de la distinción entre pena y medida de seguridad que opera en la inimputabilidad; al respecto, Agudelo asegura que es equivocado afirmar:

“que las medidas de seguridad tienen carácter administrativo y que respecto de los inimputables no debe existir proceso, [...] entonces es fácil imaginar lo que significa para las garantías individuales, para la seguridad del ciudadano, el estar sometido a una rama del poder público que se rige básicamente por motivos de conveniencia. Basta pensar en la utilización que de esta circunstancia puede presentarse respecto de los disidentes políticos, para convencerlos del peligro que implica sostener [estas] ideas” [página 67]

Como se ha hecho notar, la conclusión de Agudelo es que las medidas de seguridad impuestas al inimputable no son medidas de carácter administrativo, en tanto contemplarlas como tal significaría un detrimento a los derechos de los declarados inimputables.

1.3.2.2.2 Valoración del juez e Inimputabilidad disminuida

En el aparte transcrito del actual código penal colombiano, se puede observar que dentro de la legislación nacional la enfermedad mental se considera un factor de inimputabilidad, al tiempo que dicha enfermedad mental se puede entender como trastorno mental, recordando que:

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

“Los numerosos casos de trastornos mentales, o enfermedades mentales, o perturbaciones mentales, de los cuales se ocupa la psiquiatría, caben aquí como manifestación de la inimputabilidad que debe ser reconocida, en cada caso: por medio de la peritación médica y en función del comportamiento mismo del autor, cuya valoración compete al juez” (Gaitán M. B., La inimputabilidad, 1995, pág. 39)

El aparte transcrito, muestra cómo, en el sistema jurídico nacional, y especialmente desde la doctrina, la decisión de inimputabilidad comprende un acto judicial especial, que requiere de una valoración psiquiátrica. La pregunta que surge corresponde a ¿cuál es la medida que hace corresponder una enfermedad mental con la declaración de imputación? ¿hasta dónde el enfermo mental es inimputable? Ciertamente la respuesta se debe apreciar en cada caso concreto, y por lo tanto la solución corresponde al juez; esta situación se respalda por la doctrina penal estima que “la determinación de la imputabilidad es una tarea judicial y no pericial, pues no solo implica una apreciación de aspectos puramente psiquiátricos o psicológicos o biológicos, sino que envuelve juicios de valor jurídicos y sociales” (Gómez, 2003, pág. 956)

Legalmente, el sistema jurídico colombiano no establece dichos parámetros de medición, por lo que se deja a decisión del juez establecer el criterio de imputabilidad en el caso concreto, y sobre todo, queda a su libertad establecer el carácter de la medida de seguridad o la pena privativa de la libertad. En relación con este tema de determinación de la imputabilidad, algunos autores desconocían criterios de aminoramiento o disminución de la imputabilidad:

“vale la pena aclarar si existe en verdad esa llamada inimputabilidad parcial o inimputabilidad disminuida, ya que existen autorizados tratadistas que sostienen que la inimputabilidad o existe, o no existe, pero que no admite grados o términos medios” (Acta del Nuevo Código Penal colombiano, 1973, citado por Granados, 2003, pág. 52)

Ciertamente, el criterio que reconoce la existencia de una imputabilidad aminorada, corresponde mejor a la lectura que se realizará en el numeral 1.4.4

Primera parte

sobre el derecho a la salud mental y sobre todo con las reflexiones de instrumentos como los Principios para la protección de los enfermos mentales los cuales en su numeral 11 establecen su numeral 2, literal a, establecen que el enfermo mental debe recibir información respecto a la “duración probable y los beneficios” del tratamiento (ONU, 1991, art. 11). Además, como se pudo observar en el numeral 1.4.1 del presente trabajo, existe una amplia indefinición respecto a qué patología de enfermedad mental se puede estimar como “grave”, de tal forma que el sujeto que la presente en todos los casos pueda ser estimado como “inimputable”; así, el derecho penal, en atención al derecho a la salud mental debe hacer reconocimiento que “las diferentes categorías de trastornos no tienen límites precisos” (Deleule, 1978).

La imputabilidad aminorada dentro de la doctrina es bastante reconocida, así, Zaffaroni estima que “Quien acepta la imputabilidad disminuida enseña que la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad, y por consiguiente, su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche” (Zaffaroni, citado por Gómez, 2003, pág. 951), por esta razón, la imputabilidad aminorada permite establecer la necesidad de existencia de “grados de reprochabilidad” penal, ligados a “grados de autodeterminación” en la conducta del sujeto (Gómez, 2003, pág. 951)

Por su parte, desde la doctrina penal colombiana, Bernardo Gaitán Mahecha realiza una división de la inimputabilidad en plena, disminuida y semi imputabilidad (Gaitán M. B., 1963, pág. 33). Esta división, y en general el hecho de contemplar la inimputabilidad disminuida

“funciona como un sistema de graduación de las consecuencias. Es decir que el juicio sobre la aplicación de la medida de seguridad o la aplicación de una medida similar se realizará de acuerdo con la clasificación que se haga de la imputabilidad, de manera análoga a cómo funcionan las circunstancias atenuantes y agravantes respecto de los delitos” (Granados, 2003, pág. 50)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Según Granados, la inimputabilidad aminorada se encuentra establecida en los artículos 55 del código penal, aunque de forma indirecta, y desafortunadamente contemplada, puesto que en dicho artículo se establecen mínimamente algunos aspectos de menor punibilidad (Granados, 2003). A nivel internacional la figura de imputabilidad disminuida posee referentes en los sistemas penales anglosajón, español y francés, además del Tribunal penal Internacional para la antigua Yugoslavia (Granados, 2003, pág. 53).

Esta postura, que sostiene Granados, dentro de la doctrina nacional es seguida por autores como Jesús Orlando Gómez López, para quien

“Siendo a imputabilidad una capacidad valorada jurídicamente, o sea una actitud para poder comprender la criminalidad del acto y dirigir la conducta, es posible concebir que tal capacidad pueda ser mayor o menor, es decir, que puede tener grados, en estos casos la doctrina habla de imputabilidad disminuida e imputabilidad plena” (Gómez, 2003, pág. 947)

Se considera que esta última visión de la imputabilidad disminuida o aminorada, opaca un poco la relevancia que dicha figura presenta dentro del sistema jurídico; así, se entiende que la importancia de la imputabilidad aminorada consiste en establecer un régimen claro de interpretación y dosificación penal para las personas que son declaradas inimputables, y no el simple reconocimiento de la inimputabilidad en la teoría del delito. Es decir: Siempre que se apoye la existencia de imputabilidad aminorada, se debe exigir que existan parámetros de dosificación penal según criterios de gravedad de enfermedad mental, lo cual coincide con la exigencia de determinación legal de la duración de los tratamientos mentales propuestos por la OMS (2006, pág. 17 Y 18)

Primera parte

1.3.3 MARCO DE UNA LECTURA CRIMINOLÓGICA RESPECTO AL PROBLEMA DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD

Cotidianamente, la acepción “sociojurídico”, se usa con frecuencia en el ámbito doctrinal y legal de manera bastante volátil, que involucra sin distinción aspectos de Política criminal, sociología del derecho, sociología jurídica, filosofía del derecho, antropología jurídica, e incluso puede llegar a confundirse con algunos contenidos de derecho constitucional. De manera general, esta diversidad e indistinción permite observar que cuando se alude a “lo sociojurídico”, se recurre a uno o varios criterios que permiten visualizar, por fuera del campo jurídico legal, lecturas de dicho campo a partir de puntos de vista externos provenientes de otras disciplinas o “ciencias” sociales. La exposición comprenderá la referencia a una discusión de filosofía jurídica, conocida con el nombre de “necesidad de la pena”; la cual trata reflexiones aplicables dentro del derecho penal, desde la cual se guían tendencias concretas de aplicación del derecho penal. Además, se expondrá un tema desde el que se pretende ubicar el problema de investigación del presente trabajo, para su lectura por fuera del ámbito legal: el control social como elemento de la criminología o teoría sociológica del delito, el cual vincula la noción de “política penal”.

1.3.3.1 Necesidad de la pena y control social

Según Lesh (1999), algunas construcciones clásicas de filosofía del derecho como la de Kant, Hegel explicaron la necesidad social de la pena a partir de criterios retribucionistas, desde los cuales la pena debía ser respuesta directa y proporcional al hecho cometido por el delincuente, y por lo tanto el fin de la pena consiste la acción del Estado orientada a brindar al delincuente un mal proporcional a su conducta; Según Politoff (2002, pág. 64), en esta forma de entender las penas, el caso en que un ladrón que al huir de la escena del delito se

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

accidenta quedando parálítico, la imposición de la pena se hace innecesaria pues ocurre en el hecho cometido por el delincuente un factor que ha hecho “expiar” las consecuencias de su culpa.

En una forma más contemporánea de comprender el asunto, otra forma de explicar la necesidad del Estado, de administrar penas a los delincuentes, consiste en la idea de prevención, que entre otros autores contó con aportes de V. Litz y Feuerbach (Politoff, 2002). Según este punto de vista, la pena debe suministrarse para que tanto delincuente como sociedad nunca reincidan en una conducta estimada como contraria a sus presupuestos de convivencia (Ruíz & Córdoba, 2001). El tema de la necesidad de la pena ofrece dos posturas que es necesario rescatar para reflexionar sobre los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad: la primera de ellas es construida por Roxin, y recibe el nombre de prevención general positiva y fundamentadora, donde la resocialización constituye el fin principal de la pena ya que supone el servicio a la comunidad y al delincuente, así como la coexistencia de todos los ciudadanos en paz y libertad (Tovar, 2008); también, debe contemplarse la idea de Mir Puig, para quien el delito es una afectación a los bienes jurídicos reconocidos por la comunidad, siendo la pena una forma de protección del ciudadano (Tovar, 2008, pág. 116)

Se observa que desde la filosofía jurídica existe un análisis de las cualidades que posee la pena para garantizar la vida ciudadana y las distintas garantías que brinda el Estado de derecho; pero también, la filosofía jurídica permite encontrar que desde la función de administración de la pena por parte del sistema judicial del Estado, se visualiza la acción preventiva sobre el delincuente y los ciudadanos para evitar el delito. Por lo tanto, el ejercicio de las penas responde a una actividad de *control* dentro de los Estados. Pero, si cuando se hablaba de necesidad de la pena se hacía un comentario sobre discusiones dentro del campo de la filosofía jurídica, al tocar el tema del

Primera parte

control social ejercido por el derecho penal, debe advertirse que éste constituye una reflexión propia de la sociología del delito o Criminología (Silva, 2011)

Se considera entonces que la forma como se administran las penas a los enfermos mentales privados de la libertad constituye un tema dentro de la Criminología, en tanto para Silva (2011) el contenido de este discurso jurídico contempla [1] la *divergencia de interés penal*, entendida como “acciones sociales contrapuestas que [...] que a partir de la intervención del control penal puede juzgarse comportan un daño social” (Silva, 2011, pág. 28), también el análisis de la divergencia comprende sus distintas manifestaciones por medio del estudio de los *hechos sociales* tipificados (homicidio, hurto, tráfico de drogas, etc.) ; la criminología también analiza [2] el *control social penal*, el cual analiza aquellas estructuras, instituciones y procesos previstos para “contener o regular la divergencia objeto de reproche, con el fin de mantener o instaurar un determinado orden social” (Silva, 2011, pág. 29). Por lo tanto, forman parte de los temas de análisis criminológico: las instituciones vinculadas al control penal, el proceso de criminalización social, la reacción social de agentes estatales y de otros grupos sociales.

Debe agregarse también que en sus relaciones con otros elementos del control penal, la criminología es una disciplina reflexiva, la cual especialmente se encuentra en relación con la política penal; pero esta relación no es la relación entre dos dimensiones de un conjunto en que una dimensión es teórica y otra práctica, donde la política penal sería la última de ellas (Zaffaroni, 1988); por el contrario, siguiendo a Bustos Ramírez:

“La diferencia estriba en que la política criminal implica más bien la estrategia a adoptar dentro del Estado respecto de la criminalidad y el control. En este sentido la criminología se convierte, respecto de la política criminal, más bien en una ciencia de referencia, en base material para configurar dicha estrategia” (Bustos, 1983, pág. 53)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

1.3.3.2 Planteamiento extrajurídico del problema de la enfermedad mental en las instituciones de reclusión

El presente trabajo de investigación no es de carácter criminológico, pues plantea realizar la ubicación de un conjunto de herramientas jurídicas sobre las cuales la población de enfermos mentales puede hacer reclamo de sus derechos a la salud mental; sin embargo, plantea una crítica a la política penal colombiana respecto a la población de enfermos mentales privados de la libertad, a partir de la descripción del estado de las garantías que deben ofrecerse a dicha población respecto al derecho a la salud mental.

El aporte que los conceptos criminológicos hacen al presente trabajo de investigación, consiste en ubicar los aspectos vinculados al carácter de la pena para los enfermos mentales, dentro de las formas de control penal del Estado; y, es en este punto donde se puede encontrar un desfase entre las sugerencias que se hacen desde los planteamientos de la necesidad de la pena y las formas como desde las políticas penales se abre un espacio para que los derechos de los enfermos mentales sean vulnerados:

“La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas”. (Corte Constitucional, Sentencia, C239 de 1996)

Si bien la legislación penal muestra un marco garantista, las formas de control real muestran gran inclinación a la vulneración de algunas poblaciones, se trata de una contradicción entre los principios que organizan el sistema jurídico y su planteamiento desde la política criminal; se trata de una contradicción que ha motivado varios análisis de la función de Control del Estado. Así, en análisis como

Primera parte

los realizados por Foucault, a la par de los discursos sobre el Estado liberal, igualitario y democrático, muchas instituciones conservan y refinan su poder como mecanismos represivos y de exclusión; en eventos como las rebeliones de presos, de las cuales muchas naciones han dejado monumentos históricos, se hace visible que

En sus objetivos, en sus consignas, en su desarrollo había indudablemente algo paradójico. Eran rebeliones contra toda una miseria física que data de más de un siglo: contra el frío, contra el hacinamiento y la falta de aire, contra unos muros vetustos, contra el hambre, contra los golpes. Pero eran también rebeliones contra las prisiones modelo, contra los tranquilizantes, contra el aislamiento, contra el servicio médico o educativo. ¿Rebeliones cuyos objetivos no eran sino materiales? ¿Rebeliones contradictorias, contra la degradación, pero contra la comodidad, contra los guardianes, pero también contra los psiquiatras? (Foucault, 1979, pág. 38)

Los análisis sobre la prisión realizados por Foucault, especialmente en *Vigilar y castigar*, se formulan esta pregunta con la cual termina el aparte transcrito, pues pese a que dentro de las prisiones y muchos lugares de encierro han sido aplicados adelantos técnicos de los cuales la modernidad puede mostrar un gran orgullo, las condiciones materiales que rodean a las poblaciones sometidas al encierro no han mejorado ostensiblemente: “lo que se ha manifestado en esos discursos y esas rebeliones, esos recuerdos y esas invectivas, son realmente las pequeñas, las ínfimas materialidades” (Foucault, 1979, pág. 38).

Las diferencias entre los principios jurídicos del Estado y las vulneraciones que dentro de su racionalidad se permiten, forman parte de los estudios criminológicos; el aparte transcrito identifica que pese a la insatisfacción de la población carcelaria, tanto el discurso oficial, como los derechos que la población exige se constituyen por enunciados similares, haciéndose necesario un desvelamiento. Mauricio Martínez Sánchez, (2002) quien fuera alumno de Alessandro Baratta, recuerda en las conclusiones de su texto sobre “La necesidad de la pena en el derecho Alemán” que debido a la situación del país la desorganizada política criminal colombiana ha tendido desde hace varios años a endurecer las penas, ya que por el conflicto armado se reclama su presencia más fuerte y activa como

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

garante del orden y la justicia; tal vez esta apreciación sugiera algo en el intrincado camino de análisis de la situación de derechos de los enfermos mentales privados de la libertad.

1.3.4 EL DERECHO A LA SALUD MENTAL

En este apartado, se observará el derecho a la salud en una descripción que va de lo general a lo específico. Se iniciará explicando lo que dentro del discurso de los derechos humanos significa el derecho a la salud, para pasar a describir la relación entre el derecho a la salud y la enfermedad mental, para culminar explicando en qué consisten los derechos de los enfermos mentales que además se encuentran privados de la libertad.

1.3.4.1 Del derecho a la salud al Derecho a la salud mental

En el sistema Universal de Derechos Humanos: igualmente se contempla el derecho a la Salud, en el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; igualmente, como se verá dentro del numeral 1.4.3.2, a partir de la actividad de la ONU, han surgido un número considerable de fuentes de tipo jurídico internacional sobre el derecho a la salud mental. También, se habla de la salud en el sentido de reconocerlo como derecho fundamental, en la Observación General número 14 del Comité Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:

“El derecho a la salud comprende tanto libertades como derechos. Las libertades comprenden la de controlar la salud y el cuerpo propios, incluso la libertad sexual y reproductiva, y el derecho a estar exentos de injerencias y no ser sometidos a tortura ni a ningún tratamiento o experimentación no consentidos. En cambio, los derechos comprenden el derecho a un sistema de protección sanitaria que ofrezca igualdad de oportunidades a las personas para que puedan gozar del nivel más alto posible de salud” (CDESC, 2000)

Primera parte

Un elemento que resulta importante mencionar, es la interpretación que puede darse del 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en tanto éste habla del compromiso de los estados en brindar el “nivel más alto posible” en salud; al respecto se habla de la doctrina de “realización progresiva” en tanto se reconoce que “los recursos no son ilimitados, y no se puede esperar que los gobiernos hagan más que sacar el mejor partido de los recursos disponibles. Sin embargo, determinados elementos del derecho a la salud son inmediatos, como la obligación de garantizar protección contra la discriminación” (Funk, 2004, pág. 46).

A partir de las apreciaciones hechas respecto a las fuentes universal y regional de Derechos Humanos frente al derecho a la salud, se pueden ubicar dos constantes dentro de este derecho, que permiten establecer la idea del derecho a la salud mental:

- El derecho a la salud debe interpretarse a partir de varias dimensiones y desde un criterio amplio
- Expresamente se entiende la salud mental como parte del derecho a la salud

Tanto el artículo 10 del protocolo de San Salvador como el artículo 12 del Pacto internacional de derechos Económicos, Sociales y culturales establecen la salud mental como dimensión del derecho a la salud dentro de un criterio amplio de interpretación; por esto, de las definiciones del derecho a la salud se puede colegir la existencia del derecho a la salud mental, el cual como se apreciará en el siguiente numeral, posee en la actualidad un conjunto de fuentes que lo explican como derecho en concreto.

En el sistema interamericano de Derechos Humanos: con una importante salvedad, los antecedentes desde los que se puede observar la forma como el sistema interamericano contempla el derecho a la salud son contundentes: el Protocolo de San Salvador, adicional a la Convención Americana sobre derechos

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Humanos en materia de derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece una noción de derecho a la salud como “disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social” (artículo 10); por otra parte, el derecho a la Salud aparece también en el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, determinando que: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica”, aunque agrega dichos aspectos relativos a las medidas sociales en salud se encuentran limitados por “el nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por su parte el artículo 34, literales h y l de la Carta de la OEA comprometen a los estados a “dedicar sus esfuerzos a la consecución de modernos conocimientos de la ciencia médica, así como de “condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna”

La salvedad se hace respecto a la exigibilidad de la salud como derecho, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos como base del Sistema Interamericano de Derechos humanos, esta no contempla la Salud como un derecho; sin embargo, para autores como Cantón (2009), a partir del artículo 26 de la Convención, que establece la obligación de lograr el cumplimiento de los derechos de la Carta de la OEA, se hace posible su aplicación como derecho en virtud del artículo 37, literales h y l ya citados.

Debe estimarse que pese a la aparente garantía de los organismos jurídicos interamericanos, además del agudo problema de salud mental comentado en el numeral 1.4.1.2 del presente trabajo, los indicadores sobre el derecho a la Salud en América Latina no son muy esperanzadores; así, la OPS, denuncia que dentro de un estudio de Funciones Esenciales de Salud Pública realizado en el año de 1999, se encontró que en América Latina y el Caribe un 27% de la población carece de servicios básicos de salud, lo cual se une a problemáticas en los

Primera parte

esquemas de vacunación infantil, acceso a agua potable y sistemas de saneamiento básico (Cohen, 2009, págs. 105-106) (Cohen, 2009, págs. 105-106).

1.3.4.2 Instrumentos del derecho a la salud mental

De la misma manera que ocurrió en el anterior numeral relacionado con el derecho a la salud, en relación con el derecho a la salud mental existen fuentes de tipo internacional y fuentes de carácter regional, aunque las fuentes regionales poseen menor cantidad de hitos que las internacionales. Además de instituciones de derecho internacional, respecto al derecho a la salud mental intervienen organismos médicos internacionales; existen además, acuerdos no vinculantes que contemplan este derecho, y pronunciamientos judiciales de organismos internacionales al respecto. También, dentro de las fuentes usadas en la construcción de la reflexión médica sobre la enfermedad mental realizada en el numeral 1.4.1 del presente trabajo, debe mencionarse que a partir de muchos informes de la OMS y la OPS, se ha logrado hacer un llamado a la comunidad internacional para el respeto de los derechos humanos de los enfermos mentales.

El primer antecedente de tipo internacional sobre el reconocimiento de los derechos de los enfermos mentales lo constituye la *Declaración de derechos del retrasado mental* (1971); esta resolución en algunos aspectos se encuentra desueta: por ejemplo en el lenguaje que utiliza pues “la expresión misma – *retrasado mental*- *está ahora ampliamente considerada como despectiva y la principal organización internacional de defensa de las personas con discapacidad intelectual, Inclusión Internacional, se opone al empleo de esa terminología*” (Funk, 2004, pág. 33). Sin embargo, resulta ser una manifestación muy de avanzada en el reconocimiento de derechos a los enfermos mentales pues aunque fue concebido en una época alejada del actual discurso sobre la inclusión y el derecho a la salud, contemplaba una manifestación de la igualdad en el goce de los derechos: la garantía que si en algún momento dentro de los Estados “*se hace necesario limitar o suprimir sus derechos, el procedimiento que se emplee deberá entrañar*

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

salvaguardias jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso”(ONU, 1975, numeral 7).

Extrañamente, entre la declaración de los derechos del retrasado mental y el nacimiento de los principios de la ONU para la protección de los enfermos mentales (1991) se puede establecer que no existió continuidad en la producción jurídica internacional en materia de derechos a la salud mental, a partir del año 75, pues sólo hasta iniciada la década del noventa aparecieron nuevos instrumentos de reconocimiento a los enfermos mentales; se trata de un abandono temático dentro de la comunidad internacional respecto al tema, desde este hito de los inicios de la década del setenta, hasta la celebración del año mundial de la Salud.

Esto sugiere dos reflexiones sobre el derecho a la salud mental: 1) que dentro de la normatividad internacional surgida a partir de los últimos diez años se ha abandonado el tratamiento de “minorías” a estas poblaciones, a cambio de una relación más estrecha con el derecho a la salud en general; y 2) que la construcción del discurso sobre los derechos a la salud mental poseen un origen tan antiguo como la categoría de atención integral en de salud (Restrepo & Vega, 2009, pág. 159), consagrada en la Declaración de Alma Alta, la cual se entiende como un verdadero hito dentro del desarrollo del Derecho a la salud, en tanto desarrolla la noción de Salud como derecho de los ciudadanos. Por lo demás, estos derechos “del retrasado mental” parecen cumplir con las mismas formalidades básicas que los actuales instrumentos sobre salud mental poseen: evita la declaración de incapacidad mental sin un debido proceso usando una evaluación de su capacidad social; también contempla la integración e inclusión a la comunidad, en tanto su parágrafo 7, dispositivo cuarto establece que “el retrasado mental debe vivir con su familia en un hogar que reemplace el propio y participar en las distintas forma de la vida en comunidad” (ONU, 1971, Art. 4) por encima de todo, esta vieja norma del derecho internacional:

Primera parte

Puede convertirse en un mandato de integración en la comunidad a medida que los países desarrollen servicios comunitarios y sistemas de apoyo que permitan la plena inclusión social hasta de personas con la discapacidad intelectual más grave. En las sociedades donde la mayoría de las personas con discapacidad intelectual o todas ellas viven en la comunidad, rara vez debería ser necesario internar a una persona en una institución (Funk, 2004, pág. 34)

Posteriormente, en el año 1975 fue promulgada una “Declaración de los derechos de los impedidos”, la cual engloba a todo el conjunto de personas incapacitadas “de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales” (ONU, 1975, art. 1)

Uno de los pasos más importantes en el camino al reconocimiento de los derechos de los enfermos mentales, tiene que ver con el hecho que la ONU aprobó en 1994 las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, las cuales contemplan: un trato especial de derechos a la población discapacitada y la obligación de los estados de garantizar la igualdad y reconocimiento de estas comunidades (ONU, 1994) en estas normas uniformes se reconoce que:

Hacia fines del decenio de 1960, las organizaciones de personas con discapacidad que funcionaban en algunos países empezaron a formular un nuevo concepto de la discapacidad. En él se reflejaba la estrecha relación existente entre las limitaciones que experimentaban esas personas, el diseño y la estructura de su entorno y la actitud de la población en general. Al mismo tiempo, se pusieron cada vez más de relieve los problemas de la discapacidad en los países en desarrollo. Según las estimaciones, en algunos de ellos el porcentaje de la población que sufría discapacidades era muy elevado y, en su mayor parte, esas personas eran sumamente pobres (ONU, 1994, pág. 4)

Finalmente, resulta importante cerrar la relación del conjunto de normas internacionales para la protección de los enfermos mentales, con la declaración de principios de la ONU para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental (1991); este documento resulta ser uno de los más recurrentes en la exigencia de los derechos de los enfermos mentales.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Inicialmente los Principios para la protección de los enfermos mentales resultan ser más específicos que las normas uniformes sobre igualdad y que los derechos de los impedidos, pues su objeto se restringe a las personas que padecen de enfermedad mental; además contempla un plexo de garantías tales como el derecho a ser atendido en la comunidad, establecido en el principio número 7; el derecho al consentimiento informado, del principio 11, y el derecho a la admisión voluntaria a tratamiento del principio 15 (OMS, 2001 y Jiménez & Vásquez, 2001)

Los instrumentos del derecho a la salud mental elaborados por la ONU, son por lo tanto: los “Derechos del retrasado Mental”, la “Declaración de los derechos de los impedidos” y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Se observará en el numeral 1.4.3.4 que existen recomendaciones de la ONU, especialmente la número 5 y la número 14, que trabajan en el desarrollo de los derechos de las personas con enfermedades mentales y en varios principios del derecho a la salud mental. Debe mencionarse que dentro del sistema universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas emitieron unos “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” contenidos en la resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991 de la Asamblea General .

Por otra parte, dejando de lado el amplio conjunto de normas elaboradas por la ONU, existe una lectura del derecho a la salud mental, a partir del documento regional más representativo al respecto: la declaración de Caracas de 1990, auspiciada por la OPS/OMS, en la Conferencia Regional para la reestructuración de la Atención Psiquiátrica en América Latina. Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha realizado una “Recomendación sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental”, la cual señala:

Primera parte

“Las libertades fundamentales y derechos más frecuentemente violados en hospitales psiquiátricos incluyen el derecho a ser tratado con humanidad y respeto, el derecho a una admisión voluntaria, el derecho a la privacidad, la libertad de comunicación, derecho a recibir tratamiento en la comunidad, derecho a proporcionar consentimiento informado antes de recibir cualquier tratamiento y el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial que determine la legalidad de la detención en un hospital psiquiátrico” (CIDH, 2001, pág. 2)

1.3.4.3 Principios de derecho aplicables al caso de los enfermos mentales

Debe reconocerse que el actual desarrollo e interpretación de los derechos de los enfermos mentales, se debe en gran parte al activismo y conciencia de las organizaciones de derechos y profesionales médicos. Así, algunos profesionales de la medicina han sido reconocidos por su sensibilidad ante las problemáticas de derechos para comunidades cuyos problemas de salud les han generado cualquier tipo de exclusión; Gostin (2009) recuerda el caso de Jonathan Mann, quien además de participar en debates sobre la población enferma de SIDA, aportó a la discusión sobre los derechos de los enfermos mentales una importante reflexión sobre su relación con los derechos humanos; relación de la cual se pueden destacar dos aspectos: el primero tiene que ver con la facilidad con que las políticas que se aplican a los enfermos mentales no se orientan a garantizar la salud mental *“;sino que la mayor parte de esas leyes son un ejercicio del poder de la fuerza pública”* (Citando a Mann, Gostin, 2009, pág. 28) basándose en principios como el confinamiento y la privación de derechos civiles. Una segunda dimensión de la relación se encuentra en que la mayor parte de los tratos indignos y atentatorios de los derechos humanos constituyen una fuente de deterioro de la salud mental.

Claramente, la propuesta de Mann, y en especial el primero de los aspectos comentados en el párrafo anterior, invitan a pensar los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, no desde la potestad del Derecho Penal del

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Estado al aplicar penas que resarcen los atentados a un conjunto de bienes jurídicos, sino desde el criterio social de aplicación de las penas

Ya que uno de los propósitos del presente marco teórico, consiste en indicar los principios sobre los cuales se construyen los derechos de la comunidad de enfermos mentales privados de la libertad, se pueden mencionar cuatro pilares sociales de atención a esta población (Gostin, 2009, pág. 27): *“cuatro derechos que son absolutamente críticos, cuatro derechos civiles, políticos, económicos y culturales*

- *“Derecho a la libertad, que es la equidad, y acá la justicia es fundamental para que no sean ni condenados ni detenidos.*
- *“Derecho a la igualdad, que significa darle todos los derechos que todos los demás ciudadanos gozan en un país” (Gostin, 2009, pág. 27).* Respecto a este mismo derecho, Vásquez (2009) precisa que desde el artículo 7 de la Convención Interamericana Derechos Humanos
- *“Derecho a la capacidad de tomar decisiones, como es el derecho a un tratamiento o el derecho a la atención médica en servicios de salud mental” (Gostin, 2009, pág. 27)*
- *Derecho a la dignidad, como conjunto de condiciones humanitarias en que el enfermo mental debe vivir.*

Estos cuatro derechos implican el principio de no detención de los enfermos mentales como mecanismo de compensación social del delito, el cual parte de las apreciaciones de Jonathan Mann ya comentadas, y es base de una de las posturas respecto a los derechos de salud mental para enfermos mentales privados de la libertad. A estos derechos Vásquez (2009) agrega el de protección judicial (Artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), el de

Primera parte

garantías judiciales (Artículo 25 de la misma Convención), el de igualdad ante la ley (Artículo 24 de la Convención), el de integridad personal (artículo 5 de la Convención).

Varias de las propuestas y reclamos de derechos para los enfermos mentales fueron recogidas por la OMS en la celebración del Año de la Salud mental (2001), en la que se planteó que los estados debían centrar sus estrategias de atención a la comunidad en los siguientes aspectos:

- *“Dispensar tratamiento en la atención primaria*
- *“Asegurar la disponibilidad de psicotrópicos [...]*
- *“Dispensar atención a la comunidad*
- *“Educar a las personas sobre el tema*
- *“Involucrar a la familia de los consumidores*
- *“Establecer políticas, programas y legislaciones*
- *“Desarrollar recursos humanos y capacitarlos*
- *“Establecer vínculos con otros sectores*
- *“Vigilar la salud mental de la comunidad*
- *“Gestionar nuevas investigaciones” (Cohen, 2009, págs. 113-114)*

En los artículos 15, 16 y 17 de los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” aparecen formulados estos mismos derechos, lo cual significa que una de las fuentes de construcción de los principios para la protección de los enfermos mentales es precisamente la labor realizada por la OMS en el año de la salud mental.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

1.3.4.3.1 Derecho a la Salud y panorama de derechos de los enfermos mentales

Hasta el momento se ha encontrado que a partir de la existencia del derecho a la salud, se puede desprender un derecho a la salud mental, tomando como base una interpretación amplia del criterio legal que existe con respecto a la noción de salud. Ahora, en el presente numeral, se intentará ubicar al enfermo mental que ha sido descrito en los numerales 1.4.1, 1.4.2 y 1.4.3 para poder situarlo en el marco de garantías que lo cobijan desde el derecho a la salud y a la salud mental, logrando establecer cuáles son los principios de derecho que lo protegen.

Partiendo de las diferentes fuentes que describen el reconocimiento que la comunidad internacional ha hecho a los enfermos mentales, resulta difícil describir de forma sistemática todos los derechos que acceden a este tipo de población; sin embargo, partiendo de la forma como se encuentra dividido el articulado de los instrumentos de derecho internacional sobre salud mental, y de acuerdo también a los planes de exposición de algunos doctrinantes de este tipo de derechos, se intentará realizar una descripción global de los mismos. Al respecto, fue de gran ayuda el plan de exposición utilizado por Funk (2004) en su texto titulado *La importancia de los derechos humanos consagrados internacionalmente en la legislación nacional sobre Salud Mental*; a partir de esta obra se logró elaborar la figura número 6, donde aparecen organizados los distintos derechos, prerrogativas y cualidades, otorgadas desde el sistema internacional y los organismos técnicos en Salud, a los enfermos mentales. La figura y su organización se hallan en función de un conjunto de siete principios de salud mental que parten de la relación general con el derecho a la salud los cuales son: Acceso a servicios profesionales y apropiados, el derecho a la independencia y a la integración social, el derecho al diseño de medidas positivas y condiciones de vida razonables, la aplicación de proporcionalidad y protección en y mediante procesos debidos, la no

Primera parte

discriminación por enfermedad mental, la vigilancia extraordinaria en casos de salud mental y discapacidad, y el consentimiento informado en conjunto con derecho a rechazar el tratamiento

En la figura 6, los siete principios mencionados ocupan el lugar central del esquema; al lado izquierdo de los principios aparecen derechos de carácter general (nivel más alto de salud, no discriminación, dignidad y protección contra tratos inhumanos y degradantes), cuyas relaciones con las columnas que se les relacionan desarrollan permiten establecer que para la defensa de los derechos de los enfermos mentales existen dos niveles de exigencia de derechos según el grado de especificidad al que puede llegar cada valor.

PRINCIPIOS	PRIMER NIVEL DE DERECHOS	SEGUNDO NIVEL
NIVEL MÁS ALTO DE SALUD	Acceso a servicios profesionales y apropiados	Derecho al tratamiento individualizado Rehabilitación y tratamiento que estimule la vida en sociedad del enfermo mental
	Derecho a la independencia y a la integración social	Derecho a servicios menos restrictivos Derecho a servicios comunitarios Derecho de los niños a servicios que promueven su integración
NO DISCRIMINACIÓN	Medidas positivas y condiciones de vida razonables	Medidas positivas Condiciones de vida razonables
	Proporcionalidad y protección mediante procesos debidos	Derecho a integración en la comunidad Tutela innecesaria
	No discriminación por enfermedad mental	
PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS DEGRADANTES	Vigilancia extraordinaria en casos de salud mental y discapacidad	Descuido y condiciones de vida degradantes Protección contra daños Protección contra tratamientos forzados

**Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos
Mentales Privados de la Libertad en Colombia**

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA	Consentimiento informado y derecho a rechazar tratamiento	Prohibición de experimentación médica con enfermos mentales
---	---	--

Figura 6. Principios y derechos inherentes a los enfermos mentales, basado en el plan de exposición de Funk (2004)

Debe notarse que el primero de los principios del lado superior izquierdo de la figura, comprende axiomas que dependen del derecho a la salud, los cuales se particularizan en la población que padece enfermedades mentales. Para la descripción de este principio se ha pensado en el artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de la ONU, ya mencionado en el numeral 1.4.3.1 del presente trabajo:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

“2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

“a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

“b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

“c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

“d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” (CEDESC, 1976)

Primera parte

Puede comprobarse que este artículo, compuesto por dos numerales, contempla la salud como derecho, y la salud mental como dimensión del mismo. Debe hacerse alusión a la importancia que para la organización de los principios y derechos de los enfermos mentales que se está realizando en el presente apartado, tiene la visión de Michelle Funk; se encontró que esta autora realiza una descripción de las fuentes de los derechos de los enfermos mentales y de sus principios, que tiene grandes ventajas sobre otras formas de descripción y clasificación; inicialmente una visión de los derechos de los enfermos mentales, puede partir del análisis de los derechos fundamentales, para establecer la especificidad de la población de la cual se está tratando, es el caso de Lawrence Gostin (Gostin, 2009, pág. 27 y 29 y , 2010) , quien partiendo de los derechos básicos de libertad e igualdad sustenta las exigencias que los enfermos mentales pueden tener. Existe también una postura en la que los derechos de los enfermos mentales se pueden ver a través de la acción médica y como parte de la exigibilidad del derecho a la Salud, es el caso de Hugo Cohen (Cohen, 2009, pág. 114), quien establece el derecho a la salud mental como una forma de garantizar el nivel más alto posible de salud de cualquier persona.

Mientras tanto, el panorama que muestra Funk de los derechos de los enfermos mentales se basa en una lectura global del tema, tomando diversidad de fuentes, no sólo las normas de derechos fundamentales que contemplan de forma amplia el derecho a la salud en su dimensión mental, sino aquellos instrumentos internacionales que desarrollan y precisan el cumplimiento del derecho a la salud mental. Esta búsqueda de una lectura global de antecedentes sobre el derecho a la salud mental, lleva a Funk a encontrar en la década de los 70 pronunciamientos sobre la salud mental, que ya fueron comentados en el numeral 1.4.4.2. Hasta cierto punto, la posición expresada por Funk, resulta ser una postura institucional frente al derecho a la salud, ya que el escrito del cual ha sido tomada la información para la realización de la figura número 6 fue ordenado por la OMS; igualmente, en el texto que ya ha sido referenciado, llamado *Manual de recursos sobre salud mental* (OMS, 2006), se sigue un plan de exposición similar al que se está comentando.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Al principio primero desarrollado en la figura número 6, se encuentra asociado el *acceso a servicios apropiados y profesionales* en tanto el mencionado artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relaciona el derecho a la salud con aspectos de disponibilidad acceso y buena calidad de servicio.

Para poder establecer de mejor manera la relación entre el primero de los principios contemplado en la figura uno, y los derechos que se derivan de él, es necesario tener en cuenta que con el fin de aclarar la interpretación del artículo 12 del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales la ONU emitió en el año 2000 la Observación general número 14 de las Naciones Unidas. En esta observación se relaciona al derecho a la salud con otros derechos y servicios:

El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud (ONU, 2000, numeral 3)

Al aplicar el principio a los enfermos mentales, dentro del acápite número 8 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental de la ONU, se establece que todo enfermo mental “tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud”. También, otra recomendación, de la ONU, la número 5, en su nota 6, artículo 34, establece que para los enfermos mentales el acceso pleno a servicios profesionales comprende el acceso a servicios de rehabilitación. Estos Principios para la protección de los enfermos mentales de la ONU, también proponen el mejoramiento de la atención de salud mental, contemplado que “toda persona tiene derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental,

Primera parte

que será parte del sistema de atención sanitaria y social", al tiempo que el personal de atención debe ser capacitado y suficiente en número (ONU, 1994)

1.3.4.3.2 Atención, diagnóstico, y suministro de medicamentos

Enunciar *la mejor atención disponible en salud mental* no es suficiente para interpretar el principio, pues los enfermos mentales deben recibir un trato especial, distinto del preventivo, promocional e informativo que puede recibir cualquier persona sobre su salud mental. Por esto, los servicios apropiados y profesionales desde una correcta determinación de las enfermedades mentales deben corresponder a estándares de tipo institucional. Es desde estos estándares médicos que se puede establecer cuáles son las garantías concretas del logro del nivel más alto de salud en los enfermos mentales:

Una primera garantía de atención y diagnóstico a los enfermos mentales, consiste en el diagnóstico objetivo del estado y tratamiento necesario para la enfermedad mental, la cual se contempla en el numeral 12 D de la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ONU, 2000), instrumento que establece elementos de interpretación del artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales

Para algunos autores, (Funk, 2004, pág. 48 y OMS, 2006 pág. 17) el derecho a tener un diagnóstico seguro está garantizado por la existencia de autoridades de y estándares de normalización como la Clasificación Internacional de enfermedades elaborada por la OMS o también el manual diagnóstico y estadístico de la American Psychiatric Association; estos estándares permiten que las enfermedades mentales, así como sus tratamientos sean reconocidas, discutidas y aplicadas de forma igual en varias latitudes, y puedan ser identificadas y diferenciadas, sobre todo en casos como los de peritaje legal, donde resulta importante sustentar y argumentar dictámenes conducentes a la declaración de inimputabilidad.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Un segundo elemento que puede estimarse frente al derecho a la atención, diagnóstico y suministro, tiene que ver con el *acceso a servicios apropiados y profesionales*, el cual se encuentra relacionado con el equipamiento y condiciones de las instituciones encargadas de brindar servicios de salud mental, pues según el acápite 13 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental (ONU, 1991, art. 14) existen cuatro requerimientos básicos de recursos:

- *“personal médico y otros profesionales calificados en número suficiente y locales suficientes para proporcionar a cada paciente la intimidad necesaria y un programa de terapia apropiada y activa;*
- *“equipo de diagnóstico y terapéutico para los pacientes;*
- *“atención profesional adecuada; y*
- *“tratamiento adecuado, regular y completo, incluido el suministro de medicamentos”*

Al último de los aspectos señalados, a nivel de recursos, se suma lo establecido dentro de la Observación General número 14 del comité Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la cual recomienda, en su párrafo 47, que sea realizado el suministro de medicamentos esenciales al enfermo mental. En la observación, la ONU recuerda que la OMS elaboró una Acción sobre Medicamentos Esenciales, donde son incluidos los medicamentos de uso más común en pacientes con enfermedades mentales (CDESC, 2000).

Antes de culminar el comentario sobre estos derechos de los enfermos mentales derivados del derecho a la salud en general, se considera importante citar un listado de garantías que según Vásquez (2009), son de carácter básico y aseguran el derecho a la salud mental en los enfermos mentales:

Primera parte

- *“Asegurar el acceso a una alimentación mínima, que sea nutritiva y adecuada, sobre todo en centros de salud.*
- *“Garantizar el derecho al acceso a centros, bienes y servicios de salud mental sobre una base no discriminatoria*
- *“Garantizar el acceso a condiciones sanitarias básicas así como al suministro de agua potable y limpia, sobre todo en centros de salud mental*
- *“Facilitar medicamentos esenciales (en este caso medicamentos psicotrópicos), de acuerdo a los lineamientos de la clasificación de medicamentos de la OMS*
- *“Asegurar la distribución equitativa en todas las instalaciones de bienes y servicios de salud, incluidos los servicios de salud mental” (Vásquez, 2009, págs. 34-35).*

1.3.4.3.3 Tratamiento individual y exclusión del encierro

También, para el cumplimiento del principio de garantía del *Nivel más alto de salud*, debe estimarse el derecho a tratamiento individualizado, garantía muy importante para los enfermos mentales contemplada en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental de la ONU, en su principio 9, numeral 2 donde establece que: *“el tratamiento y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescrito individualmente examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado”* (ONU, 1991) (ONU, 1991). Ya que el aislamiento y olvido son riesgos que corren los enfermos mentales, especialmente aquellos que deben ser sometidos a tratamientos no voluntarios, este derecho obliga a que su tratamiento, reclusión, suministro de medicamento esencial y empleo de recursos siga criterios ligados a su estado particular de enfermedad mental. Incluso, en relación con la individualización del tratamiento y valoración médica, el derecho al tratamiento individualizado, debe encontrarse relacionado y estar acorde con los antecedentes culturales del enfermo mental (Funk, 2004, pág. 49)

En relación con el tratamiento y los antecedentes culturales del enfermo mental, Vásquez (2009) estima que además de los estándares para la protección de la

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

salud mental, elaborados especialmente por la OMS, es obligación del Estado brindar el tratamiento a los enfermos mentales según las necesidades del paciente y respetando sus diferencias, tal y como se explica en el numeral 11 de los Principios para la protección de los enfermos mentales (ONU, 1991).

Además del tratamiento individualizado, la obligación social del Estado compromete esencialmente el derecho de todo enfermo mental a recibir *rehabilitación orientada a la independencia* (ONU, 1994, numeral 16); por esto en las distintas fuentes internacionales sobre derechos de los enfermos mentales, se repite la idea del tratamiento a la enfermedad mental consiste en desarrollar las aptitudes del paciente y permitirle un libre desenvolvimiento social. Por esto mismo, se consideran derechos de los enfermos mentales su *independencia e integración social*: estos derechos de independencia e integración social responden a criterios más específicos dentro del conjunto de derechos de los enfermos mentales: el primero de ellos tiene que ver con *brindar la menor restricción posible dentro del tratamiento*, derecho que se encuentra contemplado en los numerales 9 y 11 de los Principios para la protección de los enfermos mentales (ONU, 1991) (ONU, 1991). Esto indica que para los enfermos mentales las privaciones de derechos, la reclusión y el tratamiento reclusorio involuntario deben ser proporcionales a cada caso y deben evitarse en beneficio de la efectividad del tratamiento, sobre la regla general de “opción menos restrictiva”, que establece que “si una persona puede recibir tratamiento apropiado en la comunidad, no está justificada la internación involuntaria” (Funk, 2004, pág. 54); regla que está relacionada íntimamente con el principio 7, numeral 1 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de salud mental que señala que “todo paciente tendrá derecho a ser tratado y atendido, en la medida de lo posible, en la comunidad en la que vive” (1991, principio 7, numeral 1)

Primera parte

En el conjunto de derechos de los enfermos mentales relacionados con el tratamiento, resulta importante apreciar las *formas de integración a la comunidad* como objetivo fundamental y herramienta de dicho tratamiento; en especial para casos de jóvenes y niños. Con relación a los niveles de privación, los instrumentos internacionales sugieren que los tratamientos se deben basar en formas de integración a la comunidad más que en el encierro. Esto permite aclarar, recordando la metáfora de los tres mitos explicada en el numeral 1.4.1.3, que dentro de la perspectiva médica el encierro no comporta una de las alternativas más viables dentro de los tratamientos a los enfermos mentales, de la misma forma que las decisiones de encierro no deben motivarse en la peligrosidad del enfermo mental.

1.3.4.3.4 Capacidad jurídica, tutela innecesaria y consentimiento informado

El tema de la capacidad del enfermo mental, es un asunto importante dentro de las reivindicaciones de derechos de esta población; incluso, dentro del presente trabajo, se hace necesaria una aguda reflexión respecto a la contradicción que puede existir entre dichas reivindicaciones, las principales formas de reclusión y la forma como el sistema jurídico ha instituido las figuras de inimputabilidad y otras limitantes civiles a algunos tipos de enfermos mentales; dicha reflexión será abordada al iniciar el próximo capítulo.

El principal peligro que corren los enfermos mentales frente a las manifestaciones de su enfermedad es el ejercicio de la *tutela innecesaria*, puesto que dentro de las declaraciones de incapacidad para los enfermos mentales se puede incurrir en prácticas contrarias a los derechos de estas personas:

“En teoría, la tutela permite proteger a las personas que no pueden proteger sus propios intereses. En la práctica, puede despojar indebidamente a las personas de su derecho a adoptar algunas de las decisiones más importantes y básicas acerca de su vida. En muchos países es una práctica común que se aplica sin ningún proceso legal previo a las personas con un diagnóstico psiquiátrico o de retraso mental porque se las considera «mentalmente incompetentes»” (Funk, 2004, pág. 70)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Ante el peligro que entraña la tutela innecesaria, desde los instrumentos internacionales comentados ha sido elaborado el concepto de “*consentimiento informado*” como derecho que posee el enfermo mental de conocer y determinar sobre el tratamiento al cuál es sometido; este principio se consagra legalmente en los numerales 1 y 11 de los Principios para la protección de los enfermos mentales (ONU, 1991).

“Toda decisión de que, debido a su enfermedad mental, una persona carece de capacidad jurídica y toda decisión de que, a consecuencia de dicha incapacidad, se designe a un representante personal se tomará sólo después de una audiencia equitativa ante un tribunal independiente e imparcial establecido por la legislación nacional. La persona de cuya capacidad se trate tendrá derecho a estar representada por un defensor. Si la persona de cuya capacidad se trata no obtiene por sí misma dicha representación, se le pondrá ésta a su disposición sin cargo alguno en la medida de que no disponga de medios suficientes para pagar dichos servicios. El defensor no podrá representar en las mismas actuaciones a una institución psiquiátrica ni a su personal, ni tampoco podrá representar a un familiar de la persona de cuya capacidad se trate, a menos que el tribunal compruebe que no existe ningún conflicto de intereses” (ONU, 1991, art. 1)

Se trata evitar entonces, la suspensión y limitación de la capacidad del enfermo mental en virtud de su enfermedad; igualmente se trata de evitar la excesiva vulneración de derechos cuando dentro del tratamiento o en la situación particular del enfermo mental se debe acudir al encierro y/o al tratamiento no voluntario. Sin embargo, en el último de los casos mencionados (es decir, cuando la situación del enfermo mental le impide establecer su consentimiento en relación al tratamiento), siempre que se apela al tratamiento involuntario para el enfermo mental, algunos autores reprochan a los Principios para la protección de los enfermos mentales de la ONU no enunciar garantías concretas o procedimientos de reclusión que permitan disminuir la vulneración al paciente sometido a tratamiento involuntario (Funk, 2004, págs. 57-59). En relación con la lectura que desde el campo jurídico se realiza de la situación de los enfermos mentales, se considera que esta

Primera parte

observación hecha a los Principios para la protección de los enfermos mentales de la ONU, debe apuntar al desarrollo de parámetros de imputabilidad aminorada o disminuida (Granados, 2003)

1.3.4.3.5 Protección contra tratos inhumanos y degradantes

En relación con los *tratos inhumanos y degradantes*, dentro del marco de derechos de la población de enfermos mentales, la principal fuente de protección en el sistema interamericano de Derechos Humanos es el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de la ONU, que en su artículo 7 establece que “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”; este artículo posee especial aplicación en la comunidad de enfermos mentales:

“Algunos clínicos creen en la utilidad del tratamiento por aversión, consistente en aplicar deliberadamente una variedad de estímulos nocivos o dolorosos a una persona para modificar o eliminar un comportamiento que se considera perjudicial o indeseable. Los estímulos utilizados pueden consistir en rociamiento con pimienta, sacudidas con electricidad, pellizcos musculares profundos, bofetadas, cámaras de privación sensorial, cascos que generan ruidos, etc. En algunos casos, la aplicación de los procedimientos disuasivos puede ser frecuente e implacable y considerarse como inhumana y degradante” (Funk, 2004, pág. 81)

Apreciar esta posibilidad de aplicación resulta muy importante, ya que la fuente de la cual proviene este derecho de los enfermos mentales es de un carácter muy distinto al de los otros derechos hasta ahora descritos: el tema de los tratos inhumanos y degradantes ha sido desarrollado especialmente sobre perspectivas de conflicto, formas de manejo penitenciario y dentro del derecho laboral; por lo tanto, sus instrumentos y desarrollo presentan un nivel más elaborado que el que se ha descrito, y que se origina en el derecho a la salud.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

SEGUNDA PARTE

“Si hoy tuviéramos que tratar a nuestros hijos, la única opción es la internación en un hospital general, vamos a elegir lo que resulte más eficaz y más cómodo. Hoy decimos que cuando los jueces ordenan una internación psiquiátrica, después no lo sacan más al sujeto de allí. Pero ¿Qué otra alternativa le ofrecemos a esos jueces? Lo cierto es que, salvo excepciones, no existe otro lugar, no hay otra propuesta” (Cohen, 2009, pág. 114)

Esta segunda parte del trabajo, da razón de cada uno de los objetivos de investigación, razón por la cual se encuentra dividida en función a cada uno de ellos. En el primer aparte, se establecerán cuáles son los derechos de los que goza la población de enfermos mentales privados de la libertad con referencia al sistema jurídico colombiano; en el segundo, se establecerá cuál es el estado de la garantía a los derechos a la salud mental que brindan los centros penitenciarios en Colombia. El último aparte del trabajo, mostrará las distintas herramientas con las que jurídicamente, a nivel nacional y regional, cuentan los enfermos mentales privados de la libertad en Colombia.

2.1 DERECHOS DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN EL MARCO LEGAL COLOMBIANO

Este primer capítulo de la segunda parte, se encuentra relacionado con el numeral 1.3.4, con que ha sido cerrado el marco teórico del presente trabajo; en dicho numeral se mostraron los principios que permean aquello que en la legislación internacional se define como derechos de salud mental. Partiendo de estos principios, a continuación se mostrará cuáles son los derechos de los enfermos

[Escribir texto]

mentales según el sistema jurídico colombiano, resaltando aquellos que atañen a las personas privadas de la libertad en el país. Se responderá por lo tanto, al objetivo de elaborar un marco de normas jurídicas nacionales, desde las cuales se pueda establecer los derechos que deben garantizarse a la población discapacitada privada de la libertad.

2.1.1 ASIMILACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

El artículo 93 de la Constitución Política de 1991, establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”; el artículo señalado impone la figura de “bloque de constitucionalidad” estableciendo que los tratados internacionales ratificados por Colombia poseen el estatus de normas constitucionales y son un marco de interpretación de los derechos y deberes, cuyo cumplimiento es inobjetable, especialmente cuando su aplicación devenga contraria a normas de carácter inferior. El artículo 93 muestra la vinculación del sistema jurídico nacional a la tesis dualista frente a los tratados internacionales de derechos humanos, al tiempo que por medio de dicho artículo se puede sostener que aquellos instrumentos ratificados por Colombia poseen un carácter supralegal: esto quiere decir, siguiendo a Henderson (2004), que dentro de las tesis sobre incorporación de los instrumentos internacionales de derecho público, donde dicha incorporación puede ser instantánea (monismo) o sólo se cumple mediante desarrollo legislativo interno (dualismo), Colombia ha elegido la segunda de ellas; además, en el ordenamiento jurídico nacional estos tratados e instrumentos “no pueden modificar la Constitución, porque se hallan por debajo de esta, pero sí prevalecen sobre las leyes nacionales” (Henderson, 2004, pág. 79). Así, el bloque de constitucionalidad se puede entender como

un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional (Uprimny, 2007)

Aclarado el estatus de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, puede observarse la Figura 7, donde se enlistan aquellos que contemplan formas de protección a dicha población; básicamente, se trata de los mismos instrumentos que contemplan y desarrollan la salud mental y brindan trato especial a los enfermos mentales, acoplado la reglamentación atinente a la tortura y los tratos o penas crueles y aquellos preceptos que se desarrollan a nivel internacional para el manejo penitenciario y el trato a los reclusos.

Marco de aplicabilidad general	
Sistema Universal	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Sistema Interamericano (1948)	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Sistema Universal (1966)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Sistema Interamericano (1969)	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Sistema Interamericano (1988)	El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"
Sistema Interamericano (1966)	El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Sistema Universal (1984)	La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
Sistema Interamericano (1985)	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
Marco Específico: personas con Discapacidad Mental Privadas de la Libertad	

[Escribir texto]

Sistema Universal (1977)	Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
Sistema Universal (1991)	Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental
Sistema Universal (1999)	Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad
Sistema Universal (1988)	Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión
Sistema Universal (1990)	Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos
Sistema Interamericano (2008)	Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas
Sistema Universal (1982)	Principios de Ética Médica Aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes
Sistema Universal (2006)	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Sistema Universal (2006)	Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Figura 7. Instrumentos de derecho internacional generales y específicos, para la protección de los enfermos mentales.

Sin cuestionar los criterios de ratificación del Estado colombiano, los instrumentos legales mencionados en la Figura 7, ya han sido ratificados por Colombia, y por lo tanto forman parte del sistema legal nacional, salvo que se ha observado un incidente por la ratificación de Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, en el que se instituye un mecanismo que permitiría la realización de un sistema de visitas a los centros penitenciarios (Comisión colombiana de juristas, 2010, pág. 90) (Comisión colombiana de juristas, 2010, pág. 90). Esta renuencia a la ratificación por parte del Estado colombiano obviamente obedece a los constantes y fuertes requerimientos de varios organismos internacionales, orientados a solucionar los problemas de hacinamiento, y garantía de los derechos en los centros de reclusión (ONU, 2009; ONU, 2001; Universidad de los Andes, 2010)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

A continuación, en el numeral 2.1.2, se observará de qué manera el Estado ha procurado que estos instrumentos internacionales sean desarrollados legislativamente en el país. Posteriormente, en el numeral 2.1.3, se analizarán los criterios de interpretación jurídica constitucional aplicados a dichos desarrollos legales.

2.1.2 ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad que ha desarrollado legislativamente el Estado colombiano, parten de dos principios constitucionales: el del artículo 13 de la Constitución Nacional, donde se establece que *“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*. Y también, el principio del artículo 47 de la Constitución, donde se establece que *“el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

Inicialmente, la figura de la inimputabilidad dentro del sistema penal colombiano, se establece en el título IV del Código Penal; allí se establece como medida de seguridad para el inimputable, la de recibir tratamiento en un establecimiento psiquiátrico, clínica o institución adecuada de carácter oficial o privado (Arts. 70 y 71); dicha medida de seguridad se aplica por lo tanto a aquellas personas que sufren las enfermedades mentales de trastorno mental permanente o de trastorno mental transitorio con base patológica. Por mandato del articulado transitorio del Código Penitenciario y Carcelario, y por el Decreto 1141 de 2009 (modificado por el decreto 2777 de 2010), esta población debe encontrarse afiliada, como toda la

[Escribir texto]

población reclusa, al Sistema General de Seguridad social en Salud, en el Régimen Subsidiado; bajo la categoría de afiliación total del nivel 1 del SISBEN, eximiéndose así de la obligación de cancelar copagos y cuotas moderadoras.

Debe tenerse en cuenta que este trato especial a los reclusos enfermos mentales e inimputables se basa en el principio establecido en el artículo 68 del Código Penal, que establece la disminución de las consecuencias de la privación a la que se sujeta al preso, mediante la figura de reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave.

Respecto a qué instituciones prestan la atención a los enfermos mentales, los artículos del capítulo II, libro Cuarto sobre ejecución de medidas de seguridad del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), establecen que “el tratamiento de los inimputables por trastorno mental estará a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Además dentro del Código Penitenciario y Carcelario, se contempla la existencia de:

Los establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos [...] destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial. Estos establecimientos tienen carácter asistencial y pueden especializarse en tratamiento psiquiátrico y de drogadicción y harán parte del subsector oficial del sector salud. (Código Penitenciario y Carcelario art. 24)

En relación con los pabellones psiquiátricos, por mandato del inciso cuarto del artículo 24 del mismo código, tienen un carácter provisional, y debieron desaparecer en el año 2009, mientras ocurría el traslado total de reclusos enfermos mentales al sistema de Salud.

Además de los inimputables, que son aquellos que se encontraban en estado de enfermedad mental durante la comisión del delito, el artículo 107 del Código Penitenciario y Carcelario obliga a los directores de centros penitenciarios que cuando “*un interno presentare signos de enajenación mental [...] pedirá el*

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

concepto médico legal, el cual si es afirmativo, procederá a solicitar su ingreso a un establecimiento [...]adecuad[o ...], dando aviso al Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad”; en tal caso, según el artículo 466 del Código de Procedimiento Penal, el juez de ejecución de penas será quien determine el traslado del enfermo mental. En este caso, siguiendo a Castillo “es deber del INPEC ponerlo en el centro de rehabilitación señalado por el Sistema General de Seguridad en Salud” (Castillo, 2010, pág. 96)

Por lo explicado respecto a los casos que motivan la aplicación de medidas de seguridad, siguiendo a Gaitán y otros (2000) existen tres tipos de personas a las cuales se dirige el derecho de protección especial a la salud mental en los centros de reclusión: Inicialmente los que en el numeral 1.3.2.1 de este trabajo, fueron descritos como inimputables; también aquellos que habían sufrido anteriormente enfermedad mental pero no se encontraban afectados cuando cometieron el delito y aquellos que padecieron enfermedad mental sobreviniente, es decir, aquellos que presentan enfermedad mental al momento de encontrarse privados de la libertad (Castillo, 2010); sin embargo, no se observan apreciaciones específicas o incluyentes para quienes son inimputables del tipo de los enfermos mentales. Esta situación permite deducir por analogía, que en el caso de los enfermos mentales la cobertura se aplica de forma igual a la de los reclusos hospitalarios por enfermedad grave.

2.1.3 APORTES JURISPRUDENCIALES

El tema de los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad no cuenta en Colombia con aportes relevantes, como ocurre a nivel internacional, donde sobresalen autores como Michelle Funk (2004) , Lawrence Gostin (2009) o Hugo Cohen (2009); se ha encontrado que la producción teórica relacionada con la situación de los enfermos mentales privados de la libertad en el país, proviene

[Escribir texto]

de la actividad investigativa de universidades como la de los Andes o San Buenaventura, y de instituciones del orden nacional como la Procuraduría o la Defensoría del pueblo. Por su parte, dentro del ámbito jurídico, las principales fuentes de consulta sobre la situación de salud de los enfermos mentales corresponden a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Por medio de la Acción de Tutela y los fallos de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de criterios desde los cuales se pueden establecer y determinar formas de garantía y tratamiento especial a los reclusos con enfermedades mentales, concretamente en atención al artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario. Dos construcciones jurisprudenciales relevantes sobre el tema se encuentran en las sentencias T-247/96 y C-394/95, donde la Corte ordena el paso de los inimputables y enfermos mentales graves al sistema de General de Salud; ambas sentencias establecen que la existencia de pabellones psiquiátricos y sitios especiales de reclusión para enfermos mentales no constituyen un privilegio otorgado por el legislador sino una prudente medida de seguridad para este tipo de población, en razón a sus condiciones subjetivas.

De manera mucho más concreta, la Corte ha establecido que es deber del Estado otorgar protección especial a personas que por padecer una enfermedad mental se encuentran en circunstancias de indefensión y debilidad manifiesta. Igualmente, esta misma institución ha manifestado la relevancia de conceder derechos especiales a los enfermos mentales

“En distintas sentencias, la Corte Constitucional ha indicado la necesidad de brindar un trato especial a las personas discapacitadas y ha señalado que la omisión de ese trato especial puede constituir una medida discriminatoria. Ello, por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones” (Sentencia T-378/97).

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

En el presente numeral han sido explicados los elementos generales, desde los cuales la Corte ha venido elaborando sus fallos; a continuación, se describirán los que se encontraron como temas principales de jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto a los enfermos mentales privados de la libertad. Estos temas son tres: primero, la atención a la situación médica y de vulnerabilidad de los enfermos mentales privados de la libertad; segundo, el cumplimiento de las obligaciones institucionales y estatales frente a dichos enfermos-reclusos; y tercero, la lectura que desde la jurisprudencia se hace de la crisis penitenciaria.

2.1.3.1 Atención a la situación médica y de vulnerabilidad

La atención al grado de indefensión de los enfermos mentales privados de la libertad, comprende también la estimación de su propensión a ser víctimas de abusos y maltratos (Londoño, Martín, Juárez, Palacio, & Muñiz, 2010) (Londoño, Martín, Juárez, Palacio, & Muñiz, 2010). (Londoño et al., 2010) Ante esta realidad de la situación del enfermo mental, la jurisprudencia ha elaborado formas de exigencia de *asistencia* y de atención especial, fundadas en el principio de trato diferencial que señalado en las sentencias T-387/97 y T-836/05, entendiéndose que la forma de diferenciación para los enfermos mentales es de carácter positivo: "*los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una "diferenciación positiva justificada" en favor de sus titulares*"(Sentencia T-387/97); la diferenciación positiva no supone la actitud pasiva de la administración respecto al goce de los derechos de los enfermos mentales o cualquier grupo vulnerable, sino el trato más favorable para aquellos grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta.

Al pasar del tema de los derechos de los enfermos mentales en general al de aquellos que además se encuentran privados de la libertad, debe contemplarse un

[Escribir texto]

aspecto que se suma a la necesidad del trato diferencial positivo en salud: los reclusos por su condición deben ser privados de algunos derechos, sin embargo sus derechos de salud en cualquier caso poseen *plena vigencia*, por lo que cualquier privación y limitaciones a sus derechos de salud, significa un fuerte atentado contra sus derechos individuales (Gaitán, y otros, 2000, pág. 21).

“el cuidado de la salud, a cargo del establecimiento, en los campos médico, quirúrgico, asistencial, o el que implique tratamientos o terapias debe ser oportuno, es decir, ha de darse de tal modo que no resulte tardío respecto a la evolución de la enfermedad del paciente; aun en los casos en que la patología admita espera, si el preso sufre dolores intensos la atención médica o farmacéutica debe ser inmediata, por razones humanitarias, de tal manera que la demora en brindarla efectivamente no se convierta en una modalidad de tortura (Sentencia T-535/98). (Corte, Sentencia de Tutela número 535, 1998)

Se trata entonces de una situación de múltiple vulnerabilidad del derecho a la salud, la que caracteriza a los enfermos mentales privados de la libertad: por un lado, como enfermos mentales, requieren el trato especial que los artículos 13 y 47 de la Constitución les otorga; por otro, en su calidad de reclusos, la Constitución Nacional en su artículo 11, proscribire la pena de muerte, y en el artículo 12 determina que son innecesarias las penas que impliquen tortura, tratos crueles o degradantes. Al observar los estudios de caso de algunos trabajos sobre la población carcelaria y sobre los enfermos mentales puestos en pabellones psiquiátricos en las mismas (Defensoria del Pueblo Perú, 2005; Gaitán et al., 2000 y Palencia, 2009) se puede incluso afirmar que la inadecuada prestación del servicio de Salud a los enfermos mentales, constituye una forma de trato cruel y degradante.

Si bien el derecho a la salud no es en principio fundamental y adquiere dicho carácter sólo por su conexidad con derechos de tal rango, el juez de tutela debe examinar, en el caso de los reclusos -indefensos en razón de su estado y con frecuencia absolutamente imposibilitados para procurarse alivio por sus propios medios, por limitaciones físicas y económicas- la circunstancia concreta en la que, aun no hallándose la vida de por medio, cabe el amparo en defensa de la dignidad humana y de otros derechos

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

fundamentales a ella ligados. (Sentencia T-606/98) (Corte, Sentencia de Tutela número 606, 1998)

En relación con la jurisprudencia relacionada con el caso concreto de los enfermos mentales privados de la libertad, el tema merece la aplicación del método del test de igualdad, como sistema de análisis jurisprudencial orientado a establecer formas de igualdad material, entendida como aspecto determinante y “principio fundamental que guía las tareas del Estado con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales” (Galeano, 2011, pág. 4) en el sentido que se aplica en sentencias como la C-1064/2001 y T-262/2009.

La aplicación del test de igualdad supone basar la decisión en el principio de proporcionalidad, que siguiendo la doctrina constitucional europea, se le puede determinar como criterio de equilibrio “entre los medios empleados y el objetivo perseguido” (Galeano, 2011, pág. 7). También a esta relación entre medios y objetivos se debe agregar la determinación de de intensidad o escrutinio que permite determinar los niveles suave, estricto o intermedio según dicha relación entre medio y objetivos se haga necesaria (Galeano, 2011, pág. 9)

Respecto a los fallos de la Corte, relacionados con la crisis carcelaria, y su relación con los enfermos mentales privados de la libertad, la postura estatal deviene contraria a la idea de igualdad sustentada en el principio de proporcionalidad, en tanto, dicha postura ha consistido siempre en realizar de forma constante una inversión en infraestructura que nunca ha sido suficiente (Andes, 2010; Castillo, 2010 y Comisión, 2010), sin responder concretamente a los requerimientos de la comunidad de reclusos, reflejados en un gran número de casos de tutela interpuestos por la comunidad de presos y sus defensores.

[Escribir texto]

El fallo en igualdad de la Corte, que ha dado en la declaratoria del Estado de cosas inconstitucional, permite observar que el criterio de proporcionalidad aplicado por la Corte, es de carácter estricto, en tanto la imposición de cargas al Estado, especialmente el traspaso efectivo de la comunidad carcelaria al sistema de salud, constituye un medio que pese a ser de difícil cumplimiento para el Estado (ONU, 2009), garantiza el cumplimiento del derecho a la salud de los reclusos, y en el caso concreto, de los enfermos mentales privados de la libertad

2.1.3.2 Obligaciones de las autoridades administrativas

Siempre pensando que la restricción de algunos derechos del recluso comprendida en la sanción penitenciaria *“no significa que el recluso quede indefenso ante el ordenamiento jurídico y [...]se halle imposibilitado [...], para reclamar el respeto al núcleo esencial de la generalidad de sus derechos fundamentales”*(Sentencia T535 de 1998) (Corte, Sentencia de Tutela número 535, 1998), el sistema carcelario del Estado ha sido objeto de varias sentencias de tutela, donde la Corte Constitucional ha recomendado a las entidades encargadas del cuidado de los reclusos mejores perspectivas de servicio y de atención siempre recordando que *“no es aceptable [...]que un organismo o institución de seguridad social del Estado pueda desentenderse [...] del tratamiento y de los cuidados que requiere un paciente en especial [...]personas que por su condición[...] mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”* (Sentencia T-430/94) (Corte, Sentencia de tutela número 430, 1994)

Es por esta razón que además de recordar a las instituciones su deber de prestación del servicio de salud, en sentencias como la T-900/05 (2005) se estableció que:

“(...) los deberes de las autoridades a este respecto son claros e implican el aseguramiento de la prestación de los servicios de salud requeridos por cada interno, sin poder escudar el incumplimiento en razones como la falta de presupuesto, de instituciones de salud o de personal médico, así como

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

tampoco en el presunto carácter no urgente de la afección o la prelación de otros presos”

Este aparte citado muestra una nueva dimensión dentro de las solicitudes que la Corte realiza al Estado, ya que más que solicitar el cumplimiento especial del derecho a la salud, se exige que el trato dado en las instalaciones penitenciarias del país responda a mínimos de dignidad para el recluso; es por esto, que en otros pronunciamientos de la corte se estime que el deber de custodia de la población de reclusos del país comprende un conjunto de deberes para el Estado:

(...) la reclusión de una persona en un establecimiento carcelario o penitenciario, le impone al Estado una serie de deberes especiales directamente encaminados a hacer efectivos los derechos de los cuales goza el sujeto recluso. De otra manera, tales derechos no pasarían de ser declaraciones retóricas sin ninguna eficacia (Sentencia T-966/2000) (Corte, Sentencia de tutela 966, 2000)

Se entiende entonces que tanto las autoridades penitenciarias, haciendo parte del entramado institucional del Estado, como éste en su condición de garante, tienen el deber de proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad en general, pero en particular con las personas con discapacidad mental. Protección que implica también que las autoridades tienen la responsabilidad de adoptar las decisiones necesarias para proteger la *seguridad* de este tipo de reclusos; en el caso de los enfermos mentales, dichas decisiones implican la reubicación al sistema General de Salud o al pabellón psiquiátrico, como en el caso de la sentencia T-611 de 2000.

2.1.3.2.1 La doctrina de la relación de sujeción

Según Gaitán y otros, en varias sentencias de la Corte Constitucional, se realiza una lectura de la relación que se establece entre la persona privada de la libertad y el Estado, estimando que la orientación jurisprudencial de la Corte consiste en argumentar que: “muchos de los derechos que habitualmente son considerados o

[Escribir texto]

catalogados como derechos de prestación se convierten en derechos de aplicación inmediata” (Gaitán, y otros, 2000, pág. 18), entendiendo los derechos de prestación como aquellos que normalmente requieren para su desarrollo un acto positivo por parte de quien lo sustenta. Esto quiere decir, que el derecho a la salud de los reclusos, por su condición, posee un nivel de exigencia distinto del que posee un ciudadano normal

“La relación entre el Estado y los reclusos no responde a la misma lógica que impera en las relaciones entre el Estado y los particulares, pues mientras estas últimas suponen la libertad del individuo para escoger y satisfacer ciertas necesidades, las primeras se basan precisamente en la inexistencia de este supuesto pues el Estado cuenta, en este caso específico, con la posibilidad de modular o limitar los derechos de los reclusos” (Gaitán, y otros, 2000, pág. 18)

La idea de relación de sujeción resulta ser el criterio para exigir la responsabilidad del Estado, más importante que puede encontrarse dentro del conjunto de sentencias dedicadas al tema penitenciario; este criterio es seguido por las sentencias T-596 de 1992, T-318 de 1995, T-065 de 1995, y T-705 y 706 de 1996, 424 de 1992, 596 de 1992, 219 de 1993, y 222 de 1993 en las cuales se explica que dicha relación de sujeción sostiene la autoridad y el orden dentro de los centros de reclusión, al tiempo que garantiza la resocialización de la persona privada de la libertad; es por esto, que desde esta postura, corresponde al Estado una responsabilidad especial sobre los derechos de los reclusos, tal como lo señala el Magistrado Ponente José Gregorio Hernández en la ya citada sentencia de Tutela 535 de 1998:

Además, el Estado responde por los daños que pueda sufrir el recluso en su integridad en el caso de riñas, atentados o motines en el interior de la cárcel. Y, por supuesto, es de su responsabilidad el mantenimiento de las condiciones mínimas de higiene, seguridad y salubridad 10, así como todo lo relativo a la debida alimentación del personal sometido a su vigilancia (Corte, Sentencia de tutela 535, 1998) (Sentencia 535/98)

Resulta importante establecer la importancia que dentro del derecho administrativo posee la doctrina de la relación de sujeción, como aspecto que caracteriza la

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

relación entre el preso, o en este caso el enfermo mental privado de la libertad; respecto a este tema, Enrique Gil botero, explica que la relación de sujeción además de un fuerte vínculo de pertenencia, permite una mayor intervención administrativa sobre los derechos y libertades fundamentales (Gil, 2011, pág. 94) La sujeción además, impone limitaciones al Estado tanto en su potestad en la limitación de derechos de los reclusos, como en la naturaleza de las medidas tomadas por las autoridades penitenciarias, pues no cualquier medida carcelaria puede ser apropiada al recluso (Gaitán, y otros, 2000).

2.1.3.3 Lectura de la crisis penitenciaria

Se percibe una agudización de la que ha sido llamada “crisis carcelaria” la cual es una de las dimensiones del problema estructural de la justicia en Colombia; judicialmente, la lectura que entrega la Corte Constitucional colombiana se encuentra descrita en las sentencias T -606 y T-153 de 1998, donde al evaluar la situación de atentado a los derechos de los reclusos se declaró un estado de cosas inconstitucional en materia de salud y asistencia médica a las personas recluidas en penitenciarias del país con Unidades de Salud Mental.

“el de la salud representa, en los establecimientos carcelarios colombianos, un factor de constante vulneración de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y una faceta más del estado de cosas inconstitucional que afecta en general a las cárceles del país”(Sentencia T-153/98) (Corte, Sentencia de Tutela 153, 1998)

En estas sentencias se ordena llevar a cabo trámites necesarios para construir o convenir un sistema de seguridad social en salud subsidiada que cobije a los detenidos y condenados del país en general. Se entiende por Estado de cosas inconstitucional a “un mecanismo o técnica jurídica creada por la Corte Constitucional, mediante la cual declara que ciertos hechos resultan abiertamente contrarios a la constitución por vulnerar de manera masiva derechos y principios

[Escribir texto]

consagrados en la misma” (Quintero & Navarro, 2009). En el pronunciamiento de estado de cosas inconstitucional en las instituciones carcelarias, la Corte determina que:

“(...) en el caso de los reclusos indefensos en razón de su estado y con frecuencia absolutamente imposibilitados para procurarse alivio por sus propios medios, por limitaciones físicas y económicas la circunstancia concreta en la que, aun no hallándose la vida de por medio, cabe el amparo en defensa de la dignidad humana y de otros derechos fundamentales a ella ligados (Sentencia T-607/98). (Corte, Sentencia de tutela número 607, 1998)

En desarrollo de la figura de estado de cosas inconstitucional la Corte constitucional realiza un análisis cualitativo desde el enfoque de los derechos humanos (Gaitán, y otros, 2000, pág. 31), enfoque que enriquece la lectura que ha realizado la mayor parte de instituciones estatales, las cuales privilegian aspectos cuantitativos (Defensoría del Pueblo, 2005; CONPES, 2004 y Restrepo, 2011). Este enfoque permite resaltar tres elementos de la problemática los cuales son: las variaciones en los tipos jurídicos provocados por la legislación y política criminal, las deficiencias de funcionamiento interno y la selectividad del sistema por cierto tipo de delitos y personas (Gaitán, y otros, 2000).

De modo general, ante el análisis de derechos realizado por la Corte Constitucional, la respuesta del Estado a los reclamos judiciales por las fallas de tipo administrativo normalmente se disculpan por problemas financieros; ante esto en 2001, la Corte estableció que este argumento aplicado al tipo de fallas, que afectan sensiblemente la salud de los internos, no excusa al Estado (Sentencia T-512/01) (Corte, Sentencia de tutela número 512, 2001). La actitud del Estado trae serias consecuencias, pues muestra un propósito de evadir la fuerte necesidad de la asistencia del Estado en aplicación de los derechos de reclusos; igualmente, distorsiona la aplicación de varios principios: el de indivisibilidad, en el que se reconoce que los derechos son parte de un todo y que la garantía de los mismos no puede ser parcial, y el de interdependencia, en el que se reconoce la relación

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

de complementariedad de los derechos donde el goce de unos repercute en el ejercicio de otros.

Otro aspecto importante de la labor jurisprudencial de la Corte, ha radicado en hacer eco de una lectura de la situación carcelaria en Colombia, así, Se percibe al acelerado incremento de la crisis agudiza el problema estructural de la justicia en Colombia (Sentencia T606/98). Como se ha podido observar en estos tres numerales que explican el papel de La Corte Constitucional y sus principales temas de análisis dentro del caso de los enfermos mentales privados de la libertad, la Corte juega un papel fundamental frente a la aplicabilidad de los instrumentos internacionales y la protección de los ciudadanos, ya que por medio de sus fallos ha permitido aterrizar al caso concreto y materializar el contenido literal de los tratados e instrumentos de salud mental; justamente exigiendo a las instituciones sus obligaciones para con la población en mención. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en otras dimensiones del problema de los enfermos mentales privados de la libertad, en ocasiones los pronunciamientos de la Corte se postula una proyección del sistema de salud, opuesto al de garantías que hasta el momento se ha expuesto; por ejemplo, en sentencia T-530/99 (1999) define el derecho a la salud como un derecho prestacional y no fundamental, aludiendo así a su carácter progresivo. Estos elementos se suman para abarcar, con pocas esperanzas de encontrar un panorama promisorio, una descripción desde sus aspectos materiales, de la garantía al derecho a la salud mental de los enfermos mentales, en Colombia, la cual será el tema el numeral que empezará a continuación.

[Escribir texto]

2.2 SITUACIÓN ACTUAL DE LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD

Antes de desarrollar el tema de la garantía a los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, debe anotarse que en estudios de diversas instituciones se llama la atención sobre la escasa veracidad y actualización de la información que posee el Estado respecto a la situación de los presos en Colombia (Universidad de los Andes, 2010 y ONU, 2010); situación que hace difícil una lectura completa de tipo cuantitativo de la garantía de derechos de salud dentro de las cárceles. Sin embargo, serán tomados los elementos de garantía de la salud mental para enfermos mentales elaborados en el numeral 1.3.4.3, ubicando las debilidades o fortalezas que los informes carcelarios postulan sobre cada uno, de forma que pueda establecerse cuál es el estado de las garantías de la salud mental en los establecimientos penitenciarios.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), adscrito al Ministerio del Interior y de Justicia, institución encargada de las personas privadas de la libertad en el país, tiene a su cargo “139 Cárceles del orden nacional sumadas a las Cárceles municipales que son 114, para un total de 253 centros de reclusión en el país” (ONU, 2009). En lo concerniente a los enfermos mentales, estos se encuentran ubicados en tres unidades de salud mental, en las cárceles Modelo de Bogotá, Medellín y Santiago de Cali. Esta aclaración resulta importante, pues debe recordarse que el Código Penitenciario y Carcelario ordenó el desmonte de las unidades o pabellones psiquiátricos al realizarse el total traslado de los presos al sistema General de Salud; la continuidad actual de estos pabellones y unidades significa que el paso total de la comunidad carcelaria al Sistema General de Salud no se ha efectuado de forma total y funcional, situación que inserta el caso de los derechos de los enfermos de salud mental para los enfermos mentales privados de la libertad en la crisis carcelaria, y concretamente en la figura Jurisprudencial constitucional del “Estado de cosas inconstitucional en materia de Salud” en las

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

instituciones penitenciarias (Corte, Sentencias T-535, T-607, T-606 y T-153 de 1998)

Desde finalizada la década del noventa, el tema carcelario ha parecido tomar una relativa relevancia dentro del ámbito político, prueba de ello son los estudios institucionales sobre el tema, parte de los cuales conforman las referencias de la presente parte del trabajo; para Gaitán y otros (2000), en el conjunto de análisis realizados sobre el tema carcelario, puede clasificarse en dos grandes tendencias: la primera de ellas sugiere que los problemas carcelarios poseen una respuesta al interior del sistema mismo, inclinándose a hacer análisis de tipo cuantitativo; una segunda tendencia explica los problemas carcelarios desde el discurso de los derechos humanos, privilegiando el análisis cualitativo.

2.2.1 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO A LA SALUD MENTAL

2.2.1.1 La ausencia de datos

Desde el marco de la crisis carcelaria del país, que ha sido establecido en el presente trabajo desde la figura constitucional del “estado de cosas inconstitucional”, resulta difícil llegar a resultados positivos o a simples fortalezas del sistema, respecto a la garantía de los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad. Siguiendo un ejemplo, en el estudio realizado por Gaitán y otros (2000), se muestra cómo salvo el, deplorable caso de la Cárcel Nacional Modelo en la mayor parte de centros de reclusión existen servicios de garantía de salud mental demasiado incipientes, los cuales en la mayor parte de los casos se confunden con los de servicios de salud general.

[Escribir texto]

En relación con cifras de enfermos mentales, no se tiene un dato establecido del total de personas que en la actualidad necesitan tratamiento de salud mental, salvo aquellos datos que podría brindar el sistema judicial sobre inimputables y casos de traslados al sistema general de Salud; sin embargo dicho dato no existe, a pesar que en el año 2010 la Defensoría del pueblo realizó un informe de la situación de los internos con enfermedad mental sobrevenida (Defensoría del Pueblo, 2010) (Defensoría del Pueblo, 2010), y que en el mismo año instituciones como la Universidad de San Buenaventura hayan realizado simposios internacionales penitenciarios y de derechos humanos (Castillo, 2010). Las únicas cifras que se pueden tomar respecto a esta población corresponde a datos sobre esta población corresponden a las “visitas” que en su labor algunos investigadores realizan a los pabellones psiquiátricos (Defensoría, 2010 y Garcia, 2000); así se tienen cifras como la del pabellón especial de la Cárcel Nacional Modelo, donde mientras algunos hablan de solo 70 personas (Gaitán, y otros, 2000, pág. 55), mientras que la Defensoría habla de 39 (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 6) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 6).

En datos del año 2010, la Defensoría del Pueblo (2010, pág. 18) (2010, pág. 18) estimó que cerca de 559 personas que sufren de enfermedad mental no son tratadas en una unidad de salud mental y deben permanecer reclusos con los demás internos, contrariando las disposiciones de tipo internacional y nacional y el tratamiento especial del que habla el Código Penitenciario y Carcelario en Colombia. En otras palabras, el dato de la Defensoría habla de 559 casos que pueden ser orientados jurídicamente a denunciarse ante organismos internacionales por Tortura. Una de las evidencias encontradas de la violación constante y sistemática de derechos humanos en las prisiones consta en el informe del Alto Comisionado donde se hace referencia a “los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes producto de la violencia y las malas

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

condiciones de detención” (Alto Comisionado, 2001, págs. 12-13) como una de las problemáticas más persistentes y graves dentro de los centros carcelarios.

El peor indicio del descuido a los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, consiste en que dentro de los informes que contemplan el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, tal vez debido a que puede entenderse que estas están excluidas de los ambientes penitenciarios porque deberían ser atendidas por instituciones del Sistema general de Salud; al respecto no aparece dato alguno sobre enfermos mentales en ningún estudio internacional (Universidad de los Andes, 2010; ONU, 2009 y ONU, 2001)

2.2.1.2 El uso de la analogía con el problema de salud penitenciaria

Intentando brindar una lectura de la situación de la garantía del derecho a la Salud de los enfermos mentales, debe por lo tanto tomarse como fuentes las fallas que se le imputan al sistema de Salud destinado a los reclusos. Así, la Universidad de los Andes (2010) llama la atención respecto a cómo desde el año 2004 muchas deficiencias en el servicio de salud a los reclusos, eran ya visibles, entre ellos la falta de personal de planta para atención de salud, y las dificultades para movilización de los internos a programas de atención médica especializada. En su momento, para subsanar las deficiencias en salud, el Estado entabló un convenio con Caprecom, pero al hacer el seguimiento, de los resultados de tal iniciativa, se observa que permanecen aquellas situaciones deficientes, al tiempo que dicho convenio fracasó rotundamente.

Frente al tema de manejo de medicamentos, los estudios realizados por la Defensoría del pueblo advierten la falta de control adecuado en el “manejo riguroso de los fármacos que consumen los internos-pacientes, ya que son varias personas las encargadas de suministrarlos, en casos las enfermeras, en

[Escribir texto]

otros los guardianes e incluso internos, disolviéndose así la responsabilidad administrativa” (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25).

Analizando el caso concreto de los enfermos mentales privados de la libertad en la cárcel “Modelo” de Bogotá, la Defensoría del Pueblo encontró que en el área de enfermería no existe un sitio para almacenar los medicamentos, varios están con fecha de expiración; los elementos de reanimación están en malas condiciones, el área de enfermería no cuenta con las mínimas normas de higiene, al tiempo que no existe un registro de administración de medicamentos (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 7) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 7); además, el control médico dentro de esta cárcel muestra que “en las pocas historias clínicas que se encuentran no hay anotaciones sobre la evolución de los pacientes y el suministro de medicamentos” (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 7). En una inspección realizada dentro del área de atención especial, la Defensoría del Pueblo observó también que muchos pacientes se encontraban en condiciones de desaseo; García y otros agregan en su descripción de esta área que muchos de los reclusos internos provienen de la indigencia y existe un alto registro de consumo de sustancias psicoactivas en las personas encontradas en el lugar (Gaitán, y otros, 2000, pág. 61 y 62)

En la garantía y/o atención de la salud mental de los reclusos, en general se presenta una situación grave en los centros de reclusión, ya que existe déficit de personal especializado que brinde el tratamiento oportuno y adecuado a estos internos pacientes (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25).

El ya citado informe de la defensoría del pueblo sobre población con enfermedad mental sobrevenida (Defensoría del Pueblo, 2010) (Defensoría del Pueblo, 2010) denunció que no se observó la existencia de terapias en realización con muchos de los enfermos reclusos, al tiempo que encontró con alarma que la visita del

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

especialista (psiquiatra al sitio) se realiza una vez al mes en la cárcel de “La Modelo”. En las unidades psiquiátricas mencionadas existen celdas de “aislamiento” donde los internos duermen en el piso, con sus pertenencias, alimentos y materias fecales, “las deplorables condiciones de reclusión en las que se encuentra el referido interno, sin duda, atentan contra la dignidad de cualquier ser humano, y constituyen un trato cruel, inhumano y degradante” (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 9) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 9)

Como si fuera poco, en el caso comentado, los hallazgos de la Defensoría del pueblo muestran que “en la mayoría de las historias clínicas revisadas no reposa la valoración por Psiquiatría de Medicina Legal” (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 7) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 7), por lo que se deduce que la situación de enfermedad mental no es vinculada efectivamente a la situación jurídica del recluso. Así, a nivel judicial existen múltiples denuncias de reclusos, abogados defensores y organizaciones de Derechos Humanos, en el sentido que en historias clínicas, cartillas biográficas y prontuarios de los internos recluidos en las unidades de salud mental, no aparecen los dictámenes que demuestren que el recluso padece enfermedad psíquica o el concepto médico legal que avale esta situación, razón por la que su ubicación en dicha unidad no tiene, por lo menos, el sustento médico científico necesario y podría obedecer a otros motivos no declarados.

2.2.2 CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES ADMINISTRATIVAS

Entre sus disposiciones transitorias, el código penitenciario y carcelario (ley 65 de 1993); cuenta con el caso del artículo 24, donde se estableció un plazo de 5 años al Gobierno Nacional para “desaparecer los anexos o pabellones psiquiátricos, así como trasladar la mayor parte de su población a centros especializados; se supone entonces que las unidades de salud mental “ya debería estar o bien

[Escribir texto]

extinta o bien en vías de desaparición” (Gaitán, y otros, 2000, pág. 55). Pese a esta disposición, en la actualidad estas divisiones dentro de las cárceles se mantienen de forma poco funcional dentro de los centros de reclusión.

En relación con la atención del Estado al tema carcelario, resulta paradójico destacar la recurrencia del tema carcelario en todos los planes de desarrollo que han regido desde la administración de Julio César Turbay; sin embargo, aunque el tema carcelario ha sido objeto de estudios de planeación, y en especial un Documento de Planeación Social destinado a aliviar la situación de hacinamiento penitenciario (DNP, 2004), siguiendo los principales documentos de lectura del problema de hacinamiento se puede concluir que en conjunto de proyectos institucionales adolecen de falta de continuidad, presupuesto y atención del orden nacional (Gaitán, y otros, 2000, págs. 15-17; Andes, 2010; ONU, 2009 y ONU, 2001).

Claramente el problema de hacinamiento carcelario repercute en la falta de atención a los enfermos mentales privados de la libertad, en tanto aquellos lugares a los que normalmente son trasladados los enfermos mentales comparten aspectos relacionados con el déficit de infraestructura carcelaria: tanto el informe de la Defensoría del pueblo (2010) (2010) como el aparte sobre el pabellón psiquiátrico de la Cárcel “Modelo” realizado por García y Otros (Gaitán, y otros, 2000, págs. 53- 65) denuncian el deterioro del espacio físico que ocupan los internos en la Unidad de Salud Mental de la cárcel; describiendo dicha situación de deterioro físico la Defensoría encuentra problemas de humedad por la filtración de aguas lluvias, sanitarios y duchas dañados, y diversos problemas control de aguas residuales; divisiones entre las camas, por medio de cobijas y sábanas muy delgadas, con algunos reclusos enfermos durmiendo en colchonetas en el piso; Las ventanas de los salones, en los que duermen, no tienen vidrios lo que hace que los internos soporten temperaturas, en las madrugadas, de entre 6°C y 9°C. Estas situaciones involucran el trato digno a estas personas y compromete su salud (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 6) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 6).

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Uno de los aspectos sobre los cuales más se llama la atención es la negativa de trasladar a los reclusos con enfermedades mentales y la permanencia de los mismos en espacios comunes a los demás reos, pone en riesgo tanto a quienes son enfermos mentales como a quienes no, porque no reciben la atención y tratamiento indicado y no se puede garantizar la seguridad ni de unos ni de otros (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 12) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 12).

2.2.3 LA SITUACIÓN ESTATAL FRENTE AL PROBLEMA

2.2.3.1 Respuesta estatal ante la crisis

Una de las respuestas estatales más frecuentes a la problemática carcelaria actual en Colombia ha sido la creación de nuevas instituciones penitenciarias (Comisión colombiana de juristas, 2010, pág. 81) (Comisión colombiana de juristas, 2010, pág. 81) es el caso del documento CONPES 3277 (2004), donde a pesar de ser contempladas varias causas para el caso del hacinamiento carcelario, la solución estructural propuesta por el Consejo de política social consiste en aumentar la infraestructura carcelaria. Sin embargo las cifras históricas de hacinamiento siempre han mostrado desde 1990 hasta el presente, que la población reclusa siempre ha superado la capacidad de las instituciones carcelarias. Esta solución, basada de ampliación de infraestructura carcelaria, es una constante con la que nunca se llega a una solución satisfactoria: si bien los gobiernos durante las últimas décadas han procurado la ampliación de cupos para las personas privadas de la libertad, la tasa de hacinamiento ha presentado en los últimos años altibajos, pero actualmente sigue siendo muy alta y va en ascenso (Restrepo L. D., 2011). En el año 2010 la tasa de hacinamiento se acercó a un 40%. En todo caso, resulta importante citar un aparte de la sentencia sobre el respecto: “el problema de las prisiones no se soluciona únicamente con dinero y

[Escribir texto]

construcciones. Todo parece indicar que en el país sigue primando una concepción carcelaria del derecho penal. Mientras esta concepción continúe imperando nunca habrá suficiente espacio en las prisiones” (Sentencia T-153/98) (Corte, Sentencia de Tutela 153, 1998)

El estado de garantía de los Derechos Humanos en este grupo de reclusos “es más discriminatorio cuando se trata de mujeres privadas de la libertad, ya que no existe directriz alguna que indique que en los establecimientos de reclusión para mujeres exista un sitio especialmente adecuado, de carácter transitorio, de manejo de salud mental donde pueda ser ubicada la reclusa cuando le sobrevenga o desarrolle una enfermedad mental en el ámbito de la prisión” (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25) (Defensoría del Pueblo, 2010, pág. 25).

Haciendo un balance de cumplimiento de las disposiciones al respecto, en los centros de reclusión, actualmente en Colombia no se observan mayores avances en su aplicación, lo cual configura, por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias, un desconocimiento al respeto de los Derechos Humanos de las mencionadas personas con enfermedades mentales o quienes, las mismas les sobrevienen en reclusión. El fin buscado por el Estado y por la legislación penal difícilmente será alcanzado en las condiciones actuales por lo que se hace necesaria una medida radical que traiga resultados significativos.

2.2.3.2 Compromisos incumplidos por el Estado Colombiano y el tema de la tortura

En síntesis, en contra del Estado, se contemplan serias violaciones a los derechos humanos y falta de aplicación de los instrumentos internacionales de protección de derechos. Se viola el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, pues al mantener a los reclusos en centros con deficiencias en sus estructuras físicas, se promueve un trato cruel contra estas personas en estado de vulnerabilidad obligándolas a padecer situaciones que atentan contra

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

su bienestar físico. En esta situación concreta, se viola el artículo 11 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, referido a la salud y el bienestar al ser obligados a permanecer en lugares malsanos, no contar con medicamentos adecuados y no darse un tratamiento adecuado de seguimiento y control de su enfermedad.

Tampoco se respeta el Pacto internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece que “toda persona que se prive de la libertad deberá ser tratada con respeto a su dignidad humana inherente fortaleciéndose tal situación” (Art 10, numeral 1), lo que se hace evidente al haber situaciones en las que los enfermos privados de libertad además del hacinamiento deben sobrellevar su existencia en lugares de poco aseo y en los que ni siquiera cuentan con una cama en las instituciones de atención.

Resulta importante establecer hasta qué punto la situación a la que se obliga a padecer a los reclusos con enfermedades mentales se configuran en tortura, pues la falta de atención y la precariedad de los recintos y medios para su adecuado tratamiento, es una situación que puede traducirse, en un atentado a los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad a la luz de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Las privaciones a las que son sometidos los reclusos en general y en el caso específico de aquellos que tienen enfermedades mentales resultan ser actos que infligen sufrimiento físico y psicológico, tanto por acción (por ejemplo obligarles a habitar sitios insalubres y en condiciones precarias) y por omisión (cuando el Estado no ofrece los medios y lugares adecuados para llevar su rehabilitación y resocialización, al no ofrecer el tratamiento adecuado) constituyen formas de tortura originadas en problemas de cumplimiento administrativo a los enfermos mentales, y en general a la población carcelaria.

[Escribir texto]

Este tema de la Tortura no ha sido un tema de fácil reconocimiento jurídico en Colombia, pues esta figura normalmente se relaciona con su contenido de abuso de poder y acompañamiento de tratos humillantes. Sin embargo, recopilando lo expuesto desde el numeral 2.2, se puede afirmar que en Colombia se presenta tortura por parte del Estado hacia las personas privadas de la libertad con discapacidad mental, siempre que se pueda comprobar la negligencia de las instituciones penitenciarias o de salud; hecho procesal que no resulta difícil de configurar en consecuencia del grave hacinamiento presentado en los sitios de reclusión, en virtud de las fallas estructurales y de una política criminal inadecuada que desemboca en la vulneración de derechos fundamentales.

En relación con las disculpas del Estado Colombiano frente al problema carcelario, varios análisis de la situación carcelaria (Andes, 2010; ONU, 2009; Restrepo, 2011; ONU, 2001) permiten demostrar que el Estado Colombiano está descuidando su obligación de dedicar recursos para garantizar condiciones óptimas, no sólo a los discapacitados, sino en general a todos los privados de la libertad. Por esto aunque la tortura no es una práctica que el Estado acepte dentro de las penitenciarías y cárceles colombianas, como aparece en los principios del Código Penal y en los artículos 11 y 12 de la Constitución Nacional, la política carcelaria colombiana ha llevado a que en los centros de reclusión se configuren situaciones denigrantes y crueles que fácilmente se pueden describir desde la tipología penal internacional denominada tortura. Así lo sostiene claramente la Comisión Colombiana de Juristas (2003) apreciando que “el Estado colombiano no cumple con la obligación contenida en el artículo 11 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para evitar que se cometan torturas contra las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión” (Informe 2003; Pág. 22).

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

2.3 HERRAMIENTAS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL CON QUE CUENTAN LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PRIVADAS DE LA LIBERTAD.

En el presente capítulo se intentará dar respuesta a uno de los objetivos específicos del trabajo, el cual consiste en mostrar cuáles son los principales instrumentos jurídicos con que cuentan los enfermos mentales privados de la libertad, para la exigencia de su derecho a la salud mental. En otras secciones de la segunda parte de este trabajo, se ha brindado un panorama normativo y jurisprudencial de la forma como los derechos de los enfermos mentales se concretan en el sistema jurídico nacional. A continuación, se tomarán los principios descritos en el numeral 1443, y se intentará mostrar cuál resulta ser la herramienta más apropiada según el sistema jurídico colombiano, para hacerlo efectivo.

Debe aclararse que el peso de la crisis penitenciaria, y la constatación del estado de cosas inconstitucional en salud que involucra a los enfermos mentales privados de la libertad, como parte de la comunidad de reclusos, permite plantear una seria reserva sobre la real posibilidad del efectivo cumplimiento de los derechos de este tipo de enfermos mentales; razón por la cual se planteará en la mayor parte de los casos la tutela como mecanismo idóneo dentro del sistema jurídico nacional para garantizar la salud mental de los reclusos que padecen enfermedades mentales.

2.3.1 DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD FÍSICA Y MENTAL

El elemento fundante del derecho a la salud en el derecho internacional es la facultad que el Estado brinda a los ciudadanos de poder gozar del derecho a la salud en todas sus dimensiones (OMS, 1946); Se trata de un principio vinculado a la Constitución Nacional, en su artículo 48, y que por vía de la figura del “Bloque

[Escribir texto]

de constitucionalidad” del artículo 93 de la Carta Política, forma parte de la legislación nacional, por formar parte del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de la ONU

Pese a que su existencia puede corroborarse de manera expresa como también tácita dentro de la legislación sobre salud, debe recordarse que en los pronunciamientos de la Corte Constitucional de las sentencias T-760 de 2008 y T-068 de 2010 la Corte, de forma similar a como se ha descrito para el sistema carcelario, ha establecido también la figura de estado de cosas inconstitucional para el sistema de salud colombiano.

Difícil resulta dentro de este marco, establecer un mecanismo de protección al derecho a la Salud que poseen los enfermos mentales privados de la libertad, especialmente cuando, partiendo del artículo 48 de la Constitución Nacional, se caracteriza a la salud como un “Servicio” antes que como un “Derecho”, y en virtud de esta categorización dentro del sistema de salud el “acceso al servicio ha sido obstaculizado mediante la exigencia previa de que se paguen sumas de dinero, si se carece de capacidad económica” (Sentencia T-760/08) (Corte, Sentencia de tutela 760, 2008).

Se entiende entonces que el mecanismo más apropiado para garantizar el disfrute más alto de salud física y mental para los enfermos mentales privados de la libertad, resulta ser la Acción de Tutela. Desde luego, privaciones que se encuentran ligadas al manejo penitenciario pueden limitar este “Alto nivel” que se debe garantizar a cualquier enfermo mental. Pero, en todos los casos, debe estimarse que por su particularidad, el tratamiento médico del enfermo mental debe contemplar el mayor número de dimensiones posibles dentro del derecho a la salud (Funk, 2004)

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

2.3.2 CORRECTA ATENCIÓN, DIAGNÓSTICO Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS

En relación con el diagnóstico, al contrario de lo ocurrido en caso del derecho a la salud en general, su exigencia muestra un campo mucho más amplio de acción y exigibilidad. Siguiendo a Cohen (2009) debe tenerse en cuenta que el diagnóstico para el enfermo mental privado de la libertad debe establecerse en dos momentos: el primero, que permite establecer su situación como inimputable (Código Penal Colombiano, artículo 31; Código de Procedimiento Penal artículos 465 y 466) o su traslado al sistema General de salud o a un Pabellón psiquiátrico cuando la enfermedad mental es sobreviniente (Artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario). Como lo comenta Castillo (2010), en el segundo de los casos se recurre al procedimiento establecido en el artículo 107 del Código Penitenciario y Carcelario, en el cual median dos decisiones médicas: la del profesional del centro penitenciario y la de Medicina Legal, cuyo criterio es el decisivo. El segundo momento del diagnóstico, ocurre como evento del progreso del tratamiento de la enfermedad mental.

Tanto la atención como evento de tratamiento del enfermo mental sobreviniente como el de cualquier otro que por motivos distintos a los de la inimputabilidad llegue a ser recluido en un pabellón psiquiátrico, se encuentra marcado por el estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario: los análisis realizados en estos lugares (Defensoría, 2010 y Gaitán, 2000) insisten en que dentro de estos lugares existen problemas de personal médico idóneo y de recursos para el adecuado funcionamiento, los cuales repercuten en la calidad de los diagnósticos; concretamente en el estudio de Gaitán y otros (2000) se mencionan problemas de tratamiento como en que ocurre ante la poca selección de reclusos según su enfermedad mental:

[Escribir texto]

“es de esperar que una gran variedad de enfermos mentales, recluidos a la fuerza unos con otros, empiecen a “replicar” los síntomas que se presentan entre unos y otros, haciendo más compleja la labor de diagnóstico y tratamiento” (García, y otros, 2000, pág. 56)

Las denuncias sobre ausencia de historias clínicas y tratamiento realizadas en el estudio de la Defensoría del pueblo sobre enfermos mentales sobrevivientes en instituciones carcelarias (2010) constituyen en principal atentado contra el principio de correcta atención a los enfermos mentales privados de la libertad. A este respecto, las herramientas de protección son dos: El recurso de Habeas Corpus, consagrado en el artículo 30 de la Constitución Nacional y desarrollado por la ley 1095 de 2006. Además, nuevamente la Acción de Tutela se constituye en una herramienta para garantizar el correcto diagnóstico para un enfermo mental privado de la libertad, cuando forma parte del seguimiento del tratamiento de la enfermedad mental.

Se puede concluir que el principal problema de diagnóstico para los enfermos mentales privados de la libertad en el marco de la crisis carcelaria, está determinado por la ausencia de personal médico dentro de los centros de reclusión; por este factor, generalmente no ocurren valoraciones imprecisas, sino que se presenta la ausencia de diagnósticos. Un mecanismo que puede resultar efectivo para una correcta atención a la enfermedad mental de los reclusos, consiste en el requerimiento ante el Juez de ejecución de penas del procedimiento establecido dentro del artículo 107 del Código Penitenciario y Carcelario, donde se decida el traslado del enfermo mental al Sistema General de Salud, siempre evitando la reclusión en Pabellones Psiquiátricos.

Respecto al suministro de medicamentos, es de suponer que la categoría de afiliación al sistema de Seguridad Social que poseen los reclusos, garantiza una total cobertura respecto al tema; así, en los estudios encontrados sobre el tema de la protección de derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, no se encontraron denuncias respecto a este asunto.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

2.3.3 TRATAMIENTO INDIVIDUAL Y EXCLUSIÓN DEL ENCIERRO

Por exclusión temática, puede decirse que si existen problemas en la atención y diagnóstico durante el tratamiento (como se trató en el numeral anterior), éste no puede ser en ningún momento individualizado. Por esta deducción pareciera cerrarse la discusión sobre el tratamiento individual, pero en el tema conexo de exclusión del encierro existe un contenido por abordar, el cual ha quedado abierto: la pertinencia de los pabellones psiquiátricos o cualquier otra división dentro de la institución carcelaria que aloje a las personas que padezcan enfermedades mentales graves. La importancia de abordar el tema, consiste en establecer si dentro de este tipo de instalaciones resulta mayor la vulneración de derechos de salud mental del enfermo mental, o resultan ser necesarios para esta población.

Esta última forma de comprender la necesidad de existencia de los pabellones psiquiátricos es expuesta por Castillo (2010, pág. 99):

la Defensoría del Pueblo ha reconocido que estos lugares aunque no tengan un fundamento legal que los avale, son lugares necesarios, [...] que deben funcionar bajo ciertas condiciones, [...] la condición para que estos lugares funcionen es el carácter transitorio que deben tener, es decir, estos lugares deben funcionar siempre y cuando estén establecidos para que los internos afectados por su salud psíquica permanezcan allí mientras las autoridades penitenciarias y carcelarias de manera diligente realizan los trámites necesarios para dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 107[...] Código Penitenciario Carcelario

Esta opinión es compartida por el Informe defensorial sobre enfermedad mental sobrevenida, donde se expresa que la existencia de estas entidades depende del mejoramiento físico y de personal (Defensoría, 2010 y Castillo, 2010); esto quiere decir que funcionalmente los pabellones psiquiátricos constituyen una garantía provisional para el enfermo mental, en tanto este debe pasar la ser atendido por el Sistema general de salud, de acuerdo al artículo 465 del Código de Procedimiento penal, ámbito donde profesionales médicos pueden garantizar mejor su

[Escribir texto]

tratamiento individual, y desde luego se cumple el requisito de exclusión del encierro.

Nuevamente debe resaltarse que los pabellones psiquiátricos no muestran ser espacios donde pueda realizarse un tratamiento psiquiátrico acorde con las necesidades de salud mental de los enfermos mentales privados de la libertad.

2.3.6 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA SALUD MENTAL

No resulta sensata la posición del Estado colombiano frente a las situaciones de crisis tanto carcelaria como del sistema general, que han sido materia de lecturas en la Jurisprudencia constitucional en la declaratoria de estado de cosas inconstitucional; en relación con el tema carcelario, el Estado en ocasiones pareciera negar la problemática, al tiempo que su defensa frente a su responsabilidad sobre la crisis incurre en la disculpa por escasos recursos y la proyección de inversión en infraestructura dentro de las instituciones penitenciarias (ONU , 2009 y Andes, 2010). Nótese cómo desde un estudio de carácter cuantitativo y coparativo que usa como fuente datos carcelarios de los países Americanos compilados por la OEA, Restrepo (Restrepo L. D., 2011) encuentra que en comparación con otros países de América, Centroamérica y el Caribe, la tasa de Hacinamiento de Colombia no resulta ser alta, y el aumento de cupos penitenciarios tampoco representa gran importancia en comparación con el aumento en otros países.

Hecha referencia de este último estudio, se intuye que parte del problema penitenciario deviene en una actitud del Estado frente a su propuesta de solución de la crisis carcelaria, la cual nunca ha atinado a brindar una solución sostenible y duradera. Es por esta razón que dentro de los instrumentos que pueden describirse como herramientas para la protección de los derechos de los

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

enfermos mentales privados de la libertad, debe incluirse la recurrencia al sistema Interamericano de Justicia.

Ciertamente, en casos como la reparación a víctimas del conflicto armado, y en múltiples manifestaciones de dicho conflicto, los ciudadanos colombianos han tenido que recurrir a instancias internacionales para garantizar sus derechos. Al respecto, Santiago Cantón (2009) recomienda que el mecanismo de protección del derecho a la salud más representativo dentro del campo internacional se encuentra el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; por esto, partiendo de lo establecido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, este autor señala como instrumentos para la protección del derecho a la salud de los enfermos mentales, aplicables a los enfermos mentales privados de la libertad: el sistema de casos y peticiones, el sistema de medidas cautelares, las visitas de la comisión y las audiencias realizadas por la OEA.

El denominado sistema de casos consiste en la posibilidad individual y subsidiaria de invocar la protección del Sistema Interamericano de derechos para obligar al Estado a garantizar ciertos derechos en situaciones concretas.

En el que ha sido caracterizado como “sistema de casos” muestra varias decisiones en casos similares a los que en el presente trabajo se están caracterizando como violaciones a los derechos de salud mental para enfermos mentales privados de la libertad. Uno de estos casos es el Víctor Rosario Congo Vs. Ecuador (CIDH, 1999), donde el demandante, después de recibir una golpiza por parte de las autoridades de su país sobrevino como enfermo mental, fue aislado en una celda y no recibió el tratamiento médico pertinente. Ante este caso, la Corte Interamericana decidió increpar al Estado Ecuatoriano con una reparación al demandante, además

[Escribir texto]

En su informe sobre el caso de Víctor Rosario Congo, la Comisión concluyó que el Ecuador violó los derechos y garantías a la vida (artículo 4); la integridad física, psíquica y moral (artículo 5.1 y 5.2); a la protección judicial (artículo 25), consagrados en la Convención Americana y con relación la obligación establecida en el artículo 1(1) de la misma [...] La Comisión [...] efectuó numerosas recomendaciones al Estado de Ecuador, incluyendo varias que se relacionan con la política de salud mental [...] brindar atención médico psiquiátrica a las personas que padecen enfermedades mentales y que se encuentran detenidas en centros penitenciarios, y dotar al servicio de salud del sistema penitenciario de especialistas que estén en condiciones de identificar trastornos psiquiátricos que puedan afectar la vida y la integridad física, psíquica y moral de los detenidos (Cantón, 2009, pág. 48).

Otro caso que puede mencionarse es el caso Ximenes López Vs. Brazil (CIDH, 2006); donde el recurrente es sometido a tratos degradantes en un hospital sanatorio privado contratado por el Gobierno Brasileiro. En este ámbito, resulta importante para los enfermos mentales privados de la libertad defender sus derechos, frente a tratos inhumanos y degradantes.

2.3.7 LA ACCIÓN DE TUTELA Y DERECHO DE PETICIÓN

Para completar el conjunto de herramientas necesarias para defender los derechos de los enfermos mentales, debe hacerse referencia a dos instrumentos, uno de ellos de carácter administrativo, sustentado en el derecho a realizar peticiones a instituciones del Estado; el segundo instrumento es la ya mencionada Acción de tutela, en su calidad de herramienta idónea para la protección del derecho a la Salud.

El Derecho de petición es una herramienta que está consignada como derecho ciudadano en el artículo 23 de la constitución Nacional, que establece el derecho a toda persona de “presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general”; también en el artículo 74 de la Carta se establece, con respecto a este tipo de peticiones, que “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”; se trata

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

de una herramienta de tipo administrativo que incluye a directores de Prisiones de acuerdo con los artículo 6 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

En relación con la Acción de Tutela, su uso en temas relacionados con el derecho a la salud se ha hecho tan frecuente y procesalmente tan común, que para la Defensoría del pueblo:

Los incrementos significativos en el número de tutelas que año tras año interponen los ciudadanos son una muestra elocuente de la confianza que se tiene en este mecanismo de protección. La tutela es vista como el medio más eficaz y expedito para hacer valer los derechos fundamentales y no en vano la colocaron los constituyentes en la Carta Magna” (Defensoría, 2009, pág. 19)

Sin embargo, la recurrencia a la acción de tutela en la defensa del derecho a la salud resulta ser una problemática, dado que la tutela es un recurso judicial subsidiario (Sentencia T-146 de 2012), y por tanto su uso frecuente además de significar un problema relativo de competencia, muestra una deficiencia jurídica en la atención a los derechos a la salud de los ciudadanos frente al sistema de salud. Por esta razón varias instituciones consideran que la disminución de las acciones de tutela en el sector salud sería la primera consecuencia de la superación del Estado de Cosas inconstitucional en materia de salud y de salud en el sistema carcelario (ONU, 2001; ONU, 2009; Defensoría, 2010 y Defensoría, 2009). En ambos casos, penitenciario y carcelario no se ha logrado superar dicho estado de cosas inconstitucional, por lo que el recurso de tutela ha pasado de ser un recurso subsidiario a la principal herramienta de defensa a disposición los enfermos mentales privados de la libertad.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

TERCERA PARTE

3.1 CONCLUSIONES

3.1.1 CONCLUSIONES GENERALES

Los enfermos mentales privados de la libertad, como fue explicado en el numeral 2.3 del presente trabajo, se encuentran expuestos a una situación de múltiple vulneración que jurídicamente consiste en estar vinculados a dos poblaciones cuyos estados de cosas han sido calificados jurisprudencialmente como inconstitucionales: la población carcelaria (Sentencia T-153 de 2008), y la de usuarios del derecho a la salud (Sentencia T-760 de 2008). En relación con la primera de las declaratorias de Estado de Cosas Inconstitucional, la situación a la que están expuestos los enfermos mentales privados de la libertad, configura además de un atentado contra el derecho a la salud, una clara forma de trato inhumano y degradante.

El derecho a la salud mental, según se explicó en el numeral 1.3, se puede entender como una dimensión del derecho universal de la Salud; por lo tanto, ya que la salud comprende tanto aspectos físicos como mentales, la garantía de la salud, implica la existencia paralela de un derecho a la salud mental que le es inescindible. La salud mental es igualmente un tema que a largo plazo permitirá ampliaciones del discurso de los derechos humanos, ya que las perspectivas de salud trazadas por la OMS se orientan a indicar que en varias décadas algunas enfermedades mentales ocuparán lugares importantes dentro de los índices de morbilidad mundial.

En el derecho penal, la figura que otorga consecuencias jurídicas a las enfermedades mentales “más graves” es la inimputabilidad, la cual no constituye una forma de evasión de las penas sino una categoría que reconoce un trato especial a los enfermos mentales. Además de los enfermos mentales existen otras

Bibliografía

categorías de inimputables, las cuales normalmente contemplan menores de edad en general y otras poblaciones como los indígenas.

En la actualidad, el tema de la necesidad de la pena constituye un criterio para establecer la forma como socialmente se debe manejar la dosimetría penal, al tiempo que permite establecer cuál debe ser la pena más justa socialmente según cada individuo y según la conveniencia social. Se encontró que el tema de los derechos de los enfermos mentales privados de la libertad es un asunto de política criminal cuya reflexión sociojurídica corresponde al campo de la criminología.

Como se explicó en el numeral 1.3.1.1 la noción de enfermedad mental resulta ser médicamente una situación contraria a la de Salud mental. En el campo jurídico, la determinación de consecuencias de la enfermedad mental es una labor que en Colombia corresponde al Juez. Sin embargo la categorización y determinación de aquellas formas de enfermedad mental que poseen consecuencias jurídicas específicas es de carácter médico y obedece a estándares internacionales, avalados por organismos como la OMS y la APA. Materialmente estas apreciaciones permiten explicar que dentro del conjunto de patologías que médicamente se caracterizan como enfermedades mentales, sólo aquellas que según el criterio judicial resultan “más graves”, pueden resultar discrecionalmente dignas de consecuencias jurídicas.

Se encontró que existen cuatro principios de los derechos a la salud mental aplicables a los enfermos mentales privados de la libertad: el derecho al máximo goce de salud física y mental; el derecho a recibir un diagnóstico una atención y una medicación constantes y efectivos; y también el derecho al tratamiento individual y a la exclusión del encierro como tratamiento (numeral 1.3.4.3).

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

3.1.2 CONCLUSION ES RESPECTO A LA CRISIS CARCELARIA Y DE SALUD FRENTE AL PROBLEMA DE LOS ENFERMOS MENTALES PRIVADOS DE LA LIBERTAD.

El conjunto de conclusiones se orientará a tratar aspectos de la crisis carcelaria, sustentando las apreciaciones realizadas en elementos de las dos partes que componen el presente trabajo. El presente aparte de conclusiones culminará observando la forma como los objetivos de investigación e hipótesis fueron cumplidos.

En relación con la respuesta estatal a la crisis del sector carcelario, la limitación por la disponibilidad de recursos económicos que argumenta el Estado, la cual se ha hecho manifiesta en los requerimientos que ha hecho la ONU al Estado colombiano (Andes, 2010, Comisión, 2010; Defensoría del Pueblo, 2005 y ONU, 2001) no resulta acorde con los elementos de los estudios cualitativos sobre la crisis, tales como los realizados por Gaitán y otros (2000) o los que condujeron a los fallos de tutela en el cuarteto de sentencias T-606, T-607, T-535 y T-153 de 2008) que describen el Estado de Cosas inconstitucional para el sector Carcelario. El argumento estatal tampoco resulta válido ante un estudio cualitativo comparativo realizado por Restrepo Londoño (2011). En ambos tipos de estudio mencionados.

En los estudios cualitativos, la falta de garantía de los derechos de los enfermos mentales privados de libertad, en todos los casos, conducen a la incurrencia en tratos crueles y degradantes, por lo que ciertamente para el Estado puede resultar más práctico evitar sanciones y requerimientos de tipo internacional, antes que aplazar la inversión efectiva en la solución del problema carcelario. Por su parte, el estudio de Londoño (2011) muestra cómo los argumentos del estado de alto Hacinamiento e Incremento de población carcelaria para evadir las recriminaciones internacionales (Comisión, 2010 y Andes, 2010) no resultan justas

en tanto Colombia posee índices normales de incremento de ambos factores en relación con todos los países americanos (Restrepo L. D., 2011, pág. 10 y 11).

Se notó que dentro de las lecturas realizadas a determinar los elementos de la crisis carcelaria, los análisis realizados por y para organismos internacionales “invisibilizan” el tema de los enfermos mentales como población reclusa sujeta a atentados en sus derechos, al tiempo que se desconoce los avances que desde la década de los 80 se vienen realizando en relación con el derecho a la salud mental. Esta invisibilización sugiere que el problema de la salud mental en América explicado en el numeral 1.3.1.2 aún no ha adquirido relevancia política para organismos como la ONU y el Comité Interamericano de Derechos Humanos.

Esta invisibilización se explica en el contraste que existe entre los desarrollos teóricos del derecho a la salud mental, el cual posee unas fuentes específicas explicadas en el numeral 1.3.4.2, las cuales por motivos políticos dentro del continente no están siendo usadas en la lectura de la crisis carcelaria.

3.1.3 CUMPLIMIENTO DE OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Claramente el sistema carcelario del Estado colombiano no cumple con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 13 constitucional, que otorga protección a “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” tampoco el artículo 47 de la Carta que compromete al Estado a adelantar políticas de “prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” al tiempo que le obliga a brindar “la atención especializada que requieran”. Los casos de tutela abordados en los numerales 2.1.3 a 2.3.7 del presente trabajo, y en especial los de las sentencias de la Corte constitucional T-606, T-607, T-535 y T-153 de

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

2008 muestran que para toda la población carcelaria, incluidos los enfermos mentales privados de la libertad no se cumplen dichos principios constitucionales. Además, las investigaciones recopiladas para realizar una lectura sobre la situación de los enfermos mentales privados de la libertad (Gaitán, y otros, 2000; Defensoria del Pueblo, 2005; ONU, , 2009) reafirman y corroboran que la situación material de los enfermos mentales, especialmente en los pabellones psiquiátricos es deplorable, al tiempo que la protección en relación con el derecho a la salud mental es deficiente.

Además, en relación con la hipótesis que fue planteada al inicio del trabajo, las reflexiones y la compilación de materia teórico-jurídica permiten concluir que el sistema jurídico tanto en su dimensión penitenciaria como en las formas de atención y respeto a los derechos de Salud que contempla a partir de la ley 100 no permite garantizar el derecho a la salud mental para los enfermos mentales privados de la libertad; esto se debe a que en un plano general dicha ley parte del artículo 48 de la Constitución nacional, en la que literalmente se estima la salud como un “servicio”, antes que establecerla como un “derecho” en los términos utilizados en el artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (es decir, como nivel más alto posible de salud física y mental).

Por otra parte, los artículos 3° y 4° de la ley 100 estiman respectivamente a la salud como un derecho irrenunciable y como un servicio público de obligatoria prestación por parte del Estado, pero no hace mención a la dimensión mental del derecho a la salud en ninguno de sus apartes. Sin embargo, en sentencias como la T-247/96 y C-394/95, la Corte Constitucional (explicadas en el numeral 2.1.3 del presente trabajo) obliga al Estado colombiano a garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, ajustándose a un criterio similar al de las normas internacionales de Salud.

Bibliografía

Fácticamente, la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en salud y en materia carcelaria, analizado en el numeral 3.1.3, permite establecer que en materia de salud para la población carcelaria, el actual régimen de salud, que se sustenta en la ley 100, desconoce las garantías que la legislación internacional concede en materia de salud mental.

De esta manera, al no contemplar la ley 100 elementos de protección a la salud para los enfermos mentales, y por no contemplar el derecho a la salud de una forma amplia en sus artículos 3 y 4, No fue posible enlazar elementos concretos de la ley 100 en relación con el derecho a la salud mental de todos los ciudadanos colombianos. Ocurrió en el trabajo de investigación que se está concluyendo, que al encontrar una relación estrecha entre el derecho a la salud y el derecho a la salud mental, se logró restringir la variable “salud” de forma que en todo el trabajo el tema de acoplamiento teórico fue la “salud mental”. La inconsistencia del sistema de salud propuesto en la hipótesis, fue reemplazada por la lectura de la crisis penitenciaria en salud y por la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en salud.

Además, fue elaborado un marco normativo internacional constituido por instrumentos generales y particulares referidos al derecho a la salud, el derecho a la salud mental, los derechos de los enfermos mentales y las normas internacionales de prevención de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. Este marco normativo fue explicado en los numerales 1.3.4 y 2.1.1, y permitió establecer un conjunto de herramientas jurídicas para la defensa del derecho a la salud mental.

Se describió, con gran sorpresa y estupor, la forma como el Estado desconoce las garantías del derecho a la salud mental de los enfermos mentales descritos en el numeral 1.3.4, no sólo por el silencio de la ley 100 ante la salud mental y las situaciones fácticas vislumbradas en las declaratorias de estado de cosas

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

inconstitucional, sino también porque en el país se aplican las denuncias y problemáticas planteadas en varios estudios sobre salud mental realizados en Latinoamérica (Rodríguez, 2009; Perú, Defensoría del Pueblo, 2005 y Kohn R, 2005), entre las cuales llama la atención el escaso presupuesto asignado a la salud mental dentro del total asignado en el gasto público y el progresivo aumento de morbilidad por aspectos mentales (Cohen, 2009, pág. 118 y Rodríguez, 2009, pág. 78) Se encontró que las herramientas más idóneas para la defensa del derecho a la salud mental de los enfermos mentales son la Acción de Tutela, el Derecho de Petición, el recurso de Habeas Corpus, y los requerimientos a los jueces de garantía en casos de enfermedad mental sobrevenida. Además se recalcó que ante las múltiples declaratorias de estados de cosas inconstitucionales, existe la alternativa de impugnación subsidiaria ante organismos internacionales como la Corte interamericana de justicia.

3.2 RECOMENDACIONES

Para protección de los enfermos mentales, en los centros carcelarios con pabellones psiquiátricos, se debe seguir la recomendación de la Defensoría del pueblo (Castillo, 2010) (Defensoría del Pueblo, 2010) relacionada con el mantenimiento (condicionado a su mejoramiento físico y humano y su carácter médico provisional) de los anexos psiquiátricos establecidos por el artículo 24 Código Penitenciario y Carcelario, y haciendo caso omiso a su desmonte, planteado en ese mismo artículo, en tanto el Estado no ha cumplido con el traslado total de los reclusos al Sistema General de Salud.

Para evitar requerimientos por parte de autoridades internacionales, que visualicen los hasta ahora poco determinados derechos de los enfermos mentales privados de la libertad, es necesario que el Estado colombiano plantee una solución a largo plazo y sostenible de superación de la crisis carcelaria, la cual entre otras características debe abandonar la estrategia única y privilegiada de inversión insuficiente de recursos en planta física carcelaria, por una real dotación que

Bibliografía

estime los índices de crecimiento de los cupos carcelarios que entre otros aspectos cobije elementos de tipo cualitativo en la determinación de los derechos de los reclusos.

Para el cumplimiento del derecho a la salud mental de los enfermos mentales privados de la libertad se deben contemplar alternativas de desinstitucionalización (numeral 1.3.1.3), entendida como una forma de resocialización que desprecia el encierro como tratamiento del enfermo mental.

La primera y más importante acción carcelaria que debe realizarse para protección de la población de enfermos mentales privados de la libertad, es el total traspaso de la población mencionada al sistema General de Salud y Seguridad Social, y por lo tanto, su alejamiento de las prisiones, cuyas características actuales representan el mayor factor de vulneración y causa de tratos inhumanos y degradantes.

Bibliografía

- ACNUR. (2004). *Ánisis sobre el actual hacinamiento carcelario y penitenciario en Colombia*. Bogotá.
- Agudelo, B. N. (2007). *Inimputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Temis.
- Alvarado, L. M. (2009). Imputabilidad y responsabilidad penal. *Revista jurídica Universidad Cooperativa de Colombia*, 117-122.
- APA. (1994). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*. Washington: APA.
- APAL. (2003). *Guía Latinoamericana de diagnóstico psiquiátrico*. Mexico: Asociación Psiquiátrica de América Latina.
- Barron, C. M. (2007). *El Tratamiento Penitenciario: El Mito del Discurso*. Mexico D.F, Mexico. : Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Bustos, R. J. (1983). La Criminología. En R. J. Bustos, & R. Bergalli, *Pensamiento criminológico Tomo 1* (págs. 15-43). Bogotá: Temis.
- Cantón, S. (2009). El derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental. En H. Cohen, *Salud mental y derechos humanos: Vigencia de los estándares internacionales* (págs. 41-75). Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, representación Argentina.
- Castillo, G. L. (2010). Internos con enfermedad mental sobrevenida. En Universidad, *III simposio internacional penitenciario y de derechos humanos* (págs. 93-104). Medellín: Universidad de San Buenaventura.

Bibliografía

CDESC. (2000). Observación General Número 14. *22° periodo de sesiones* . Nueva York: ONU.

CEDESC. (1976). Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Naciones Unidas.

CIDH. (2001). Recomendación de la Comisión sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos 111° periodo extraordinario de sesiones* (págs. 1-5). Santiago: Organización de Estados Americanos.

Cohen, H. (2009). *Salud mental y derechos humanos: Vigencia de los estándares internacionales*. Organización Panamericana de la Salud.

Colombia. (1980). *Código Penal*. Bogotá: Imprenta nacional.

Colombia. (2000). *Código penal, ley 599 de 2000*. Bogotá: Temis.

Comisión, c. d. (2010). *Informe alternativo al sexto presentado por el Estado de Colombia al Comité de Derechos Humanos*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.

CONPES. (2004). *Documento 3277*. Bogotá: Departamento Nacional de planeación.

Constitucional, C. (1996). Sentencia de Constitucionalidad número 239. *Sentencia C-239*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1994). Sentencia de tutela número 430. *Sentencia T-430*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (7 de Septiembre de 1995). Sentencia de Constitucionalidad 394. *Sentencia C-394*. Bogotá, Colombia.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Corte, C. (1996). Sentencia de tutela número 247. *Sentencia T-274*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1997). Sentencia de tutela 378. *Sentencia T-378*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1998). Sentencia de Tutela 153. *Sentencia T-153*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1998). Sentencia de tutela 535. *Sentencia T-535*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1998). Sentencia de Tutela número 535. *Sentencia T-535*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1998). Sentencia de Tutela número 606. *Sentencia T-606*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1998). Sentencia de tutela número 607. *Sentencia T-607*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (1999). Sentencia de Tutela 530 . *Sentencia T-530*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2000). Sentencia de tutela 966. *Sentencia T-966*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2000). Sentencia de tutela número 611. *Sentencia T-611* . Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2001). Sentencia de tutela número 512. *Sentencia T-512*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2005). Sentencia de tutela 836. *Sentencia T-836*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2005). Sentencia de tutela número 900. *Sentencia T-900*. Bogotá, Colombia.

Bibliografía

Corte, C. (2007). Sentencia de tutela 848. *Sentencia T-848*. Bogotá, Colombia.

Corte, C. (2008). Sentencia de tutela 760. *Sentencia T-760*. Bogotá, Colombia.

Cuquerella, F. Á. (2004). Asesinos en Serie: Clasificación y aspectos médico-forenses. En M. d. España, *Evaluación de la peligrosidad criminal*. Madrid: Centro de estudios Jurídicos del ministerio de Justicia.

Defensoría. (2009). *La tutela y el derecho a la salud 2006-2008*. Bogotá: Defensoría del pueblo.

Defensoría del Pueblo. (2005). *Informe sobre Prestación de Servicios de Salud en Centros Penitenciarios y Carcelarios de Colombia*. Bogotá, Colombia.

Defensoría del Pueblo. (2010). *Informe defensorial: Situación de los internos con enfermedad mental sobrevenida en los establecimientos de reclusión del país*. Bogotá: Defensoría del pueblo.

Deleule, D. (1978). *Qué es la enfermedad mental*. Barcelona: Espasa.

DNP. (2004). *CONPES 3277*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Fahrer, R. (2003). Definición de la enfermedad mental y de las condiciones psicosomáticas. *Quinta jornada de Bioética* (págs. 1-8). Nuevo Schoenstatt Argentina: Comisión de Bioética Padre José Kentenich.

Ferreirós, M. C. (2007). *Salud mental y derechos humanos: La cuestión del tratamiento ambulatorio*. Madrid: Caja Social de Madrid.

Foucault, M. (1979). *Vigilar y castigar*. Mexico: Siglo XXI.

Funk, M. (2004). *La importancia de los derechos Humanos consagrados internacionalmente en la legislación nacional sobre salud mental*. Ginebra:

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 15 de Junio de 2012, de http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/en/WHO_chapter_hr_spanish.pdf

Gaitán, G. O., Peláez, M. A., Straw, C., Ariza, H. L., Iturral de Sánchez, M. A., & Lagos, E. M. (2000). *Análisis de la situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo, siete estudios de caso*. Bogotá: Colciencias, Universidad de los Andes.

Gaitán, M. B. (1963). *Curso de Derecho Penal General*. Bogotá: Lerner.

Gaitán, M. B. (1995). La imputabilidad. *Revista del colegio de Abogados Penalistas de Santa Fe de Bogotá y de Cundinamarca*(7).

Galeano, F. (2011). *El desarrollo del test de igualdad en la jurisprudencia constitucional*. Bogotá: Universidad de los Andes.

García, O. L., Peláez, M. A., Strawn, C., Ariza, H. L., Iturralde, S. M., Lagos, E. M., . . . Guillermo, G. (Junio de 2000). *análisis de la situación carcelaria en Colombia: un enfoque cualitativo. siete estudios de caso*. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Socio – Jurídicas - CIJUS.

Gil, B. E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis.

Gómez, L. O. (2003). *Teoría del delito*. Bogotá: Doctrina y ley.

Gostin O., L. (2010). *Mental Health as a Human Right*. Obtenido de The Wayne State University Law School Legal Studies Research: <http://www.ssrn.com/link/Wayne-State-U-LEG.html>

Bibliografía

- Gostin, L. (2009). Ley de derechos humanos y discapacidad mental internacional: Libertad, dignidad, igualdad y derecho. En H. Cohen, *Salud mental y derechos Humanos: Vigencia de los estándares internacionales* (págs. 25-31). Buenos Aires: Organización Panamericana de la Salud, representación Argentina.
- Granados, P. J. (2003). *La imputabilidad aminorada o disminuida*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.
- Henderson, H. (Enero-Junio de 2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista Instituto interamericano de Derechos Humanos*, 39(39), 71-99.
- Herranz, Bellido, Jesús; Diez, Jorro, Miguel; Albaladejo, Blánquez, Natalia; Cerezo, Martínez, Ana; Oltra, Taverner, Dolores. (2008). *Psicopatología del comportamiento delictivo*. Obtenido de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/3683>
- Jiménez, H., & Vásquez, J. (2001). El derecho internacional, instrumento para la promoción de la salud mental en las Américas. *Revista panamericana de Salud Pública*, 264-271.
- Kohn R, L. I.-A. (2005). Los trastornos mentales en América Latina y el Caribe: Asunto prioritario para la salud pública. *Revista Panamericana de Salud pública* , 22-40.
- Lesch, H. (1999). *La función de la pena* . Bogotá: Universidad externado de Colombia.
- Londoño, N. H., Martín, C. A., Juárez, F., Palacio, J., & Muñiz, O. (2010). Factores de riesgo psicosociales y ambientales asociados a trastornos mentales. *Suma Psicológica*, 17(1), 59-68.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Mantilla, J. R. (2004). *La imputabilidad penal*. Bogotá: Leyer.

Martínez, S. M. (2002). *La necesidad de la pena en el derecho penal alemán*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

Núñez, G. M., & López, M. M. (2009). *Psicopatología y delincuencia: Implicaciones en el concepto de imputabilidad*. Obtenido de Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología Universidad de Sevilla: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r2.pdf>

OMS. (1946). Carta de constitución OMS.

OMS. (1990). *Declaración de caracas*. Caracas: OMS.

OMS. (2001). *Informe sobre la salud en el mundo: salud mental, nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*. Ginebra: OMS.

OMS. (Octubre de 2006). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de www.WHO.int: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

OMS. (2006). *Manual de recursos de la OMS sobre salud mental, derechos humanos y legislación*. Ginebra: OMS.

OMS. (2006). *Manual de recursos de la OMS sobre Salud Mental, derechos humanos y legislación*. Ginebra: OMS.

ONU. (1971). *Declaración de los derechos del retrasado mental*. Obtenido de ONU: <http://www.cinu.org.mx/temas/desarrollo/dessocial/integracion/ares2856xxvi.htm>

Bibliografía

- ONU. (1975). *Declaración de los derechos de los impedidos*. Obtenido de ONU: http://cd3.uniandes.edu.co/sistema_derechos_humanos/sistemas_principales/sistema_universal/documentos/tratados/declaracion_de_los_derechos_de_los_impedidos
- ONU. (17 de Diciembre de 1991). *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la salud mental*. Obtenido de ONU: <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/principiosproteccionmental.htm>
- ONU. (1994). *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. Obtenido de ONU: <http://www.un.org/spanish/disabilities/standardrules.pdf>
- ONU. (1994). *Observación general 5, Personas con discapacidad*. Obtenido de Universidad de Minnesota, Human Rights Library: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm5s.htm>
- ONU. (2000). *Observación general número 14*. Obtenido de Naciones Unidas Consejo Económico y Social: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.sp](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.sp)
- ONU. (2001). *Centros de reclusión en Colombia: Un estado de cosas inconstitucional y de flagrante violación de derechos humanos*. Bogotá: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ONU. (2009). *Respuestas del Estado Colombiano a las* . Obtenido de Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de la ONU: www2.ohchr.org
- Palencia, R. O. (2009). *Realidades sociales penitenciarias y carcelarias de la reincidencia en el establecimiento carcelario "La Modelo"*. Bogotá: Escuela penitenciaria Nacional del IMPEC.

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Perú, Defensoria del Pueblo. (2005). *Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental*. Lima, Perú.: Imprenta Konygraf & Cia S.A.C.

Pino, C. d. (1998). Imputabilidad del enfermo mental. *Conferencia sobre Inimputabilidad en hispanoamérica*. Córdoba.

Plascencia, V. R. (2004). *Teoría del delito*. México: Universidad Autónoma de México.

Politoff, S. (2002). *Jornadas sobre la reforma al sistema Penal Colombiano; Culpabilidad y error*. Bogotá: Procuraduría general de la Nación.

Posada, S. J. (2010). *III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos*. Medellín, Colombia: Universidad de San Buena Aventura. Seccional Medellín.

Quintero, L. J., & Navarro, M. A. (2009). La figura del estado de cosas inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable en Colombia. *Revista jurídica Mario Alario D'Filippo*, 1, 11-148.

Restrepo, L. D. (2011). *El crecimiento de la población reclusa y el hacinamiento en Colombia en perspectiva comparada. (Documento elaborado por la Subdirección de Justicia y Gobierno de la Dirección de Justicia, Seguridad y Gobierno del DNP)*. Bogotá: Dirección de Estudios Económicos.

Restrepo, V. O., & Vega, R. R. (2009). Participación social y comunitaria en Atención primaria de salud APS. Bogotá: para la muestra un botón. (P. U. Javeriana, Ed.) *Gerencia, política y Salud*, 153-164.

Reyes, E. A. (1989). *La imputabilidad*. Bogotá: Temis.

Bibliografía

- Rodríguez, J. (2009). Situación actual de la salud mental en América Latina y el Caribe desde la perspectiva de la OPS/OMS: Retos y proyecciones. En H. Cohen, *Salud mental y derechos humanos: Vigencia de los estándares internacionales* (págs. 77-82). Buenos Aires: Organización Panamericana de la salud, Representación Argentina.
- Rozo, R. J. (2002). *Imputabilidad y culpabilidad*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Ruíz, L. C., & Córdoba, A. M. (2001). Teoría de los fines de la pena, Constitución y Código Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 55-67.
- Silva, G. G. (2011). *Criminología: Teoría sociológica del delito*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Altos Estudios .
- Tenca, A. (2009). *Imputabilidad del psicópata*. Buenos Aires : Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Terragni, M. A. (2009). *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores.
- Tovar, G. R. (2008). *Principio de necesidad de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Universidad de los Andes. (2010). *Informe sobre violaciones de los derechos humanos de las personas detenidas en Colombia*. Ginebra: Comité de derechos humanos de las naciones unidas 99 período de sesiones.
- Uprimny, Y. R. (2007). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal*. Obtenido de <http://www.wcl.american.edu>: <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf>

Instrumentos de Protección del Derecho a la Salud Mental para Enfermos Mentales Privados de la Libertad en Colombia

Vásquez, J. (2009). Derecho internacional como un instrumento esencial para la promoción y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental y sus familiares en el contexto del Sistema Europeo e Interamericano de Derechos. En H. (. Cohen, *Salud mental y Derechos Humanos* (págs. 33-39). Buenos Aires: Organización Panamericana de Salud, representación Argentina.

Zaffaroni, E. R. (1988). *Criminología: Aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis.

TABLA DE FIGURAS

Figura 1. Elementos del concepto de enfermedad mental, basado en la definición de Fahrer (2003)	18
Figura 2. Síntesis de las categorías de trastornos mentales según la Asociación Psiquiátrica de América (APAL, 2003 y APA, 1994)	21
Figura 3. Principales factores de morbilidad en el año 2000 y perspectivas para el año 2020 (Cohen, 2009, pág. 108).....	23
Figura 4. Principales enfermedades mentales de la población de América Latina y el Caribe en millones de habitantes (Cohen, 2009, pág. 109).....	25
Figura 5. Posturas de interpretación de la inimputabilidad según Agudelo (2007)	37
Figura 6. Principios y derechos inherentes a los enfermos mentales, basado en el plan de exposición de Funk (2004)	60

Bibliografía

Figura 7. Instrumentos de derecho internacional generales y específicos, para la protección de los enfermos mentales.....	73
---	----