

La Defensoría del Pueblo de Perú como garantía institucional del derecho a la salud mental

Documento
de Trabajo

Nº 28-2019

María Isabel León Esteban
Email: leonesteban.mi@gmail.com



Universidad
de Alcalá

PRADPI

Programa Regional de Apoyo a las
Defensorías del Pueblo en Iberoamérica

ISBN: 978-84-88754-81-3

La Defensoría del Pueblo de Perú como garantía institucional del derecho a la salud mental

María Isabel León Esteban*

RESUMEN

El documento resalta el rol de la Defensoría del Pueblo de Perú como Institución Nacional de Derechos Humanos y como Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar el cumplimiento de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en su condición de garantía institucional del derecho a la salud mental.

En ese sentido, se revisan los aspectos centrales del derecho a la salud mental, así como los alcances de las funciones de la Defensoría del Pueblo. El documento explica la contribución de esta Institución para asegurar el ejercicio del derecho. Asimismo, se analizan los avances y temas pendientes en la legislación y políticas públicas. Finalmente, hay algunas propuestas de intervención de la Defensoría del Pueblo.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud mental, personas con discapacidad, Defensoría del Pueblo.

ABSTRACT

The document highlights the role of the Ombudsman of Peru as a National Institution of Human Rights and as an Independent Mechanism in charge of promoting, protecting and supervising the fulfilment of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, as an institutional guarantee of the right to mental health.

In this regard, the central aspects of the right to mental health are reviewed, as well as the functions of the Ombudsman's Office. The document explains the contribution of this Institution to ensure the exercise of the right. It also analyzes the progress and outstanding issues in the legislation and public policies. Finally, there are some proposals for intervention from the Ombudsman's Office.

KEYWORDS

Right to mental health, people with disabilities, Ombudsman.

* Abogada y Comisionada de la Defensoría del Pueblo de Perú, en el Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. El derecho a la salud mental.....	6
1.1. Fuentes.....	6
1.2. Concepto	8
1.3. Fundamento	9
1.4. Estructura	11
1.5. Contenido	13
1.6. Sujetos.....	15
1.6.1. Titulares	15
1.6.2. Obligados.....	16
1.7. Intervenciones y límites	17
1.8. Garantías	22
1.8.1. Garantías administrativas.....	22
1.8.2. Garantías judiciales	23
1.8.3. Garantías políticas.....	25
1.8.4. Garantía del Ombudsman	27
1.8.5. Garantías sociales	28
1.8.6. Garantías internacionales.....	30
II. Funciones y atribuciones de la Defensoría del Pueblo de Perú	31
2.1. Como Institución Nacional de Derechos Humanos	32
2.2. Como Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.....	39
III. Actuaciones realizadas como garantía institucional del derecho a la salud mental	44
3.1. Propuestas vinculadas a la normatividad y promoción del derecho a la salud mental	46
3.1.1. Armonización de la legislación con los instrumentos internacionales	46
3.1.2. Alentar la ratificación de instrumentos internacionales	51
3.1.3. Realizar aportes con ocasión de la evaluación del Estado por los órganos y comités de las Naciones Unidas	52
3.1.4. Dar a conocer el derecho a la salud mental y los alcances de tratados como el PIDESC y la CDPD a funcionarios y servidores públicos.....	58
3.1.5. Actividades de información y concienciación	60
3.2. Protección e intervención en procesos judiciales	62
3.2.1. Investigaciones por vulneración del derecho a la salud mental.....	62
3.2.2. Judicialización de casos.....	63
3.2.3. Intervención como amicus curiae	65
3.3. Supervisiones e informes.....	67

3.3.1. Supervisiones periódicas	68
3.3.2. Supervisiones orientadas a la elaboración de informes defensoriales.....	69
IV. Avances y temas pendientes	77
4.1. Adecuación de la normatividad interna al marco internacional	78
4.1.1. El derecho a la salud mental en la Ley General de Salud y la Ley 30947 ..	78
4.1.2. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y su relación con el derecho a la salud mental.....	83
4.2. Políticas públicas con enfoque de derechos humanos.....	87
4.2.1. Adecuación del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, al contenido del derecho a la salud mental.....	88
4.2.2. Adecuación del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, a los principios del enfoque de derechos humanos	92
4.3. Algunos aspectos en los que se podría intervenir desde la Defensoría del Pueblo	95
V. Conclusiones	98
VI. Bibliografía.....	101
6.1. Libros y revistas.....	101
6.2. Documentos de Naciones Unidas	102
6.3. Documentos de la Defensoría del Pueblo de Perú	104
6.4. Planes, Lineamientos.....	105
6.5. Demandas y sentencias	105
6.6. Normas internacionales	106
6.7. Normas nacionales	107

INTRODUCCIÓN¹

La Defensoría del Pueblo de Perú es un organismo constitucional autónomo encargado de la defensa de los derechos de la persona y la comunidad, así como de la supervisión del cumplimiento de funciones de la Administración y la prestación de servicios públicos a la ciudadanía. En el desarrollo de sus funciones, uno de los temas prioritarios es el acceso a la salud, prestando especial atención a cómo se garantiza su ejercicio a la población en condición de vulnerabilidad.

El trabajo que se presenta a continuación consiste en una Memoria de actividades en la cual se resaltarán el rol de la Defensoría del Pueblo de Perú orientado a asegurar el ejercicio del derecho a la salud mental por parte de la ciudadanía, en condiciones de igualdad.

En Perú, el derecho a la salud mental ha tenido históricamente un desarrollo limitado, tanto en el aspecto normativo como en políticas, programas y servicios. Esto afecta a la ciudadanía en general, pero de manera particular a las personas con discapacidad mental, psicosocial, o personas con adicciones, quienes aún hoy encuentran serias restricciones a sus derechos.

El desafío de los derechos de las personas con discapacidad se centra en garantizar la realización de los derechos humanos a través de principios como la autonomía individual, vida independiente y en comunidad, igualdad de oportunidades, no discriminación, accesibilidad, entre otros, recogidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

¹ Abreviaturas: CDPD = Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; CIPM = Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; CC = Código Civil; CP = Código Penal; CREMI = Centro de Rehabilitación del Enfermo Mental de Iquitos; CSMC = Centro de Salud Mental Comunitario; DLeg = Decreto Legislativo; DS = Decreto Supremo; DP = Defensoría del Pueblo; INSM HD-HN = Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado – Hideyo Noguchi; Ipress = Instituciones prestadoras de servicios de salud; LGS = Ley General de Salud; LGPCD = Ley General de la Persona con Discapacidad; LODP = Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo; MIPPS = Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar la CDPD; MINSA = Ministerio de Salud; OMS = Organización Mundial de la Salud; PIDCP = Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; PIDESC = Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pdeprodis = Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad; EsSalud = Seguro Social de Salud; SIS = Seguro Integral de Salud; SuSalud = Superintendencia Nacional de Salud; TC = Tribunal Constitucional.

En el caso del derecho a la salud mental esto se refleja, por ejemplo, en la necesidad de asegurar el consentimiento informado del usuario, lo cual incluye a las personas con discapacidad mental, psicosocial y también a las personas con adicciones, consideradas personas con discapacidad percibida. Otros aspectos relevantes que se desprenden de los principios de la CDPD, se refieren a servicios de salud mental que se orienten a asegurar la independencia y vida en comunidad.

En Perú la CDPD entró en vigencia el 3 de mayo del 2008. Bajo ese marco se han venido desarrollando algunas normas, como la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley 29973, que ha designado a la Defensoría del Pueblo como Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar (MIPPS) la aplicación de la CDPD.

En el transcurso de los años que tiene en funcionamiento, la Defensoría del Pueblo ha incidido positivamente tanto en el desarrollo normativo sobre salud mental, como en la formulación de políticas públicas. Las actuaciones se han realizado en atención a sus funciones como Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH), esto es, de defensa de derechos fundamentales y supervisión del cumplimiento de funciones de la administración pública; pero también como MIPPS.

Coincidiendo con la fecha de entrega del presente documento, en la legislación interna se publicó la Ley 30947, Ley de Salud Mental², la cual amerita una revisión más detenida; no obstante, lo cual se han incluido algunas referencias a la misma en este texto. En términos generales, puede señalarse que conlleva importantes avances en orden a los tratados vigentes; así, por ejemplo, con anterioridad a esta norma, la Ley 29889 señalaba que no se requería el consentimiento informado de las personas con adicciones para su tratamiento e internamiento involuntario, el cual podía realizarse a solicitud de la familia. Este aspecto ha sido superado en la ley recientemente aprobada, que reconoce la necesidad de contar con el consentimiento del usuario.

De otro lado, en lo que respecta a las políticas públicas, éstas requieren de una evaluación respecto a cómo se vienen adecuando o no a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

² Publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de mayo de 2019.

En ese sentido, la justificación del tema se sustenta en la necesidad de evaluar las actuaciones realizadas por la Defensoría del Pueblo como garantía institucional del derecho, así como las restricciones o problemas que se hayan presentado en ese camino y que orientan a mantener una agenda pendiente.

I. EL DERECHO A LA SALUD MENTAL

1.1. Fuentes

El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en distintos instrumentos internacionales en vigor en el Perú. Así, en el Sistema Universal, observamos una mención específica en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)³, precisado en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Adicionalmente, la CDPD reconoce el derecho a la salud y establece obligaciones del Estado orientadas a las necesidades particulares de la población con discapacidad, entre ellas aquellas con discapacidad psicosocial o mental⁴.

Por otro lado, en el ámbito del Sistema Interamericano, lo encontramos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10º)⁵.

³ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor en el Perú el 28 de julio de 1978, señala en su art. 12.1 que “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”. Por otro lado, el inciso 2 indica diversas medidas que deben adoptar los Estados para asegurar la efectividad del derecho.

⁴ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente en el Perú desde el 3 de mayo de 2008, establece en su art. 25 que “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. (...) b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad (...)”

⁵ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que entró en vigor en el Estado peruano el 16 de noviembre de 1999, señala en su art. 10.1 que “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.

En lo que se refiere al reconocimiento constitucional, la Constitución Política de 1979 recogía en el artículo 15 el derecho a la protección de la salud integral, dentro del título dedicado a los derechos y deberes fundamentales de la persona⁶. Con posterioridad a ello, la Constitución Política de 1993 incorporó el derecho a la protección de la salud en los artículos 7, 9 y 11⁷, bajo el título I “De la persona y de la sociedad”, en el capítulo II “De los derechos sociales y económicos”. Debe indicarse, como se detallará más adelante, que la ubicación en este capítulo no descarta su consideración como derecho fundamental, bajo una interpretación sistemática de la Constitución.

En la normatividad interna, el derecho a la salud mental actualmente se encuentra regulado en la Ley 30947, Ley de Salud Mental, publicada el 23 de mayo de 2019 y que está pendiente de reglamentación⁸. Las normas anteriores, la Ley 29889⁹ y su Reglamento, el Decreto Supremo 033-2015-SA¹⁰, seguían en gran parte los criterios de los instrumentos internacionales vigentes. Sin embargo, mantenían algunos aspectos contradictorios que podían ser entendidos como vulneratorios de derechos, en particular en el caso de las personas con adicciones, como se analizará más adelante¹¹.

Finalmente, debe destacarse que el Tribunal Constitucional (TC) toma en cuenta las fuentes normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando con relación al derecho a la salud mental que:

⁶ La Constitución Política de 1979 señalaba en su art. 15 que “Todos tienen derecho a la protección de la salud integral y el deber de participar en la promoción y defensa de su salud, la de su medio familiar y de la comunidad”.

⁷ La Constitución Política de 1993 señala en el art. 7 que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”. El art. 9 establece que “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”. Finalmente, el art. 11 indica que “El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento (...)”.

⁸ La sexta disposición complementaria final de la Ley 30947 dispone que el Poder Ejecutivo reglamente dicha norma dentro de los sesenta días hábiles contados a partir de su entrada en vigencia. Entre tanto, de acuerdo a la quinta disposición complementaria final, se mantiene vigente el Decreto Supremo 033-2015-SA, en lo que no se oponga a la norma.

⁹ Ley 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, LGS, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental; publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2012.

¹⁰ Decreto Supremo (DS) 033-2015-SA, Reglamento de la Ley 29889, publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de octubre de 2015.

¹¹ Vid. 4.1. Adecuación de la normatividad interna al marco internacional.

“(…) a) el derecho a la salud mental es parte integrante del derecho a la salud; (...) d) la salud protegida no es únicamente la física, sino que comprende, también, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico y mental de la persona humana”¹².

1.2. Concepto

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social; por lo que se entiende a la salud mental dentro de la definición general de salud¹³ y, como se ha visto, el Protocolo de San Salvador ha recogido dicho concepto en el artículo 10.

El PIDESC en el artículo 12 también incorpora a la salud mental, aun cuando no habla de “estado completo de bienestar físico, mental y social”, sino que alude al derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Al respecto, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclara que, a pesar de la diferente redacción, el concepto no se limita solamente a la atención de la salud, sino que el historial de la elaboración de dicho artículo reconoce que el derecho a la salud se hace extensivo a los factores determinantes de la salud¹⁴.

De esta manera, el derecho comprende también a los factores determinantes tanto de la salud física, como de la salud mental. De acuerdo al Comité, entre los factores determinantes básicos de la salud están la vivienda adecuada, condiciones de trabajo sanas, acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, así como la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional¹⁵.

Esta determinación amplia del concepto ha sido cuestionada doctrinariamente por autores como Escobar, señalándose que incluye bienes protegidos por otros preceptos, por lo que una definición más precisa se orientaría a señalar que la

¹² *STC 2480-2008-PA/TC*, de 11 de julio de 2008, FJ 11.

¹³ La Carta de Constitución del 22 de julio de 1946 de la OMS refiere que la salud es el “estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

¹⁴ Vid. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General Nº14. E/C.12/2000/4*, de 11 de agosto de 2000, párrafo 4.

¹⁵ Vid. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General Nº14...*, cit., párrafo 11.

salud se relaciona negativamente con la ausencia de enfermedades y positivamente con la esperanza de vida y la autonomía personal¹⁶. En esa línea, el derecho abarcaría la protección de la salud individual, donde los componentes del contenido serían la asistencia sanitaria y el derecho al medicamento, y la protección de la salud pública, con acciones en su mayoría preventivas¹⁷.

En el Perú, el TC se orienta a acoger el concepto amplio de la OMS y así lo ha expuesto en sus sentencias, tanto en lo que respecta al ámbito de la salud en general, como a la salud mental en particular:

“30. (...) Así, la salud implica el gozo del normal desarrollo funcional de nuestro organismo, lo que ha motivado que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estime que dicho concepto no se limita a asociarlo con la ausencia de enfermedad, sino con el reconocimiento de una condición física mental saludable.

El artículo 7 de la Constitución, cuando hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona de alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, tiene el derecho de que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondiente al nivel que lo permiten los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad.

Dicho derecho debe ser abordado en tres perspectivas, a saber: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario (...)”¹⁸.

Posteriormente sentencias referidas al ámbito de la salud mental siguen similar argumentación, indicando que la salud no puede ser entendida solo como ausencia de enfermedad¹⁹.

1.3. Fundamento

El derecho a la salud mental encuentra su fundamento en la Constitución Política del Perú, en concordancia con los tratados de derechos humanos vigentes, que se incorporan al ordenamiento jurídico interno con rango constitucional.

Un primer aspecto a mencionar es que, si bien el derecho a la salud, que comprende a la salud mental, no se incluyó en el capítulo I denominado

¹⁶ Vid. ESCOBAR, G., “Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud”, en ESCOBAR, G. (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Arazandi, Navarra, 2012. pp.1091-1092.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 1093-1094.

¹⁸ *STC 2945-2003-AA/TC*, de 20 de abril de 2004, FJ 30.

¹⁹ *STC 3081-2007-PA/TC*, de 9 de noviembre de 2007, FJ 19.

“Derechos fundamentales de la persona”, ello no lo descarta de su consideración como derecho fundamental, bajo una interpretación sistemática de la Constitución.

Así, el artículo 3, con el que finaliza del capítulo I, señala que la enumeración de derechos fundamentales no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre. En ese sentido, el derecho a la salud mental encuentra fundamento en los derechos humanos al ser una demanda que se deriva de la dignidad de la persona, reconocida como legítima por la comunidad internacional, que es merecedora de la protección jurídica del Estado²⁰.

Por lo demás, observamos que la separación en distintos capítulos no acarrea diferencias, pues el derecho a la salud tal y como los otros derechos sociales, también cuenta con garantías constitucionales.

El carácter fundamental del derecho a la salud no siempre fue reconocido así por el TC, el cual venía haciendo una interpretación literal que concluía que solo tenía tal condición si se daba el caso que se vinculaba con otros derechos que sí eran considerados dentro del capítulo de derechos fundamentales en la Constitución, como el derecho a la vida, a la integridad física o el libre desarrollo de la personalidad²¹.

No obstante, en posteriores sentencias se hace una interpretación sistemática de la Constitución, reconociéndolo como derecho fundamental sin necesidad de que dependa de otros derechos:

“48. Pero quizás donde el TC ha de optimizar su posición es respecto a la autonomía del derecho fundamental a la salud. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en el fundamentos precedentes [...]”²².

²⁰ Vid. PROGRAMA REGIONAL DE APOYO A LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO DE IBEROAMÉRICA, *Módulo I: Teoría jurídica de los derechos humanos, Curso I: Teoría y Práctica de los Derechos Humanos, Master Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica*, Madrid, 2018, párrafo 9.

²¹ *STC 2945-2003-AA/TC...*, cit., FJ 6.

²² *STC 5842-2006-PHC/TC*, de 7 de noviembre de 2008, FJ 48.

En segundo término, debe señalarse que las disposiciones de los tratados vigentes forman parte de la legislación nacional y son de obligatorio cumplimiento²³. Adicionalmente, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, la interpretación de los derechos fundamentales debe realizarse en consideración de los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú²⁴.

Al respecto, el TC ha afirmado también que el derecho a la salud debe analizarse en atención a los tratados, siguiendo la disposición final de la Constitución ya indicada²⁵. Como se ha mencionado, entre los tratados vigentes que reconocen el derecho a la salud mental se encuentran el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, así como la CDPD.

En ese orden de ideas, una interpretación sistemática de la Constitución nos lleva a afirmar que el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 7 incluye el derecho a la salud mental y que los alcances del derecho deben interpretarse en concordancia con los tratados vigentes. Del mismo modo, debe interpretarse que los artículos 9 y 11 de la Constitución que contienen mandatos al Estado para garantizar el derecho a la salud, referidos al diseño e implementación de una política nacional y el acceso libre a prestaciones y pensiones, se refieren también al derecho a la salud mental.

1.4. Estructura

El derecho a la salud mental, al formar parte del derecho a la salud en general, es un derecho reconocido como derecho prestacional y también como derecho de defensa, de tipo reaccional y de libertad. En ese sentido, implica tanto obligaciones del Estado de desarrollar políticas para asegurar su ejercicio; como la posibilidad del afectado de interponer acciones para su protección o reparación frente a afectaciones provenientes de terceros, o la obligación de respetar el consentimiento informado para la atención en salud.

²³ La Constitución Política del Perú señala en su art. 55 que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

²⁴ La Constitución Política del Perú señala en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

²⁵ *STC 5842-2006-PHC/TC...*, cit., FJ 43.

En esa línea, el carácter prestacional se refleja en los artículos 9 y 11 de la Constitución cuando establecen el mandato de diseño de una política nacional de salud plural, descentralizada y que garantice el acceso libre y equitativo a prestaciones de salud en entidades públicas, privadas o mixtas. Asimismo, el carácter de derecho de defensa se evidencia en el artículo 7, cuando se reconoce el derecho a la protección de la salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

Del mismo modo, la Ley 30947, recoge el carácter prestacional del derecho a la salud mental en diversos artículos, indicándose como finalidad de la ley el garantizar el acceso a los servicios de salud y medicamentos para los usuarios que los necesiten, mediante políticas de aseguramiento y cobertura en el sector público y privado²⁶. Asimismo, se señala que el Estado, en sus tres niveles de gobierno y de manera multisectorial y coordinada, desarrolla políticas y ejecuta acciones para la promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación en salud mental²⁷. De otra parte, la Ley 30947 mantiene la modificación que su antecesora, la Ley 29889, había hecho a la Ley 26842, Ley General de Salud (LGS), al señalar que el Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente en todo el territorio nacional²⁸.

Adicionalmente, el derecho a la salud mental como derecho de defensa de tipo de libertad se evidencia en la misma norma cuando se reconoce como derecho de las personas usuarias en el ámbito de los servicios de salud mental, el otorgar el consentimiento informado libre, sin persuasión indebida y con información precisa, suficiente y comprensible²⁹. Asimismo, la Ley 30947 mantiene la modificación que la Ley 29889 había realizado a la LGS al señalar que:

“(...) d) El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia (...).³⁰”

La consideración como derecho de defensa de tipo reaccional se evidencia en las acciones legales ante supuestos de afectación a la salud mental que se regulan

²⁶ Art. 4.5 Ley 30947, Ley de Salud Mental.

²⁷ Art. 12 Ley 30947.

²⁸ La Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30947, sigue en este aspecto el art. 1 Ley 29889.

²⁹ Art. 9 Ley 30947.

³⁰ La Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30947, sigue en este aspecto el art. 1 Ley 29889.

en la legislación penal, por ejemplo en el Código Penal (CP), en el Libro Segundo, Parte Especial, Título I “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, Capítulo III “Lesiones”³¹.

Finalmente, en lo que respecta al TC, éste también se ha pronunciado reconociendo el carácter prestacional y de defensa del derecho a la salud mental, afirmando que:

“56. Según se dejó entrever supra, el derecho a la salud posee tanto un contenido como derecho-defensa como uno activo. Así, este derecho no se articula únicamente como uno con el que se busca evitar su vulneración o perjuicio, sino también supone el deber del Estado de establecer políticas para brindar a las personas un nivel adecuado de vida, en el que se garantice la salud del ser humano (...)”³²

1.5. Contenido

El contenido del derecho a la salud, que como se ha visto incluye a la salud mental, ha sido desarrollado en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considerándose como elementos esenciales e interrelacionados, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Así, el Comité ha detallado³³ que, en atención a la disponibilidad, el Estado debe contar con número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos, centros de atención de la salud y programas. La accesibilidad implica que los establecimientos, bienes y servicios deben ser accesibles a todos, sin discriminación, presentando como dimensiones superpuestas la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información. En cuanto a la aceptabilidad, ésta conduce a que todos los establecimientos, bienes y servicios deben ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados. Finalmente, la calidad orienta a que los establecimientos, bienes y servicios sean apropiados, desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad.

³¹ El art. 121 del Código Penal (CP) considera lesiones graves “[...]3. Las que infieren cualquier daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera veinte o más días de asistencia o descanso [...]”

³² *STC 5842-2006-PHC/TC...*, cit., FJ 56.

³³ Vid. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°14...*, cit., párrafo 12.

En la normatividad interna, encontramos referencias a estos elementos vinculados al derecho a la salud mental en la Ley 30947, cuando se señala en el artículo 3 que, en la aplicación de la ley, se deben tener en cuenta la accesibilidad y la calidad de los servicios. Del mismo modo, la norma indica que:

“(…) El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; así como el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación³⁴”

Otros artículos de la misma norma también hacen referencia a estos elementos. Así por ejemplo, con relación a la disponibilidad y accesibilidad, se establece que toda persona tiene derecho a obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios, según lo requiera, accediendo a ellos de forma oportuna, continua, integral y digna³⁵. Del mismo modo, con relación a la aceptabilidad, se señala que las personas tienen derecho a recibir información completa, oportuna y continuada sobre su estado de salud mental, en términos comprensibles³⁶. De otra parte, con relación a la calidad, se menciona que las personas tienen derecho al tratamiento de mayor eficacia y en forma oportuna³⁷.

Similar regulación se encontraba en la Ley 29889³⁸ y su reglamento, DS 033-2015-SA³⁹, que también incorpora estos elementos que conforman el derecho.

De esta manera, observamos que el contenido del derecho en la legislación sigue los criterios reconocidos en la Observación General 14, como también lo hace el TC:

“45. No podrá entenderse qué es salud si no se insiste en que sus elementos esenciales son: (i) su disponibilidad; (ii) su accesibilidad (comprende a su vez cuatro dimensiones: no discriminación; accesibilidad física; accesibilidad económica; y, acceso a la información); (iii) su aceptabilidad; y, (iv) su calidad (...)”⁴⁰.

³⁴ Art. 7 Ley 30947.

³⁵ Art. 9.4 Ley 30947.

³⁶ Art. 9.3 Ley 30947.

³⁷ Art. 9.10 Ley 30947.

³⁸ Art. 1 Ley 29889.

³⁹ Art. 4 DS 033-2015-SA.

⁴⁰ *STC 5842-2006-PHC/TC...*, cit., FJ 45.

1.6. Sujetos

1.6.1. Titulares

De acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Constitución, el derecho a la salud mental, que forma parte del derecho a la salud en general, es de titularidad universal. De esta manera, se sigue lo señalado en los instrumentos internacionales vigentes en el país, como el PIDESC, que en su artículo 12 reconoce el derecho a toda persona; o el artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador, que también reconoce el derecho de toda persona a la salud.

En concordancia con ello, la Ley 30947 establece en su artículo 7 que toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación alguna. Similar regulación se mantiene en la LGS modificada por la Ley 30947, tal y como también lo había establecido anteriormente la Ley 29889⁴¹. En ese sentido, no se distingue entre nacionales y extranjeros.

Adicionalmente, el artículo 3 de la Ley 30947 estipula que en la aplicación de la ley se debe considerar la cobertura sanitaria universal; mientras que el artículo 8 establece el acceso universal, señalando que toda persona tiene derecho a acceder libre y voluntariamente a servicios de salud mental públicos, y a los privados correspondientes, y a recibir atención oportuna.

En este aspecto se debe mencionar que el TC se ha pronunciado resaltando el carácter vulnerable de los titulares del derecho:

“25. (...)En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no sólo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos⁴²”.

Al respecto consideramos que, si bien algunos usuarios de los servicios de salud mental son personas con discapacidad psicosocial o discapacidad mental, el

⁴¹ La Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30947, sigue en este aspecto el art. 1 Ley 29889.

⁴² *STC 3081-2007-AA...*, cit., FJ 25.

derecho a la salud mental es de titularidad universal, por lo que no habría precisión en la caracterización de la población en general como vulnerable.

1.6.2. Obligados

Los obligados con relación al derecho a la salud mental son los poderes públicos, tal y como lo establece la Constitución en el artículo 9 al señalar que el Estado es responsable de diseñar y conducir la política nacional de salud. Esta responsabilidad recae primordialmente en el Ejecutivo, a quien se le encarga la labor de normar y supervisar la aplicación de la política. Asimismo, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud en el artículo 7 de la Constitución, supone la obligación de los poderes Legislativo y Judicial de garantizar el respeto del derecho.

En lo que respecta a la Ley 30947, el artículo 7 atribuye al Estado la obligación de garantizar la disponibilidad, acceso, calidad y aceptabilidad de los servicios y prestaciones de salud mental. Una regulación semejante se recoge en la LGS modificada por la Ley 30947, en similar sentido a como lo había establecido anteriormente la Ley 29889⁴³.

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 30947 señala que el Estado, en sus distintos sectores y niveles de gobierno, desarrolla políticas en salud mental, las cuales, conforme al artículo 13, deben consolidarse en un plan de salud mental intersectorial que corresponde al Ministerio de Salud (MINSA), como ente rector, coordinar, establecer y evaluar.

De otro lado, el aún vigente Reglamento de la Ley 29889, DS 033-2015-SA, señala en su artículo 13 e) la obligación de todos los médicos, principalmente los médicos generales, internistas, pediatras, gineco-obstetras y geriatras, de evaluar y atender los aspectos mentales básicos que presenten sus usuarios, en todas las etapas de la vida. Asimismo, el literal f) del mismo artículo refiere que es responsabilidad del médico tratante, principalmente médicos generales, internistas, pediatras, gineco-obstetras y geriatras, formular un plan de tratamiento básico relacionado a la salud mental, incluyendo si es necesario, la referencia del paciente a un servicio especializado.

⁴³ La Primera disposición complementaria modificatoria de la Ley 30947, sigue en este aspecto el art. 1 Ley 29889.

Otras disposiciones generales de obligaciones de los profesionales de salud se encuentran reguladas en la LGS. Así el artículo 27 refiere que el médico tratante está obligado a informar al paciente sobre el tratamiento, sus riesgos y consecuencias; así como a obtener el consentimiento informado por escrito cuando se trate de tratamientos especiales, o riesgosos. El artículo 36, por su parte, detalla la responsabilidad por daños y perjuicios al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.

Es la legislación penal la que regula los supuestos de responsabilidad de particulares frente a daños que podrían ocasionar a la salud mental de otros ciudadanos, como los establecidos en el artículo 121 del CP por lesiones graves a la salud mental.

Cabe mencionar, además, que la LGS establece que, si bien la salud pública es responsabilidad primaria del Estado, la responsabilidad por la salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado⁴⁴.

Finalmente, con relación a este tema el TC ha destacado la obligación de la Administración de coordinar políticas que aseguren el ejercicio del derecho:

“26. De ahí que las obligaciones estatales no se constriñen, como ya se dijo, a una garantía de respeto, en el sentido de una libertad negativa de un no hacer, sino que importan, en virtud del artículo 9º de la Constitución, un conjunto de acciones positivas a fin de que el derecho a la salud no sea un ideal, una entelequia platónica, ni una fórmula vaciada de contenido por su carácter de norma programática. Todo lo contrario, al Estado le corresponde actuar de manera coordinada y descentralizada a fin de que las políticas no se conviertan en meras proclamas y que la salud mental termine por ocupar el primer lugar entre las enfermedades de los peruanos, hasta el punto de ser en la actualidad un verdadero problema de salud pública⁴⁵”.

1.7. Intervenciones y límites

Las intervenciones al derecho a la salud mental pueden provenir de los obligados, esto es, los poderes públicos y los particulares, con relación a los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad o calidad. Al respecto, encontramos los siguientes ejemplos de intervenciones en salud mental:

⁴⁴ Art. IV Título Preliminar Ley 26842, Ley General de Salud (LGS).

⁴⁵ *STC 3081-2007-AA...*, cit., FJ 26.

a) Intervención en la faceta defensiva, como derecho de libertad. Esta intervención se evidenciaba en la norma que, justificándose en la capacidad de juicio afectada⁴⁶, establecía que el tratamiento e internamiento de las personas con adicciones, a solicitud de la familia, no requería consentimiento informado cuando una junta médica determinaba que la persona no tenía capacidad de tomar decisiones.

En este supuesto se contravenía el elemento de aceptabilidad del derecho a la salud mental, en tanto no se requería que la persona acepte o no el tratamiento o servicio. La referencia a que la intervención procedía a solicitud de la familia, indicaba que el límite indirecto se identificaba en el derecho a la vida, integridad y salud de otras personas, así como en los factores determinantes de la salud, condiciones de vida segura y sana (artículo 7 de la Constitución).

Sin embargo; se trataba de una intervención vulneratoria, tal y como se desprende del Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, que señala con relación a los servicios de salud mental que:

“58. (...) Los servicios deben ser culturalmente apropiados y aceptables para las personas con discapacidad intelectual, cognitiva o psicosocial y con autismo, los adolescentes, las mujeres, las personas de edad, las personas indígenas, las minorías, los refugiados y migrantes, y las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales. Muchas personas pertenecientes a esos grupos de población reciben tratamientos médicos innecesarios y sufren prácticas coercitivas, basadas en estereotipos de género inapropiados y nocivos⁴⁷”.

En ese sentido, justificar la intervención en un aparente riesgo o peligro para sí mismo o para terceros, no solo redundaba en la estigmatización, sino que vulneraba el contenido de aceptabilidad del derecho.

La intervención descrita ha sido superada con la publicación de la Ley 30947, que ya no la contempla; sin embargo, consideramos importante reseñarla

⁴⁶ El art. 11 g) de la LGS, modificado por la Ley 29889 señalaba que “Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica”.

⁴⁷Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/HRC/35/21, 28 de marzo de 2017, párrafo 58.

porque involucra a un grupo poblacional, el de las personas con adicciones, que aún mantiene restricciones al ejercicio de su capacidad jurídica, como se verá más adelante⁴⁸.

- b) Intervención en la faceta prestacional, como omisión de toda prestación por parte de la Administración. Se plantea que la justificación a la afectación de la disponibilidad y accesibilidad del derecho se daría en atención al límite establecido en el mandato del artículo 77 de la Constitución, sobre asignación presupuestal en base a criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas⁴⁹. No obstante, es claro que dicho mandato debe ser concordado con el artículo 44 de la Constitución que establece como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos⁵⁰.

A modo de ejemplo de estas intervenciones tenemos los casos de las personas con problemas de salud mental que cometieron delitos y, luego de un proceso judicial, fueron declaradas inimputables, ordenándose su atención en un hospital psiquiátrico, en muchos casos, bajo la modalidad de internamiento. Más allá de la necesidad de reevaluar estos procesos judiciales a la luz del modelo social y de derechos recogido en la CDPD⁵¹, en este apartado interesa destacar las restricciones para el otorgamiento de la prestación en salud. Al respecto, las supervisiones realizadas por la Defensoría del Pueblo informan de la negativa de la Administración en salud a prestar servicios de atención a dichas personas señalando la falta de disponibilidad de camas, motivo por el cual son anotados en largas listas de espera, ocasionando que éstas permanezcan en el tópic del penal de manera permanente o en celdas denominadas cuartos de meditación⁵².

⁴⁸ Vid. 4.1.2. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y su relación con el derecho a la salud mental.

⁴⁹ El art. 77 de la Constitución señala que “[...] El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. [...]”.

⁵⁰ El art. 44 de la Constitución señala que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...]”.

⁵¹ Vid. RODRIGUEZ, J., “*Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad*”, *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014. Las instituciones jurídicas en debate*, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Lima, 2015, pp. 425-461.

⁵² Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental, Serie Informes Defensoriales, Informe Defensorial N°102*, Lima, 2005, p. 147. El informe puede leerse en el siguiente enlace: https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-defensorial/page/9/ Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

c) Intervención en la faceta prestacional, como otorgamiento parcial o insuficiente de una prestación. De manera similar a lo mencionado en el acápite anterior, en este caso se argumenta que la intervención se justificaría en las restricciones presupuestales, ocasionando la afectación del derecho a la salud mental en el contenido de disponibilidad, accesibilidad sin discriminación y/o calidad. El límite también se identifica en mandatos de política económica en la Constitución, que refieren que la ejecución del presupuesto debe responder a criterios de eficiencia. Conforme a lo ya señalado, es imperativo tomar en consideración también el artículo 44 sobre obligación de garantizar los derechos humanos.

Éstas son las intervenciones más frecuentes de la Administración y como ejemplo de ello tenemos el desabastecimiento de medicamentos. Así, en el Informe Defensorial N° 140 del año 2008, la Defensoría del Pueblo reveló la falta de disponibilidad de psicofármacos en algunos establecimientos del MINSA, lo cual ocasionaba que los usuarios sin familiares o conocidos no recibieran medicación⁵³. Una situación similar se mencionó en el Informe Defensorial N° 180 del año 2018, indicándose que la carencia de algunos medicamentos obligaba a los usuarios a comprarlos en farmacias privadas⁵⁴.

Con relación a las regresiones normativas⁵⁵, que limitan, restringen o reducen el sentido del derecho, tenemos como ejemplo la Ley 29737⁵⁶, la cual señalaba la posibilidad de realizar internamientos involuntarios siguiendo procedimientos que se establecerían mediante reglamento, lo cual contradecía la norma constitucional que señala que la restricción de la libertad solo se puede regular

⁵³Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables, Serie Informes Defensoriales, Informe N° 140*, Lima, 2008, p. 121. El informe puede leerse en el siguiente enlace: https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-defensorial/page/5/ Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

⁵⁴Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización, Informe Defensorial N° 180*, Lima, 2018, p. 193. El informe puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf> Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

⁵⁵Vid. ESCOBAR, G., "Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)", en ESCOBAR, G. (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Arazandi, Navarra, 2012, p. 635.

⁵⁶Ley 29737, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, referido a la salud mental, y regula los procedimientos de internamiento de las personas con trastornos mentales, publicado el 6 de julio de 2011 en el diario oficial El Peruano.

por ley⁵⁷. Adicionalmente, la Ley 29737 disponía la posibilidad de que los familiares pudieran autorizar el internamiento de personas con algún grado de adicción que, por el estado de inconsciencia de su enfermedad, se negaran a firmar el consentimiento informado.

Siguiendo a Escobar⁵⁸ para evaluar si las medidas son regresivas, éstas se deben analizar a través del principio de proporcionalidad, esto es, en cuanto a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha. En esa línea, con relación a la idoneidad del internamiento involuntario, los estudios señalan que el tratamiento para personas con adicciones es en general ineficaz cuando se realiza de manera involuntaria⁵⁹. En ese sentido, la norma en análisis no era idónea para el resultado buscado.

Con relación a la necesidad, la involuntariedad del tratamiento no es necesaria para el objetivo perseguido, ni se trata de la medida menos gravosa, sino por el contrario, existen otras medidas que aseguran dicho objetivo, como es el tratamiento ambulatorio y con consentimiento informado, que no afecta derechos fundamentales.

Finalmente, respecto a la proporcionalidad, la vulneración del derecho a la libertad personal con el internamiento involuntario, así como del derecho al consentimiento informado, es desmedida en relación con el objetivo perseguido, que es la atención en salud mental.

De acuerdo a lo expuesto y en atención a los tratados vigentes en el Perú, la Ley 29737 resultaba una medida regresiva frente a lo que anteriormente existía. Cabe mencionar que dicha norma fue derogada por la Ley 29889, la cual conforme se ha indicado, también mantenía una regulación vulneratoria de derechos.

⁵⁷ El artículo 2.24 b) de la Constitución señala que “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley [...]”. Asimismo, el literal f) indica que “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”.

⁵⁸ Vid. ESCOBAR, G., *op.cit.*, pp. 638.

⁵⁹ Vid. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/64/272, 10 de agosto de 2009, párrafo 89.

1.8. Garantías

1.8.1. Garantías administrativas

Entre las garantías administrativas del derecho a la salud mental reconocidas en la normatividad vigente, destacaremos la de información, la inspección, la supervisión y la sanción.

La garantía de la información sobre el derecho a la salud mental, desde una perspectiva objetiva, se encuentra en la LGS, cuando señala que la información en salud es de interés público y la que tiene el Estado en su poder es de dominio público⁶⁰.

Desde una perspectiva subjetiva, la Ley 30947 recoge el derecho de las personas usuarias de los servicios de salud mental a recibir información sobre los servicios de salud a los que pueda acceder; a recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su estado de salud; así como a ser informado sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento⁶¹. Por su parte, el Reglamento de la Ley 29889, aún vigente, establece disposiciones similares⁶².

Con relación a la inspección, la Ley 30947 señala que corresponde al MINSA el resguardo y la supervisión del pleno respeto de los derechos de los usuarios de los servicios y programas de salud mental⁶³. De otro lado, el Reglamento de la Ley 29889 establece que la verificación sanitaria de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo en salud mental se realiza por la autoridad sanitaria de los niveles nacional o regional, según corresponda⁶⁴.

La misma norma indica que la supervisión de las atenciones que brindan las instituciones prestadoras de servicios de salud (Ipress) a las personas con problemas de salud mental, la realiza la Superintendencia Nacional de Salud

⁶⁰ Art. XIV Título Preliminar Ley 26842, LGS.

⁶¹ Art. 9.2, 9.3 y 9.8 Ley 30947.

⁶² Art. 4 b), 4 c) y 4 h) DS 033-2015-SA.

⁶³ Art. 13 Ley 30947.

⁶⁴ Art. 26 a) DS 033-2015-SA.

(SuSalud)⁶⁵. Esto concuerda con lo establecido en el Decreto Legislativo 1158, que señala que entre las funciones de la SuSalud se encuentra promover, proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de salud, supervisando que las prestaciones sean otorgadas con calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad⁶⁶.

Finalmente, la regulación de la garantía de sanción la encontramos en el Decreto Legislativo 1158, que otorga a la SuSalud potestad sancionadora sobre toda acción u omisión que afecte el derecho a la vida, la salud o la información de los usuarios, lo que incluye el acceso, calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad de las prestaciones. Asimismo, la norma señala que de acuerdo a la gravedad de la infracción las sanciones pueden ir desde la amonestación, hasta la multa, o incluso cierre de las Ipress⁶⁷.

Cabe indicar que el decreto en mención también establece que corresponde a la SuSalud recomendar el inicio de un proceso administrativo al personal involucrado, un proceso civil o incluso penal⁶⁸.

En la práctica se observa que estas garantías no se encuentran lo suficientemente consolidadas como para asegurar la eficacia de los procedimientos, lo que actúa en desmedro de la ciudadanía.

1.8.2. Garantías judiciales

El derecho a la salud mental, como parte del derecho a la salud, cuenta con garantías judiciales en el ámbito penal, civil, constitucional y contencioso administrativo.

En el ámbito penal, las garantías se orientan a la investigación y sanción por afectaciones al derecho a la salud mental como lesiones graves⁶⁹, o lesiones

⁶⁵ Art. 26 e) DS 033-2015-SA.

⁶⁶ Art. 8.1 Decreto Legislativo (DLeg) 1158, que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

⁶⁷ Art. 10 y art. 11 DLeg 1158.

⁶⁸ Art. 8.8 DLeg 1158.

⁶⁹ Art. 121.3 CP.

leves⁷⁰. Cabe mencionar que el CP también sanciona la expedición de certificado médico falso, agravando la pena cuando se haya emitido con el objeto de admitir o internar a una persona en un hospital para personas con problemas de salud mental⁷¹.

En materia civil, las garantías abarcan la indemnización por daños frente a la responsabilidad contractual, extracontractual, así como la responsabilidad solidaria⁷².

En el ámbito constitucional, se cuenta con los procesos de hábeas corpus, amparo, cumplimiento e inconstitucionalidad⁷³. El proceso de hábeas corpus ha sido utilizado para demandar la omisión de brindar prestaciones en salud mental. Así, se planteó un hábeas corpus por la negativa de un hospital psiquiátrico a internar a una persona con un trastorno mental que cometió un delito y fue declarada inimputable, alegando la falta de camas⁷⁴. Este proceso concluyó con la declaración de la existencia de un estado de cosas inconstitucional debido a que se verificó que la omisión de la prestación del servicio se repetía en casos similares.

En el ámbito contencioso administrativo, se ha regulado la posibilidad de impugnar las omisiones de la administración pública, así como la de plantear la pretensión de realización de una determinada actuación establecida por ley⁷⁵.

Para finalizar, cabe mencionar en este aspecto lo señalado por Felipe León Florián, respecto a que en el país no existe un movimiento a favor de la incorporación del enfoque de litigio estructural; sin embargo, en materia de salud mental, destaca el proceso seguido contra el Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado – Hideyo Noguchi (INSM HD-HN) por las condiciones de prestación del servicio a usuarios con adicciones, en el que además del carácter colectivo de la acción, resalta la predisposición activista del TC con la recolección

⁷⁰ Art. 122.1 CP.

⁷¹ Art. 431 CP.

⁷² Art. 1321, 1969 y 1983 Código Civil (CC).

⁷³ Art. 200 Constitución Política.

⁷⁴ *STC 3426-2008-PHC/TC*, de 26 de agosto de 2010.

⁷⁵ Art. 4.2 y 5 DS 013-2008-JUS, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

de pruebas de oficio y la decisión orientada a la mejora de atención y del estado general de la protección de ese derecho en el país⁷⁶.

No obstante, lo señalado, las excesivas dilaciones de los procesos son límites al ejercicio de garantías judiciales, lo que afecta primordialmente la protección a las personas en situación de vulnerabilidad. Por otro lado, la respuesta no ha sido siempre acorde con los criterios de los tratados de derechos humanos vigentes, como los de la CDPD. Tal es el caso en el que un familiar de una persona que venía recibiendo tratamiento en condición de internamiento en un hospital psiquiátrico y que había recibido el alta, demandó a EsSalud solicitando se ordene la hospitalización permanente, pues por sus condiciones precarias de vida no estaba en condiciones de prestarle apoyo o atención. La decisión del TC en esa oportunidad fue declarar fundada la demanda de amparo, ordenando la atención médica y hospitalización indefinida⁷⁷, respaldando la institucionalización sin tomar en cuenta los principios de autonomía, independencia y vida en comunidad de la CDPD.

1.8.3. Garantías políticas

El control parlamentario de la Administración mediante acciones como los pedidos de informes, la invitación de ministros a informar o la estación de preguntas, son los que más se vinculan con la garantía del derecho a la salud mental. Sin embargo, en similar sentido a lo señalado por Escobar, se observa que este control incide primordialmente en las políticas públicas, antes que en el derecho⁷⁸.

Con relación a los pedidos de informes, que pueden solicitarse por cualquier congresista a ministros y a organismos del sector público⁷⁹, se observa a modo de ejemplo que en el año 2018, en materia de salud mental, se ha requerido información sobre la implementación de servicios como los centros de salud

⁷⁶ Vid. LEÓN, F., “¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano, Igualdad, Derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, Núm. 12, Palestra, Lima, 2017, p.46.

⁷⁷ *STC 2480-2008-PA/TC...*, cit.

⁷⁸ Vid. ESCOBAR, G., “Capítulo V. Garantías”, en ESCOBAR, G., (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Arazandi, Navarra, 2012, pp. 712-713.

⁷⁹ Art. 96 Constitución Política y art. 87 Reglamento del Congreso.

mental comunitario, al Gobernador Regional de Junín y al Director Regional de Salud de Tumbes⁸⁰.

Respecto a la invitación a los Ministros o al Gabinete a informar ante el Pleno o las Comisiones del Congreso sobre algún asunto de interés público⁸¹, en el portal web del Congreso se encuentra como referencia en materia de salud mental una invitación realizada en el año 2015 al Ministro de Salud para informar ante la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos, respecto a la aplicación de políticas de salud pública del Estado peruano en cumplimiento del artículo 5.3 del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco⁸².

La estación de preguntas permite a los congresistas formular preguntas concisas sobre un hecho público, que deben responderse por el Presidente del Consejo de Ministros o los ministros, ante el Pleno⁸³. En la revisión del portal web del Congreso se encontró una referencia al derecho a la salud mental en el período anual de sesiones 2001-2002, cuando la congresista Cecilia Tait planteó al MINSA la consulta sobre las medidas de prevención con relación al consumo de la droga denominada éxtasis⁸⁴.

Otro tipo de acciones de control, como las comisiones investigadoras⁸⁵, la interpelación de Ministros⁸⁶ y la moción de censura y cuestión de confianza⁸⁷ no han sido utilizadas con relación al derecho a la salud mental.

Aun cuando la información de la página web del Congreso no está actualizada, notamos que en los últimos años los pedidos de informes son limitados en cuando a salud mental, lo mismo pasa con la invitación a Ministros a informar o estación de preguntas, que se refieren a temas muy precisos, lo que denotaría que no se

⁸⁰Pedidos 03400 [04-06-2018]; y 00380 [23-08-2018]. <http://www.congreso.gob.pe/pedidosinformacion/> Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

⁸¹ Art. 129 Constitución Política y art. 84 Reglamento del Congreso.

⁸² Asistencia de Ministro de Salud registrada el 10-03-2015, a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de Servicios Públicos. <http://www.congreso.gob.pe/visitaministros/> Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

⁸³ Art. 129 Constitución Política y art. 85 Reglamento del Congreso.

⁸⁴ Estación de preguntas de fecha 31-10-2001, pregunta de la congresista Cecilia Tait al Ministerio de Salud. <http://www.congreso.gob.pe/estacionpreguntas/> Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

⁸⁵ Art. 97 Constitución Política y art. 88 Reglamento del Congreso.

⁸⁶ Art. 131 Constitución Política y art. 83 Reglamento del Congreso.

⁸⁷ Art. 132 Constitución Política y art. 86 Reglamento del Congreso.

hace uso de estos medios con la amplitud que se podría como garantía del derecho.

1.8.4. Garantía del Ombudsman

La Constitución establece en sus artículos 161 y 162 la garantía institucional del Ombudsman, llamada Defensoría del Pueblo (DP), como órgano constitucional autónomo que tiene entre sus funciones centrales la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, así como la supervisión del cumplimiento de deberes de la administración estatal.

En consideración a dichas funciones, se atienden las quejas, petitorios y consultas formuladas por los ciudadanos por la vulneración de derechos, entre ellos, el derecho a la salud mental. Del mismo modo, se elaboran informes⁸⁸ y formulan recomendaciones, como aquellas que dieron cuenta de la situación de exclusión y desatención de los usuarios de servicios de salud mental en los contenidos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad del derecho, así como de la falta de implementación de políticas públicas encaminadas a la reversión de dicha situación.

Las recomendaciones estuvieron orientadas a la aplicación de normas, en particular de los tratados de obligatorio cumplimiento para el Estado. Por ejemplo, en lo que respecta al consentimiento informado se recomendó la elaboración de formatos y protocolos para los procedimientos, asegurando el respeto de los derechos de los usuarios⁸⁹.

Asimismo, se recomendó tanto la modificación de normas existentes, como la creación de nuevas normas, con el fin de superar intervenciones vulneratorias de algunos contenidos del derecho. Un ejemplo de ello lo tenemos en la recomendación de aprobación de una ley que desarrolle con mayor precisión el enfoque comunitario de atención en salud mental, garantizando los derechos de

⁸⁸ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación...*, cit. Asimismo, DEFENSORIA DEL PUEBLO. *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión...*, cit. Del mismo modo, Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión...*, cit.

⁸⁹ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión...*, cit., p. 281.

todas las personas usuarias de servicios, incluyendo a las personas con adicciones⁹⁰.

En los siguientes capítulos se tratará con mayor detalle las actuaciones realizadas por la DP en materia de salud mental.

1.8.5. Garantías sociales

Con relación a los espacios de actuación de la población que pueden permitir asegurar el ejercicio del derecho, las garantías indirectas de participación institucionales se encuentran reguladas para el ámbito constitucional, legislativo, administrativo y judicial.

Así, la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, establece el derecho de los ciudadanos a la iniciativa de reforma constitucional, la cual requiere la adhesión de un número de ciudadanos equivalente al 0.3% de la población electoral nacional⁹¹. Sin embargo, no se han presentado propuestas vinculadas al derecho a la salud mental.

En el ámbito legislativo, los ciudadanos también tienen la posibilidad de presentar una iniciativa legislativa, contando con la participación de no menos del 0.3% de la población electoral nacional⁹². Del mismo modo, pueden participar en las audiencias públicas descentralizadas de las Comisiones Ordinarias del Congreso, o presentando opiniones a los dictámenes de las Comisiones⁹³. Con relación al derecho a la salud mental, en el portal web del Congreso se encontró que el dictamen sobre los proyectos de ley mediante los cuales se propone la ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados, incluye en el texto las opiniones de 15 ciudadanos, recibidas también a través del portal⁹⁴.

⁹⁰ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión...*, cit. p. 198.

⁹¹ Art. 206 Constitución Política. Asimismo, arts. 2, 17, 18 y 19 Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

⁹² Arts. 107, 2.17 y 31 Constitución Política. Asimismo, art. 11 Ley 26300.

⁹³ Art. 23 f) y art. 70 Reglamento del Congreso de la República.

⁹⁴ Dictamen (Mayoría) de la Comisión de Salud y Población. Dictamen N° 02-2017-2018/CSP-CR, del 13-10-2017. <http://www.congreso.gob.pe/dictamenecomisiones/> Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

Con relación al ámbito administrativo, la Ley 30947 señala que el Estado fomenta la participación ciudadana, en especial de las agrupaciones de familiares, de los usuarios de servicios de salud mental y de las organizaciones aliadas, para la formulación e implementación de políticas y planes, vigilancia y constitución de redes comunales en los ámbitos local, regional y nacional⁹⁵. Una regulación similar se da en el Reglamento de la Ley 29889, todavía vigente⁹⁶.

No obstante, lo anotado, el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios en Salud Mental Comunitaria 2018-2021 subraya la limitada participación ciudadana organizada en nuestro país:

“La participación ciudadana en la formación, gestión y vigilancia de las políticas públicas en salud mental es muy limitada, poco institucionalizada, dispersa y fragmentada. La participación de usuarios y familiares es muy incipiente. Las escasas asociaciones y comités de familiares o usuarios de servicios de salud mental, formados desde la década de los 80s, decayeron debido al escaso reconocimiento institucional y apoyo técnico para la reflexión crítica y la renovación de sus estrategias de participación en los nuevos contextos político social⁹⁷”.

De otra parte, en el ámbito judicial la participación de las organizaciones se da mediante la intervención en los procesos haciendo uso de los recursos procesales existentes. A modo de ejemplo, tenemos la demanda de hábeas corpus presentada por la Organización No Gubernamental Pan y Vino con el objeto de lograr el cese de vulneración de derechos de usuarios internados en la sala de hospitalización de adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado – Hideyo Noguchi (INSM HD-HN)⁹⁸.

La participación de la sociedad civil es limitada, entre otras cosas por las dificultades que hay para la organización de esta población, como son las barreras actitudinales que deben enfrentar, tales como el estigma que impone su condición.

⁹⁵ Art. 14 Ley 30947.

⁹⁶ Art. 24 a) DS 033-2015-SA.

⁹⁷ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021*, Lima, 2018, pp. 28-29.

⁹⁸ *STC 5842-2006-PHC/TC...*, cit.

1.8.6. Garantías internacionales

En el marco del Sistema Universal, el PIDESC prevé mecanismos no contenciosos, con la presentación de informes periódicos para ser examinados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la evaluación del Estado peruano de 2012, el Comité señaló, entre otros aspectos, su preocupación por el elevado porcentaje de la población sin cobertura sanitaria, con insuficiente acceso a los servicios de salud y que sean de calidad inadecuada, especialmente en las zonas rurales y remotas⁹⁹. Esta observación, realizada de manera general para todos los servicios de salud, puede entenderse también en referencia a los servicios de salud mental.

Cabe mencionar que el derecho a la salud mental también puede ser garantizado de manera indirecta por medio del mecanismo cuasicontencioso de quejas individuales previsto en el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁰⁰. Así ocurrió en el caso *K.L. vs. Perú*, en el cual se denunció la responsabilidad del Estado por la omisión de prestación de servicios de salud para la interrupción del embarazo de una mujer de 17 años cuyo feto tenía anencefalia. En el Dictamen el Comité se pronunció, entre otros aspectos, por la violación del artículo 7 del PIDCP, referido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, tomando en cuenta la afectación de la salud mental de la adolescente¹⁰¹.

En lo que respecta al Sistema Interamericano, la tutela judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos alcanza al derecho a la salud mental de manera indirecta, por su vinculación con los derechos a la vida y a la integridad personal. Así debe entenderse de lo señalado por la Corte cuando resalta la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales¹⁰².

⁹⁹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Perú, E/C.12/PER/CO/2-4*, 30 de mayo de 2012, párrafo 20.

¹⁰⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en el Perú el 28 de abril de 1978 y su primer Protocolo Facultativo, el 3 de octubre de 1980.

¹⁰¹ Vid. COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Comunicación 1153/2003. CCPR/85/D/1153/2003*, Decisión del 24 de octubre de 2005, fundamento 6.3.

¹⁰² Vid. CORTE IDH, Sentencia de 1 de julio de 2009, *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, fundamento 101.

II. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ

A nivel de la región andina, la DP se viene incorporando en los ordenamientos jurídicos desde la década de los 90; así, el primer país de la región en incorporarla fue Colombia, posteriormente Perú, luego Bolivia, seguida de Ecuador y después Venezuela¹⁰³.

La DP de Perú es un organismo constitucional autónomo establecido con la Constitución Política de 1993, que inició funciones el 11 de septiembre de 1996. Las características de la Institución, recogidas en la Constitución y en su Ley Orgánica, Ley 26520, pueden resumirse de acuerdo a lo expuesto a continuación¹⁰⁴:

- Es una institución de origen parlamentario, en la que el titular es elegido por mayoría calificada de dos tercios del número legal de congresistas, lo cual exige un amplio consenso.
- Es una institución autónoma no jurisdiccional y no coercitiva de protección, es decir, no sanciona; pero sí investiga y ejerce una amplia función mediadora.
- Su actuación está basada en preceptos éticos, pues su capacidad de convencimiento y legitimación social radica en la ética de sus funciones.
- Su desempeño es apolítico e inmune a presiones, es fundamental que no se involucre en asuntos políticos, manteniendo una postura de neutralidad y equidad.
- Es independiente en su actuación y autónoma en el ejercicio de sus funciones. Debido a ello, sus actuaciones no pueden ser contestadas o impugnadas por medio judicial o administrativo y la única posibilidad existente es solicitar al propio Defensor la revisión de lo actuado.
- Es una instancia autónoma solucionadora de conflictos y problemas. Su labor puede ser calificada como una magistratura de la persuasión, pues persigue solucionar conflictos mediante el convencimiento, la mediación y la conciliación.
- Actúa como un componente autónomo dentro del ámbito de justicia básica del país, pues está llamada a cumplir una labor fundamental en facilitar la solución no jurisdiccional de los conflictos.

¹⁰³ Vid. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Defensorías del Pueblo en la Región Andina: experiencias comparadas*, Lima, 2001, pp. 8-19.

¹⁰⁴ Vid. SANTISTEVAN, J., "Defensoría del Pueblo en el Perú", en DEFENSORIA DEL PUEBLO, *La Fortaleza de la Persuasión*, Lima, 1997, 2da edición, pp. 13-21.

- Constituye una Institución que establece un punto de equilibrio entre la sociedad civil y el Estado. En ese sentido las relaciones de la DP con la sociedad civil y diversas instancias gubernamentales se llevan a cabo sin desmedro de su autonomía.
- Apoya el proceso de gobernabilidad democrática, al abrir canales de participación directa que hacen posible el ejercicio del derecho de petición.
- Cumple una función facilitadora en el desenvolvimiento del libre mercado, al desarrollar su función de supervisión de prestación de servicios públicos a la ciudadanía y de protección de derechos del ciudadano consumidor.

La DP de Perú es considerada una Institución Nacional de Derechos Humanos (INDH) bajo el marco de los Principios de París y en este apartado revisaremos las funciones que le competen y que le permiten posicionarse como garantía institucional del derecho a la salud mental.

Adicionalmente, ha sido designada Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar (MIPPS) la aplicación de la CDPD, tratado que reconoce derechos y establece obligaciones a los Estados parte con relación a la población con discapacidad y que tiene particular relevancia en materia de salud mental. En ese sentido, se revisarán también las funciones que le competen en su condición de MIPPS.

2.1. Como Institución Nacional de Derechos Humanos

De acuerdo a lo señalado por Incalcatterra, las INDH son órganos estatales independientes creados con un mandato constitucional o legislativo para promover y proteger los derechos humanos a nivel nacional y, en ese sentido, conectan el derecho nacional con la normativa internacional, fomentando vínculos entre el Estado y la sociedad civil¹⁰⁵.

Con relación a las ventajas que tiene la constitución de INDH se ha señalado que, al provenir su autoridad del Estado, cuentan con una legitimidad y atribuciones que solo poseen las instituciones establecidas en virtud de las leyes; asimismo,

¹⁰⁵ Vid. INCALCATERRA, A., "Las Defensorías del Pueblo como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los Principios de París", en DEFENSORIA DEL PUEBLO, *La Fortaleza de la Persuasión. Dieciocho años de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2014, p. 181. La publicación puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/La-fortaleza-de-la-persuacion.pdf> Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

tienen acceso al gobierno y a los encargados de la formulación de políticas y sus recomendaciones, aun cuando no se acepten, normalmente se tienen en cuenta¹⁰⁶.

A nivel internacional, la DP de Perú figura en la lista de INDH acreditadas por el Comité Internacional de Coordinación¹⁰⁷ por cumplir con las características que deben tener como órganos estatales encargados de proteger y promover los derechos humanos, siguiendo los criterios establecidos en los Principios de París.

Los Principios de París, formulados en 1991 en la primera reunión técnica internacional sobre las INDH, dan cuenta de las características que éstas deben cumplir para identificar su legitimidad y credibilidad. Fueron reconocidos oficialmente en la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 y, en el año 2005, la Comisión de Derechos Humanos reafirmó la importancia de las INDH y su fortalecimiento en el marco de dichos principios, para la promoción y protección de los derechos humanos¹⁰⁸.

No existe un único modelo, ni nomenclatura de las INDH, las cuales tienen designaciones diferentes en función al país o región a que pertenecen, su tradición jurídica y costumbres, como por ejemplo la de Defensor del Pueblo, Comisión de Derechos Humanos, Instituto o Centro de derechos Humanos, entre otros¹⁰⁹.

Conforme a los mencionados Principios, las INDH deben cumplir, entre otros, con los siguientes criterios¹¹⁰:

¹⁰⁶ Vid. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instituciones nacionales de derechos humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Nueva York y Ginebra, 2010, p. 23.

¹⁰⁷ Al 21 de febrero de 2018, fueron acreditadas 120 INDH: 77 en la categoría A (cumplimiento de los Principios de París); 33 en la categoría B (cumplimiento incompleto de los Principios de París); 10 en la categoría C (incumplimiento de los Principios de París). El Perú figura en la categoría A, como se observa en el siguiente enlace:

<https://nhri.ohchr.org/EN/AboutUs/GANHRIAccreditation/Documents/Status%20Accreditation%20Chart.pdf> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2018.

¹⁰⁸ Vid. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instituciones nacionales de...*, cit., p. 9.

¹⁰⁹ Vid. INCALCATERRA, A., *op. cit.*, pp. 186-187.

¹¹⁰ Vid. *Principios de París. Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos*.

- Competencias y atribuciones

- Disponer del mandato más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia.

Al respecto, la Constitución ha asignado a la DP de Perú la función de defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, la supervisión del cumplimiento de deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía¹¹¹.

La normatividad vigente permite que la función de defensa se extienda a los derechos recogidos en la Constitución, así como a aquellos establecidos en los tratados de derechos humanos vigentes en el Perú. De otra parte, la supervisión de la administración estatal alcanza todas las entidades públicas de los distintos sectores y niveles de gobierno, a nivel nacional.

- Los Principios de París señalan que las INDH tienen dos responsabilidades principales, esto es, la promoción y la protección de los derechos humanos. Asimismo, tienen las siguientes atribuciones:
 - Presentar al gobierno, Parlamento y cualquier otro órgano pertinente, dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos.
 - Promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte y que su aplicación sea efectiva.
 - Alentar la ratificación de instrumentos internacionales y asegurar su aplicación.
 - Contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto.
 - Cooperar con las Naciones Unidas, instituciones regionales e instituciones de otros países, en la promoción y protección de los derechos humanos.
 - Colaborar en la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos.

¹¹¹ Art. 162 Constitución Política.

- Dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación.

- Composición y garantía de independencia y pluralidad

- Nombramiento en acto oficial y duración del mandato por un plazo determinado.
- El Defensor del Pueblo, cuyo cargo dura cinco años, es elegido y también puede ser removido por el Congreso de la República, con el voto de dos tercios de su número legal¹¹², mayoría calificada que busca garantizar la pluralidad de acuerdos en la designación y con ello, su autonomía.
- Asegurar el pluralismo en su composición.
Para el cumplimiento sus labores, la DP se ha organizado estableciendo órganos de asesoría especializada en los distintos temas de su competencia, denominados Adjuntías¹¹³. Conforme a lo señalado en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (LODP)¹¹⁴, los Adjuntos deben ser seleccionados mediante concurso público por un período de 3 años, a cuyo término pueden concursar nuevamente. A la fecha, las Adjuntías han sido asumidas con encargaturas, sin darse inicio a los concursos públicos.
- Asegurar la autonomía del Estado, no estar sujeta a controles financieros. El artículo 161 de la Constitución establece que la DP es autónoma y el Defensor del Pueblo no está sujeto a mandato imperativo. En cuanto a los recursos, en el año 2017 el presupuesto institucional de apertura fue de 59,8 millones de soles; mientras que en el año 2018 fue de 65,1 millones de soles y en 2019 de 68,4 millones de soles¹¹⁵.
Este presupuesto es insuficiente para el encargo constitucional que se ostenta, lo que ha ameritado reiterados pronunciamientos en medios y la

¹¹² Art. 161 Constitución Política.

¹¹³ En la actualidad la Defensoría del Pueblo cuenta con ocho Adjuntías: Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad; Adjuntía para los Derechos de la Mujer; Adjuntía del Medio Ambiente, Servicios Públicos y Pueblos Indígenas; Adjuntía en Asuntos Constitucionales; Adjuntía para la Administración Estatal; Adjuntía para la Niñez y la Adolescencia; Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad; y Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado.

¹¹⁴ Art. 7 Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, (LODP).

¹¹⁵ La información del presupuesto de apertura se puede verificar en el siguiente enlace: http://www.transparencia.gob.pe/reportes_directos/pte_transparencia_info_finan.aspx?id_entid_ad=23&id_tema=19&ver=#.XNn3tY726M9 Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

demanda de ampliación presupuestal al Congreso por parte de los distintos titulares de la institución a lo largo de estos años¹¹⁶.

- Disponer de infraestructura apropiada para el buen desempeño de sus funciones, crédito suficiente para la dotación de personal y locales propios. La DP cuenta con 28 oficinas defensoriales y diez módulos de atención defensorial, que permiten la atención descentralizada en todas las regiones del país. Al respecto, la mayoría funciona en locales alquilados. En cuanto al personal, a mayo de 2018 la DP contaba con 578 personas bajo alguna modalidad de contratación laboral, además de 265 practicantes, secigristas y voluntarios¹¹⁷. Al respecto, la DP ha manifestado su preocupación por la deserción de profesionales debido a mejores propuestas remunerativas en otros espacios, motivo por el cual reiteradamente solicita el incremento de recursos para mejorar la remuneración del personal¹¹⁸.

- Modalidades de funcionamiento

Sus actuaciones comprenden:

- Examinar libremente todas las cuestiones comprendidas en el ámbito de su competencia.
- Recibir y obtener informaciones y documentos para el examen de las situaciones advertidas en el ámbito de su competencia.
- Dirigirse a la opinión pública para dar a conocer sus opiniones y recomendaciones.
- Mantener la coordinación con órganos jurisdiccionales, o de otra índole, encargados de la promoción y protección de derechos humanos.
- Establecer relaciones con organizaciones no gubernamentales que se ocupen de la promoción y protección de los derechos humanos.

¹¹⁶ Al respecto, el Defensor del Pueblo Walter Gutiérrez se ha pronunciado en diversas oportunidades con relación a la necesidad de incrementar el presupuesto institucional, como se puede observar en el siguiente enlace de una nota periodística: <https://gestion.pe/economia/walter-gutierrez-hay-ampliar-presupuesto-defensoria-pueblo-114670> Consulta realizada el 18 de noviembre de 2018.

¹¹⁷ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. Lima, 2018, p. 295. La publicación puede leerse en el siguiente enlace: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/07/Informe_anual_DP_2017.pdf Consulta realizada el 13 de mayo de 2019.

¹¹⁸ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo primer...*, cit., p. 298.

La DP de Perú ha venido cumpliendo con desarrollar sus actuaciones conforme a las atribuciones descritas en los Principios de París, en el marco de las funciones que la Constitución Política y la LODP establecen, entre las que se encuentran¹¹⁹:

- Iniciar y proseguir investigaciones para esclarecer actos y resoluciones de la administración pública que afecten la vigencia de derechos constitucionales y fundamentales. En lo que se refiere al ámbito de la administración de justicia, sus investigaciones no pueden interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En el marco de esta función es que se desarrollan las actuaciones defensoriales de atención de quejas (intervenciones ante la presunta vulneración de derechos), petitorios (mediación o buenos oficios ante la administración) y consultas (orientación sobre las funciones y obligaciones de la administración) de los ciudadanos. Con ocasión de ello, la LODP señala que puede formular a las autoridades advertencias, recomendaciones, o recordatorios de sus deberes legales. En el año 2017 la DP atendió 133,656 casos de oficio o a pedido de parte, entre quejas, petitorios y consultas¹²⁰.

La Constitución y la LODP también disponen que el Defensor del Pueblo debe dar cuenta al Congreso, en su Informe Anual, de las gestiones realizadas. Por otro lado, las actuaciones también pueden implicar la elaboración de informes (Informes Defensoriales, Informes de Adjuntía, Informes de Programa) o documentos de trabajo.

Cabe mencionar que para el cumplimiento de estas funciones la LODP ha establecido que las autoridades, funcionarios y servidores públicos deben cooperar con el Defensor del Pueblo proporcionando información y facilitando las inspecciones que éste disponga.

- Iniciar e intervenir en los procesos de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data, de cumplimiento, o acción popular, en tutela de derechos constitucionales y fundamentales.

La legitimación que tiene la DP para intervenir en procesos constitucionales alcanza distintas modalidades. Así, siguiendo a Abad, una primera modalidad es la legitimación activa; pero, también se permite la intervención coadyuvante para los procesos en trámite en los cuales no se es parte; la intervención mediante la presentación de escritos de amicus

¹¹⁹ Se reseñan las principales funciones en atención a los arts. 161, 162 y 203.3 Constitución Política. Asimismo, en consideración a los arts. 9, 14, 16, 17, 26 y 27 LODP.

¹²⁰ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo primer...*, cit., p. 19.

curiae para ofrecer información o desarrollar argumentos jurídicos de interés general; la presentación de informes u opiniones defensoriales por las partes o a solicitud del TC; la orientación a los afectados para que sean ellos directamente los que inicien los procesos; o la intervención para promover cambios institucionales y normativos¹²¹.

- Iniciar o participar en cualquier procedimiento administrativo en representación de una persona o grupo de personas para la defensa de derechos constitucionales o fundamentales.
Para determinar si se realiza una intervención defensorial de este tipo se tomará en cuenta si el grado de afectación del derecho es directo, inminente y sustancial; así como la situación de indefensión de la persona¹²².
- Ejercer el derecho de iniciativa legislativa.
- Promover la firma, ratificación, adhesión y difusión de tratados de derechos humanos.

Finalmente, cabe señalar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha recogido en la Observación General 10 las actividades que las INDH pueden emprender para la promoción y protección de esos derechos¹²³:

- El fomento de programas de educación e información sobre derechos económicos, sociales y culturales, tanto entre la población en general, como en la administración pública, el poder judicial, el sector privado y el movimiento laboral.
- El minucioso examen de las leyes y las disposiciones administrativas vigentes, proyectos de ley y otras propuestas para cerciorarse que sean compatibles con el PIDESC.

¹²¹ Vid. ABAD, S., "Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales: Reflexiones después de ocho años", en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996 - 2004*. Lima, 2004, pp. 16-23.

¹²² Vid. SANTISTEVAN, J., *op. cit.*, p. 27.

¹²³ Vid. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General Nº 10. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, E/C.12/1998/25*, 10 de diciembre de 1998, párrafo 3.

- La prestación de asesoramiento técnico o la realización de estudios con relación a estos derechos, inclusive a petición de las autoridades públicas o de otras instancias.
- La determinación de criterios nacionales de referencia que permitan medir el grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por el PIDESC.
- La realización de investigaciones y estudios para determinar la implementación de estos derechos, dentro del Estado en general o en relación a determinadas comunidades particularmente vulnerables.
- La vigilancia de la observancia de derechos específicos del PIDESC y la preparación de informes al respecto.
- El examen de las reclamaciones en las que se aleguen violaciones de las normas aplicables en materia de estos derechos, dentro del Estado.

Al respecto, al realizar una evaluación de las actuaciones del Ombudsman en Iberoamérica se ha destacado que, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, estas instituciones tienen modalidades de actuación que fortalecen su intervención, ya que su mandato hace expresa referencia a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, los intereses difusos o los derechos susceptibles de ser reclamados mediante acciones públicas¹²⁴. En ese sentido, la intervención a favor del derecho a la salud mental encuentra diversos mecanismos de actuación en la DP.

2.2. Como Mecanismo Independiente encargado de promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD, vigente en nuestro país desde el año 2008, establece un cambio de paradigma en la concepción de la discapacidad, dirigiéndose hacia un modelo social y de derechos humanos, en contraposición al modelo de la prescindencia,

¹²⁴ SANTISTEVAN, J., "El Defensor del Pueblo en Iberoamérica", *Revista de la Defensoría del Pueblo. Debate Defensorial N° 5*, Lima, 2003, p. 36.

o al modelo médico – rehabilitador, que prevalecían en las políticas públicas de distintos países¹²⁵.

Así, el modelo de la prescindencia considera que las personas con discapacidad no aportan a la sociedad y que más bien deben ser alejadas de la comunidad, o ser sujeto de compasión y benevolencia. En ese sentido, las políticas públicas están dirigidas a brindar servicios educativos o de salud diferenciados, antes que inclusivos.

El modelo médico – rehabilitador, por su parte, considera que las personas con discapacidad deben ser reinsertadas en la sociedad, para lo cual necesitan ser normalizadas, de manera tal que puedan adecuarse y acceder a los servicios existentes. Por ello las políticas públicas se orientan a privilegiar las acciones en materia de salud, atendiendo a la opinión o a las disposiciones de los operadores de salud antes que a la voluntad o preferencia de las personas usuarias de los servicios.

En cuanto al modelo social y de derechos, éste entiende que son los programas y servicios existentes los que deben adecuarse a las personas con discapacidad, implementando medidas de accesibilidad o ajustes que se requieran para permitir su participación en sociedad. Asimismo, se resalta que las personas con discapacidad deben ser reconocidas como sujeto de derechos, en condiciones de igualdad con los demás. En esa línea, las políticas públicas se orientan a la implementación de servicios que eliminen las barreras de acceso, así como que garanticen la igualdad, en reconocimiento de su capacidad jurídica, entre otros derechos.

La CDPD trae consigo el reconocimiento de principios y derechos de las personas con discapacidad, pero también es un instrumento orientador de políticas públicas, que impone obligaciones a los Estados. Uno de los derechos centrales de la CDPD es el del reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, que responde a los principios de dignidad inherente, igualdad y no discriminación, autonomía individual e independencia, recogidos en el mismo tratado.

¹²⁵ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección Telefónica Accesible N° 4, Primera edición, Cinca, Madrid, 2007, p. 11.

El principio de autonomía individual e independencia requiere de la eliminación de barreras que impiden que las personas con discapacidad puedan desenvolverse en igualdad de condiciones. Este principio se vincula con el de la igualdad y no discriminación en el sentido en que se requiere garantizar la disponibilidad de todos los servicios para todos, teniendo en cuenta su accesibilidad, calidad y aceptabilidad.

El reconocimiento de la capacidad jurídica va de la mano de la garantía de acceso de las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar para ejercer el derecho. Asimismo, los Estados deben asegurar que se proporcionen salvaguardias para impedir abusos y garantizar que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona¹²⁶.

En el contexto del ejercicio del derecho a la salud mental, el reconocimiento de la capacidad jurídica cobra especial relevancia, en lo particular en lo que concierne a la obligación de contar con el consentimiento informado del usuario, aun en los casos en los que éste tenga alguna discapacidad, ya sea física, sensorial, intelectual, mental o psicosocial. De esta manera, la CDPD exige a los Estados parte la adecuación de su normatividad interna, así como de sus políticas, programas y servicios en orden al respeto de derechos, en igualdad de condiciones.

Es el artículo 4 de la CDPD el que detalla las obligaciones de los Estados para la viabilidad de los derechos reconocidos en el tratado¹²⁷:

- Asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación.
- Lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.
- Mantener disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

¹²⁶ Art. 12 CDPD.

¹²⁷ Art. 4 CDPD.

Con el fin de asegurar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, la CDPD regula que los Estados parte deben designar uno o varios mecanismos independientes para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención. Señala también que cuando se establezcan estos mecanismos “los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos¹²⁸”.

Al respecto, el Consejo de Derechos Humanos ha destacado que aun cuando se permite a los Estados tener la libertad de determinar cómo se conformará este marco nacional de vigilancia, también se exige que ese marco incluya como mínimo un mecanismo independiente que funcione con arreglo a los Principios de París¹²⁹. De esta manera, se observa que ésta es “la primera convención de derechos humanos que contempla el papel explícito que desempeñan las instituciones nacionales en la promoción, protección y supervisión de la aplicación de un tratado a nivel nacional¹³⁰”.

En ese sentido, las labores como INDH y como MIPPS se conjugan en aras de asegurar el respeto pleno de los derechos de las personas con discapacidad, entre los que se encuentra el derecho a la salud mental.

En el Perú, en el año 2012 el artículo 86 de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD), designó a la DP¹³¹ como MIPPS encargado del seguimiento de la CDPD, en aplicación del artículo 33.2 del tratado. En atención a ello, las funciones del MIPPS son coordinadas por el Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Pdeprodis), que forma parte de la Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad.

Cabe indicar que el Pdeprodis no tiene personal designado exclusivamente para las labores del MIPPS y tampoco existe una partida presupuestal asignada

¹²⁸ Art. 33.2 CDPD.

¹²⁹ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, A/HRC/13/29, 22 de diciembre de 2009, párrafo 44.

¹³⁰ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio temático...*, cit., párrafo 49.

¹³¹ Art. 86 Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPD).

exclusivamente para su funcionamiento. A mayo del 2018, el personal del Pdeprodís representaba el 0.87% de un total de 578 trabajadores a nivel nacional.

Como se ha mencionado, las funciones que el MIPPS debe cumplir, más allá de las que le corresponden en su condición de INDH, se resumen en las de promoción, protección y supervisión de la aplicación de la CDPD.

El Consejo de Derechos Humanos y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹³², han señalado que debe entenderse que la promoción no solo incluye las actividades de sensibilización, sino también:

- El control de la conformidad de la normatividad, los proyectos de ley y las prácticas nacionales, con la CDPD.
- El asesoramiento técnico a las autoridades sobre la CDPD.
- Alentar la ratificación de instrumentos internacionales.
- Realizar aportes con ocasión de los informes de los Estados al Comité.

Indican también que la protección puede incluir:

- La investigación de denuncias individuales y colectivas.
- Judicialización de casos.
- Publicación de informes.

Finalmente, mencionan que la supervisión puede partir de:

- El desarrollo de indicadores para la evaluación del progreso en la aplicación de la Convención.
- Mantener bases de datos sobre prácticas relacionadas con la aplicación de la Convención.

Por otro lado, el Consejo de Derechos Humanos y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad han señalado que los MIPPS deben participar activamente y realizar contribuciones en las actuaciones del Comité, entre otras cosas, de la siguiente manera¹³³:

¹³² Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio temático...*, cit., párrafos 64, 66 y 67. Asimismo, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anexo del Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/1/Rev.1*, 10 de octubre de 2016, párrafo 13.

¹³³ Vid. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Directrices sobre los marcos independientes...*, cit., párrafo 23.

- Dando a conocer las obligaciones de la CDPD.
- Alentando la presentación puntual de informes del Estado.
- Alentando al Estado a consultar con el Mecanismo Independiente y organizaciones de personas con discapacidad, cuando elaboren sus informes.
- Presentando al Comité un informe paralelo.
- Proporcionando datos estadísticos desglosados.
- Contribuyendo a la preparación de listas de cuestiones.
- Realizando aportaciones comentando las respuestas del Estado a las listas de cuestiones.
- Participando en el diálogo entre el Comité y la delegación del Estado.
- Realizando actividades de promoción y concienciación dirigidas a las instancias encargadas de aplicar la CDPD.
- Contribuyendo al seguimiento de las recomendaciones formuladas por el Comité.

En razón de lo expuesto, con la designación como MIPPS hace más de seis años, la Defensoría del Pueblo del Perú asumió nuevos retos, tanto en lo que respecta al necesario fortalecimiento de sus capacidades, como en lo relacionado a la conciliación de sus funciones de INDH con las que le corresponden como MIPPS, en el contexto de recursos humanos y económicos limitados.

En el siguiente punto evaluaremos si las actuaciones de la Defensoría del Pueblo como garantía institucional del derecho a la salud mental se han desarrollado en concordancia con su rol como INDH y MIPPS; así como su contribución a la adecuación de la normatividad y las políticas públicas a la CDPD.

III. ACTUACIONES REALIZADAS COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL

El derecho a la salud mental fue durante mucho tiempo relegado en el desarrollo legislativo y en las políticas públicas del país, las cuales han estado más bien centradas en la salud física.

Así, tal como se ha visto anteriormente¹³⁴, este derecho cuenta con reconocimiento constitucional como parte del derecho a la salud en general, en

¹³⁴ Vid. I. *El derecho a la salud mental*.

concordancia con una interpretación sistemática con los tratados de derechos humanos vigentes en Perú. Sin embargo, a pesar que la LGS, también reconocía que “toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental¹³⁵”, no fue sino hasta el año 2012, cuando fue modificada con la Ley 29889, que se dio un mayor desarrollo legislativo del derecho en orden al marco normativo internacional, lo cual se ha visto reforzado con la publicación de la Ley 30947.

De otra parte, el desarrollo de políticas públicas en orden a los instrumentos internacionales vigentes se empieza a delinear en el año 2004, con la aprobación de los Lineamientos para la Acción en Salud Mental¹³⁶ y la inclusión de la salud mental entre las estrategias nacionales sanitarias¹³⁷, aunque de manera todavía insuficiente, por las limitaciones para su implementación.

La DP de Perú cumplió un rol importante adoptando diversas estrategias de promoción, protección y supervisión, encaminadas a impulsar el desarrollo legislativo y de las políticas públicas. La intervención a favor del ejercicio de este derecho se ha venido mostrando con mayor claridad a partir del año 2005 con la supervisión que concluyó en el Informe Defensorial N°102, concentrándose de manera particular en la población con discapacidad mental y psicosocial; pero con efectos en la prestación de servicios para la población en general.

A continuación analizaremos las actuaciones realizadas, tomando como punto de partida las funciones que le competen como INDH y MIPPS, de acuerdo a lo revisado anteriormente, a fin de verificar su cumplimiento¹³⁸.

¹³⁵ Art. 11 LGS.

¹³⁶ Aprobados mediante Resolución Ministerial N° 075-2004/MINSA, de 28 de enero de 2004.

¹³⁷ Resolución Ministerial N° 771-2004/MINSA, de 2 de agosto de 2004.

¹³⁸ Vid. II. *Funciones y atribuciones de la Defensoría del Pueblo de Perú.*

3.1. Propuestas vinculadas a la normatividad y promoción del derecho a la salud mental

3.1.1. Armonización de la legislación con los instrumentos internacionales

- Recomendaciones incluidas en informes defensoriales

La necesidad de un desarrollo normativo más amplio del derecho a la salud mental fue advertida por primera vez por la DP en el año 2005, como un aspecto central entre las recomendaciones formuladas en el Informe Defensorial N° 102. Al respecto, se observó que el reconocimiento constitucional y en tratados de derechos humanos, así como en la LGS, brindaban un marco general, pero se requería una regulación más detallada para asegurar la reforma de los servicios en concordancia con los estándares internacionales.

La DP advirtió que la atención en salud mental se brindaba bajo un modelo intramural asilar–custodial y terapéutico–farmacológico que no cumplía con garantizar el ejercicio del derecho a la salud mental de las personas, pues las mantenía alejadas de la sociedad hospitalizadas en instituciones psiquiátricas por tiempo indefinido, sin posibilidad de tomar decisiones sobre su tratamiento o su vida mientras se encontraban internadas y sometidas a las disposiciones del médico en acuerdo con sus familiares. En ese sentido, se requería incidir en la implementación de un modelo comunitario y descentralizado, que asegurara la excepcionalidad del internamiento y el respeto de derechos, como el consentimiento informado.

Al respecto, la institución recomendó al Congreso de la República la aprobación de una ley para garantizar el derecho a la salud mental y los derechos vinculados con éste, en la cual¹³⁹:

- Se regule el internamiento voluntario e involuntario;
- Se establezca un órgano de revisión periódica del internamiento involuntario;

¹³⁹ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación...*, cit., p. 177.

- Se establezcan mecanismos de supervisión de los establecimientos y servicios de salud mental; y
- Se establezcan mecanismos que garanticen a las personas internadas en establecimientos de salud mental y a sus familiares y representantes, contar con recursos sencillos y eficaces para la interposición de quejas.

En similar sentido, en el Informe Defensorial N° 140 del año 2008, la DP reiteró la recomendación de contar con una norma específica sobre salud mental, llamando la atención por el tiempo transcurrido sin su aprobación, a pesar de la formulación de diversos proyectos de ley orientados a dicho fin, que recogían las recomendaciones defensoriales¹⁴⁰.

Estas gestiones, junto a otras que se detallarán más adelante¹⁴¹, incidieron en la aprobación, en el año 2012, de la Ley 29889, referida al derecho a la salud mental. Así, dicha norma tomó en cuenta las recomendaciones defensoriales, las mismas que con posterioridad también fueron abordadas en el reglamento, D.S. 033-2015-SA, cuando señala que:

- “d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia¹⁴²”, en relación a la recomendación de regular el internamiento voluntario e involuntario.
- “e. La revisión médica periódica de los diagnósticos e informes que recomiendan el internamiento de pacientes. El internamiento tendrá una segunda opinión médica¹⁴³”. La recomendación se orientaba a establecer un órgano de revisión periódica del internamiento involuntario.
- “El Ministerio de Salud regula y supervisa permanentemente el pleno respeto de los derechos de los usuarios de los servicios y programas de salud mental (...)”¹⁴⁴, respecto a la recomendación de establecer mecanismos de supervisión de establecimientos y servicios.
- “El Ministerio de Salud (...) establece procedimientos sencillos para la interposición de quejas”¹⁴⁵, en relación a la recomendación de contar con recursos para la interposición de quejas.

¹⁴⁰ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión...*cit., p. 279.

¹⁴¹ Vid. 3.1.1. *Armonización de la legislación con los instrumentos internacionales*, subtema *Opiniones sobre proyectos de ley que implicaban regresiones*.

¹⁴² Art. 1 Ley 29889.

¹⁴³ Art. 1 Ley 29889.

¹⁴⁴ Art 3 Ley 29889.

¹⁴⁵ Art 3 Ley 29889.

Cabe señalar que la Ley 29889 reconocía de manera expresa el derecho de toda persona a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación. Asimismo, establecía que la atención en salud mental se realizaba en el marco de un abordaje comunitario, preferentemente de manera ambulatoria; el internamiento se consideraba un recurso de carácter excepcional que se realizaba por el tiempo estrictamente necesario; y las personas usuarias, incluidas las personas con discapacidad mental, mantenían el pleno ejercicio de sus derechos durante su tratamiento e internamiento¹⁴⁶.

En ese sentido, dichas intervenciones impulsaron significativos avances normativos. En el año 2018 el Informe Defensorial N° 180 insistió en la necesidad de adecuar la normatividad interna al marco internacional, en aquellos temas que permanecieron pendientes de garantizar, como el del reconocimiento del consentimiento informado de las personas con adicciones¹⁴⁷. Significativamente, la derogación del artículo que desconocía el derecho al consentimiento informado de las personas con adicciones es uno de los aspectos más destacables de la recientemente publicada Ley 30947, que cumple de este modo con adoptar la recomendación defensorial.

- **Opiniones sobre proyectos de ley, orientadas a la adecuación de las normas al marco internacional**

Las actuaciones defensoriales también se refieren a la formulación de opiniones sobre proyectos de ley vinculados a la materia. Así, en el Informe Defensorial N° 140 se detallan algunos Proyectos de Ley en los que se presentó opinión¹⁴⁸:

- Proyecto de Ley 14648/2005-CR, Ley de Salud Mental: Recogía las recomendaciones formuladas en el Informe Defensorial N° 102. La Defensoría del Pueblo participó en las reuniones de trabajo convocadas por el Congreso de la República para la elaboración del proyecto. Esta propuesta fue archivada.
- Proyecto de Ley 119/2006-CR, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, LGS, referido a la salud mental; y regula los procedimientos de internamiento de las personas con trastornos mentales: la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso solicitó la opinión de la

¹⁴⁶ Art. 1 Ley 29889.

¹⁴⁷ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión...*, cit., p. 198.

¹⁴⁸ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión...*, cit., pp. 62-63.

Defensoría del Pueblo, la cual fue remitida. El proyecto fue variando y finalmente se aprobó como Ley 29737.

- Proyecto de Ley 02465/2007-CR, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, LGS, referido a la salud mental; y regula los procedimientos de internamiento de las personas con trastornos mentales: la DP fue consultada durante el proceso de elaboración de dicho proyecto de ley. La propuesta fue archivada.

Esta práctica de emitir opiniones sobre propuestas legislativas es constante, ya sea a pedido de congresistas o de comisiones legislativas o, por propia iniciativa de la DP. A modo de ejemplo, en el año 2018 se presentaron, entre otras, las opiniones sobre proyectos de ley vinculadas al derecho a la salud mental que se muestran a continuación:

- Proyecto de Ley 3170/2018-CR, Ley que declara de interés nacional y necesidad pública la atención e intervención temprana de la salud mental orientada a la protección de la mujer y otras poblaciones vulnerables: Se presentó la opinión favorable de la DP¹⁴⁹.
- Proyecto de Ley 3407/2018-CR, Ley que modifica el artículo 11 g) de la Ley 26842, LGS: El proyecto buscaba facilitar el internamiento involuntario de las personas con adicciones, lo cual vulneraba su derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y al consentimiento informado, por lo cual la DP recomendó el archivo del proyecto¹⁵⁰.

- Opiniones sobre proyectos de ley que implicaban regresiones

En julio del año 2011 se publicó la Ley 29737. Dicha norma se elaboró a partir del Proyecto de Ley 119/2006-CR, que era una propuesta legislativa que inicialmente recogía las recomendaciones de la DP; sin embargo, en los años siguientes, con los aportes de diversos congresistas fue variando y finalmente se aprobó en el año 2011.

La norma aprobada en el Congreso reconocía el derecho de toda persona a la prevención, recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental, así como algunos derechos de las personas usuarias del servicio. No obstante, alertó a la DP que en su articulado se regularan los siguientes aspectos:

¹⁴⁹ Oficio 416-2018-DP/PAD, de 26 de septiembre de 2018.

¹⁵⁰ Oficio 466-2018-DP/PAD, de 6 de noviembre de 2018.

“ c. La posibilidad de realizar el internamiento involuntario de acuerdo con los procedimientos establecidos en el reglamento de la presente Ley.

d. La posibilidad de que los familiares puedan autorizar el internamiento de personas que sufren algún grado de adicción y que, dado el estado de inconciencia de su enfermedad, se niegan a firmar el consentimiento informado¹⁵¹”.

Como se ha señalado anteriormente¹⁵², una evaluación de estos incisos para determinar si implican una regresión normativa, nos lleva a concluir que, en efecto, no superan el análisis a través del principio de proporcionalidad en cuanto a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicha.

La DP, por su parte, observó que, a pesar de los avances a favor de las personas con discapacidad mental o psicosocial, los incisos c) y d) contravenían la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos y, en ese sentido, presentó su posición ante el MINSA y la Presidencia del Consejo de Ministros de manera previa a la promulgación de la ley, solicitando que se observe por el Ejecutivo. De acuerdo a ello, se plantearon los siguientes argumentos¹⁵³:

- Al establecer procedimientos para el internamiento involuntario de personas con discapacidad mental, se incumplen los artículos 12, 14 y 25 de la CDPD.
- Se contravienen también los criterios del TC en materia de tratamiento de personas con trastornos mentales y problemas de adicción, señalados en la sentencia N° 5842-2006-PHC/TC, donde se sigue lo establecido en instrumentos internacionales y se proscribire toda forma de ingreso involuntario, o por lo menos sin mediar causal de emergencia.
- Siguiendo lo señalado por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en el Documento A/64/272, el tratamiento obligatorio de las adicciones, además de ser ineficaz, está asociado al aislamiento prolongado, la detención sin supervisión judicial y a inscripciones en registros oficiales que constituyen vulneraciones del derecho a la privacidad.

A pesar de lo expuesto, la norma fue promulgada y publicada el 6 de julio de 2011.

¹⁵¹ Art. 1 Ley 29737.

¹⁵² Vid. 1.7. *Intervenciones y límites*.

¹⁵³ Oficio 181-2011-DP, dirigido a Oscar Ugarte Ubilluz, Ministro de Salud, de 1 de julio de 2011; y Oficio 182-2011-DP, dirigido a Rosario Fernández Figueroa, Presidenta del Consejo de Ministros, de 1 de julio de 2011.

Posteriormente, con un nuevo gobierno instalado desde el 28 de julio del 2011, el Congreso de la República inició la evaluación del Proyecto de Ley 418/2011-CR, orientado a la revisión y modificación de la Ley 29737. En ese contexto, la DP reiteró su posición mediante oficio dirigido a la Comisión de Salud y Población del Congreso, que evaluaba la propuesta¹⁵⁴, opinando nuevamente a favor de la modificación de la Ley 29737 en lo que respecta a los incisos c) y d).

Con la aprobación del proyecto de ley en mención, se promulgó y publicó la Ley 29889, el 24 de junio de 2012, estableciendo entre sus disposiciones la derogación de la Ley 29737.

3.1.2. Alentar la ratificación de instrumentos internacionales

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPM), aprobada el 15 de junio de 2015 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, todavía se encuentra pendiente de ratificación en Perú.

Este tratado reconoce en el artículo 19 el derecho a la salud física y mental de las personas adultas mayores sin discriminación y obliga a los Estados a diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, el artículo 11 reconoce el derecho de la persona adulta mayor a manifestar su consentimiento libre e informado de manera previa, voluntaria, libre y expresa, en el ámbito de la salud. En relación a las personas adultas mayores que requieren servicios de cuidado a largo plazo, el artículo 12 del tratado reconoce el derecho a un sistema integral de cuidados que tenga en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor, promoviendo que pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía¹⁵⁵.

Con relación a ello, la DP se ha pronunciado en reiteradas oportunidades a favor de la aprobación y ratificación del tratado. Así, en agosto del año 2015 el Defensor del Pueblo lideró la campaña “#Yo Me Sumo”, invitando a la ciudadanía a

¹⁵⁴ Oficio 076-2012-DP/AHPD, dirigido al congresista Segundo Bernal Tapia, de 3 de abril de 2012.

¹⁵⁵ Arts. 19, 11 y 12 Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPM).

manifestarse a favor de las personas adultas mayores, adhiriéndose con su firma a un pedido dirigido a las autoridades peruanas, para que se suscriba la CIPM¹⁵⁶. La campaña incluyó el spot “Una ciudad para todas las edades¹⁵⁷”.

Asimismo, solicitó reiteradamente al Ejecutivo la adhesión a la CIPM. En junio del 2017 se dirigió de manera particular a los Ministerios de Educación, Producción, Cultura, Transportes y Comunicaciones e Interior, para que expresen su conformidad, pues eran los sectores que aún no se habían pronunciado al respecto¹⁵⁸. Del mismo modo en junio de 2018, la DP solicitó al Presidente del Congreso de la República que priorice la aprobación de la CIPM¹⁵⁹.

3.1.3. Realizar aportes con ocasión de la evaluación del Estado por los órganos y comités de las Naciones Unidas

- Aportes para la Evaluación Periódica Universal

En marzo de 2017 la DP envió al Presidente del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sus aportes como INDH, en el contexto de la Evaluación Periódica Universal (EPU) del Estado peruano, del período comprendido entre el 2012 y el 2016.

Entre otros aspectos, se presentó como MIPPS y, en lo que respecta al derecho a la salud mental, señaló que:

“En salud mental se necesita ampliar la atención ambulatoria en hospitales generales, centros de salud mental comunitaria, hospitales de día y servicios complementarios en hogares protegidos; y proscribir la vulneración de derechos fundamentales en pacientes

¹⁵⁶ La invitación a adherirse al pedido se encuentra en el Portal de la Defensoría del Pueblo, en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/defensor-del-pueblo-invita-a-la-ciudadania-a-manifestarse-a-favor-de-las-personas-mayores/> Consulta realizada el 24 de noviembre de 2018.

¹⁵⁷ El spot de la campaña puede verse en el siguiente enlace: <https://youtu.be/gJzaPMv-S2Y> Consulta realizada el 24 de noviembre de 2018.

¹⁵⁸ Una referencia con relación a estas intervenciones la encontramos en la siguiente nota: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-solicita-al-ejecutivo-la-adhesion-a-la-convencion-interamericana-para-las-personas-mayores/> Consulta realizada el 24 de noviembre de 2018.

¹⁵⁹ La referencia a estas actuaciones se puede observar en este enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/congreso-debe-aprobar-convencion-interamericana-sobre-personas-mayores/> Consulta realizada el 24 de noviembre de 2018.

psiquiátricos institucionalizados, lo que llevó a la DP a recomendar el cierre de establecimientos psiquiátricos¹⁶⁰.

En ese sentido, la DP se pronunció respecto al contenido de disponibilidad y calidad del derecho a la salud mental. Lamentablemente, en el Informe del Examen Periódico Universal al Estado Peruano, no se registra alguna recomendación orientada a garantizar el derecho a la salud mental¹⁶¹.

- Aportes para la evaluación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En abril del año 2012, la DP presentó un Informe al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a propósito del primer examen del cumplimiento del Estado peruano de la CDPD, que se realizaría ese año. En dicho informe se plantearon los siguientes aspectos¹⁶²:

- La DP contribuye al impulso de la implementación de la reforma en el modelo de atención y servicios de salud mental, para lo cual evalúa los avances en la implementación de la política pública y el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado. En ese sentido, realiza supervisiones, como aquellas cuyos resultados se plasmaron en el Informe Defensorial N° 102 y el Informe Defensorial N° 140. En esos informes se constató que la salud mental no había dejado su ubicación marginal en las políticas y en la agenda pública nacional.
- Persistían como principales problemas: la falta de recursos financieros y humanos suficientes en la Dirección de Salud Mental del MINSA; la falta de priorización de la salud mental por parte de las Direcciones Regionales de Salud, lo que redundaba en el escaso presupuesto asignado por las regiones a estos servicios; la limitada cobertura de los servicios de salud mental en el primer nivel de atención; la concentración de los psiquiatras del MINSA en la capital del país y la provincia que limita con ella (82% ejercían su

¹⁶⁰ Informe para el Examen Periódico Universal de los años 2012 al 2016, adjunto al Oficio 049-2017/DP, de 22 de marzo de 2017, dirigido al señor Joaquín Alexander Maza Martelli, Presidente del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. El informe puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe---ONU.pdf> Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

¹⁶¹ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Perú, A/HRC/37/8*, 27 de diciembre de 2017, párrafo 111.

¹⁶² Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Asunto: Examen del cumplimiento del Estado peruano respecto a la obligación de implementar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, 2012, pp. 13-18.

práctica en Lima y Callao); el incumplimiento del consentimiento informado de las personas usuarias; la institucionalización por largos años en establecimientos psiquiátricos y las precarias condiciones de infraestructura en hospitales como el Larco Herrera; entre otros.

- Con relación a la situación de personas con trastornos mentales que cometieron delitos y se encontraban internadas en establecimientos psiquiátricos por una medida judicial, la DP convocó a diversos sectores, así como a la OMS y expertos, a reuniones de trabajo. El objetivo de las reuniones fue plantear propuestas vinculadas al modelo de atención y rehabilitación que debía seguirse, así como a la problemática de la falta de disponibilidad de servicios y el internamiento de larga estancia, sin tener en cuenta los informes médicos de alta, ni considerar la variación de la medida por una de tratamiento ambulatorio. Con relación a ello, hubo el compromiso de conformar una Comisión Multisectorial.
- La DP expresó su preocupación al MINSA con relación a la falta de atención, servicios e instalaciones adecuadas para las personas con adicciones, así como respecto a la necesaria fiscalización de los establecimientos terapéuticos privados, de manera que se asegure el respeto a los derechos de las personas internadas.
- La DP formuló observaciones a la Ley 29737 (que había modificado la LGS), antes de su promulgación, debido a que contravenía derechos reconocidos en la Constitución y normas internacionales, al autorizar el internamiento involuntario de personas con discapacidad mental, psicosocial, o adicciones. Luego de su promulgación, se opinó a favor de su derogación. En abril de 2012 se encontraba en debate el Proyecto de Ley 418/2011-CR, que contenía una propuesta de modificación de esa norma.

Posteriormente, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitió sus Observaciones finales con relación a la evaluación realizada al Estado peruano. En el tema que nos ocupa, el Comité¹⁶³:

- Expresó su preocupación por las condiciones de vida, calidad de los servicios e institucionalización por largos años de los usuarios de las instituciones psiquiátricas, como el Hospital Larco Herrera. En razón de ello, instó al Estado a investigar las denuncias de tratos crueles, inhumanos o degradantes en instituciones psiquiátricas, examinar la legalidad del internamiento y establecer servicios de tratamiento de salud mental

¹⁶³ Vid. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales. Perú, CRPD/C/PER/CO/1*, 16 de mayo de 2012, párrafos 28, 29, 30 y 31.

voluntarios, con enfoque comunitario y orientado a la desinstitucionalización.

- Expresó su preocupación debido a que las modificaciones a la LGS permitían el internamiento forzoso de personas con discapacidad psicosocial y discapacidad percibida. En ese sentido, exhortó al Estado a derogar la Ley 29737.

De acuerdo a ello, se puede afirmar que los aportes de la Defensoría del Pueblo fueron tomados en consideración por el Comité en la elaboración de sus Observaciones finales, en lo que respecta a las condiciones de institucionalización en instituciones psiquiátricas y la recomendación de derogar la Ley 29737.

En el año 2017, con ocasión de la próxima presentación del segundo y tercer informe periódico combinados de Perú al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la DP envió al Comité una propuesta de temas a considerar en la Lista de Cuestiones Previas, entre los que se encontraban algunos vinculados al derecho a la salud mental. Así, se sugiere solicitar información con relación a¹⁶⁴:

- El número de personas con discapacidad institucionalizadas en establecimientos psiquiátricos y centros de rehabilitación para personas con adicciones.
- Las medidas implementadas de manera efectiva para promover la desinstitucionalización de las personas con discapacidad.
- Cómo se viene implementando la reforma en la atención de la salud mental y el presupuesto asignado para ello.
- Las medidas adoptadas para evitar el internamiento y tratamiento sin consentimiento, así como la inmovilización por medios químicos o físicos de personas con problemas de salud mental.
- Cómo se garantiza el debido proceso de personas con discapacidad mental o psicosocial que comenten ilícitos penales, adultos o adolescentes. En particular respecto al DLeg. 1348, que permite el internamiento de adolescentes con anomalía psíquica en centros de salud mental.

¹⁶⁴ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Propuesta de preguntas para evaluación del Estado peruano*, Lima, enero de 2017, pp. 5-7.

Estas recomendaciones fueron acogidas por el Comité, que incluyó las siguientes cuestiones¹⁶⁵:

- Información sobre las medidas para avanzar en la desinstitucionalización de las personas con discapacidad.
- Información sobre las medidas para derogar la norma contenida en el artículo 23 del DLeg. 1348, que aprueba el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, que faculta el internamiento involuntario de adolescentes en conflicto con la ley penal.
- Información sobre medidas para eliminar el internamiento involuntario y el tratamiento forzoso de las personas con discapacidad, particularmente las personas con discapacidad psicosocial.

En esa línea, se puede señalar que existe un diálogo continuo entre ambas instancias, que permite la vigilancia del cumplimiento del tratado.

- **Oficios a autoridades, en el marco del seguimiento al cumplimiento de las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por intervenciones en la faceta defensiva del derecho a la salud mental**

Como parte del seguimiento al cumplimiento de las Observaciones finales al Perú del año 2012, el Comité pidió al Estado peruano que presente, en el plazo de dos años, información por escrito sobre las medidas adoptadas para aplicar las recomendaciones de los párrafos 23, 29 y 35. El párrafo 29 exhortaba a la derogación de la Ley 29737, que permitía la privación de la libertad de una persona en razón de su discapacidad, incluyendo la discapacidad percibida.

Al respecto, en junio del año 2012 se aprobó y publicó la Ley 29889, la cual en su articulado derogaba expresamente la Ley 29737. Sin embargo, si bien la Ley 29889 lograba en gran medida la armonización con la legislación internacional vigente, mantenía el desconocimiento del derecho al consentimiento informado de las personas con adicciones, señalando que:

“g. Las personas con adicciones gozan de los mismos derechos y garantías que se reconocen a los demás usuarios de los servicios de salud. Su tratamiento e internamiento involuntario no requiere de su consentimiento informado y se realiza a solicitud de la familia

¹⁶⁵ Vid. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Lista de cuestiones previa a la presentación del segundo y tercer informes periódicos combinados del Perú*, CRPD/C/PER/QPR/2-3, 8 de mayo de 2017, párrafos 13 y 16.

cuando su capacidad de juicio esté afectada, lo cual debe ser determinado por una Junta Médica”¹⁶⁶.

Tal y como se ha observado anteriormente¹⁶⁷, se trataba de una intervención en la faceta defensiva del derecho a la salud mental, vulneratoria del contenido de aceptabilidad (en cuanto éste incluye el consentimiento informado), que pretendía encontrar justificación en el desconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con adicciones. En ese sentido, resultaba una intervención atentatoria de derechos.

Con relación a ello, en el año 2014 la DP se pronunció mediante oficio dirigido al Director General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, dando respuesta a su solicitud de información, en el marco del informe que el Estado peruano estaba preparando para el Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁶⁸.

En el documento en mención, la DP señalaba que a pesar de haber cumplido con la derogación de la Ley 29737, se cuestionaba que la Ley 29889 mantuviera las trasgresiones a la libertad de las personas con adicciones, consideradas como personas con discapacidad percibida, señalando que:

- De acuerdo al artículo 14.1 b) de la CDPD, la existencia de una discapacidad no debe justificar en ningún caso la privación de libertad.
- En el documento A/HRC/22/53, Informe sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en entornos de atención de la salud, el Relator Especial recordó que las personas con discapacidad, entre ellas las personas con adicciones, deben presentar su consentimiento informado para una intervención médica, entendiéndose por ésta una decisión voluntaria y suficientemente informada.
- En el mismo documento el Relator Especial indica que de acuerdo a la OMS y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la privación de libertad o el trabajo forzoso no son tratamientos con evidencia empírica de ser eficaces para el tratamiento del consumo de drogas y suelen acompañarse de abusos físicos y mentales.

¹⁶⁶ Art. 1 Ley 29889.

¹⁶⁷ Vid. 1.7. *Intervenciones y límites*.

¹⁶⁸ Oficio 006-2014-DP/ADHPD-PDEPRODIS, de 10 de marzo de 2014, dirigido a Roger Rodríguez Santander, Director General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

En atención a ello, la DP insistió en que el cumplimiento de las recomendaciones del Comité implicaba la necesidad de derogar cualquier disposición que contradijera los derechos de las personas con discapacidad percibida, reconocidas en los tratados vigentes en el país.

No obstante lo expuesto, en la respuesta del Estado peruano a la solicitud de información del Comité, se argumentó que la Ley 29889 se orientaba al reconocimiento de derechos y que la intervención en el caso de las personas con adicciones no era un mecanismo de primera intervención, sino un recurso terapéutico excepcional cuando una persona no es capaz de evaluar razonablemente el riesgo de una situación para sí misma o, no es capaz de actuar en consecuencia para evitarlos¹⁶⁹.

Esta posición contravenía el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con adicciones, considerándose la posibilidad de los familiares de intervenir solicitando su internamiento.

3.1.4. Dar a conocer el derecho a la salud mental y los alcances de tratados como el PIDESC y la CDPD a funcionarios y servidores públicos

Entre las labores que cumple la DP se encuentra la de sostener reuniones con autoridades de los diversos sectores y niveles de gobierno para dar cumplimiento a sus diferentes objetivos institucionales.

En lo que se refiere a la promoción del ejercicio derecho a la salud mental, en atención a las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de tratados de derechos humanos, se han realizado diversas reuniones a lo largo de los años. A modo de ejemplo, entre las actividades desarrolladas se encuentran las siguientes:

- Reunión con autoridades del Ministerio de Justicia y del MINSA, en agosto de 2018, en el marco del seguimiento al cumplimiento del Plan Nacional de

¹⁶⁹ Vid. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre el informe inicial del Perú. Información recibida del Perú sobre el seguimiento de las observaciones finales, CRPD/C/PER/CO/1/Add.1*, 27 de noviembre de 2017, párrafo 16.

Derechos Humanos 2018-2021, donde se consultó sobre los avances en la desinstitucionalización, a partir de la implementación de servicios de salud mental comunitaria¹⁷⁰.

- Reunión con autoridades del MINSA y representantes de la OMS, en septiembre de 2018, sobre desinstitucionalización¹⁷¹.

Asimismo, a lo largo de los años se han organizado diversos conversatorios y conferencias, orientadas a dar a conocer los alcances del derecho, como, por ejemplo:

- Con autoridades del Poder Judicial, en agosto de 2011, sobre el derecho a la salud mental en atención a la normatividad internacional de derechos humanos vigente en el país¹⁷².
- Con autoridades del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y organismos autónomos, en diciembre de 2011, sobre el derecho a la salud mental en el marco de la CDPD¹⁷³.
- Con autoridades del Poder Judicial, en septiembre de 2018, sobre el derecho a la salud mental de las personas con discapacidad mental, psicosocial, o personas con discapacidad percibida, en el marco de los procesos penales por la comisión de actos delictivos¹⁷⁴.
- Con autoridades del Ministerio de Relaciones Exteriores, en septiembre de 2018, sobre derechos de las personas con discapacidad, entre ellos el derecho a la salud mental, reconocidos en la normatividad nacional e internacional¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/mesa-de-trabajo-para-abordar-avances-en-la-proteccion-de-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷¹ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/participamos-en-reunion-regional-sobre-desinstitucionalizacion/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷² Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/conferencia-sobre-salud-mental/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷³ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/conversatorio-sobre-justicia-derechos-humanos-y-salud-mental/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷⁴ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/capacitamos-a-jueces-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-sistema-penal/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷⁵ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/capacitamos-sobre-derechos-de-las-personas-con->

3.1.5. Actividades de información y concienciación

Entre las actividades de información y concienciación se encuentran los pronunciamientos y notas de prensa que emite la DP dando cuenta de su posición institucional sobre la actuación del Estado, en relación al cumplimiento de la normatividad nacional e internacional vigente en el país. A modo de ejemplo, con respecto al derecho a la salud mental, se publicaron las siguientes notas:

- “Defensoría del Pueblo insta al Ministerio de Salud, así como a los Gobiernos Regionales y Locales, a invertir en Salud Mental”, del 10 de octubre de 2012, donde se destaca que el reducido presupuesto asignado a salud mental afecta significativamente el ejercicio del derecho en cuanto a la accesibilidad, disponibilidad y calidad¹⁷⁶.
- “Defensoría del Pueblo saluda cierre del Centro de Rehabilitación del Enfermo Mental de Iquitos (Cremi)”, del 12 de diciembre de 2015, donde se da cuenta de las acciones defensoriales realizadas a favor de la desinstitutionalización de usuarios de dicho establecimiento en la región de Loreto, así como su traslado a otros servicios de atención de salud mental con enfoque comunitario¹⁷⁷.
- “Defensoría del Pueblo solicita mayor atención a servicio de salud mental de Hospital Honorio Delgado”, del 29 de mayo de 2017, que da cuenta de las deficiencias del servicio de psiquiatría, las malas condiciones de infraestructura y acondicionamiento y la falta de atención a la demanda existente en un hospital de Arequipa¹⁷⁸.
- “Defensoría del Pueblo demanda garantizar capacidad jurídica, salud, educación, empleo y accesibilidad para las personas con discapacidad en políticas públicas”, del 3 de diciembre de 2017, donde se exhorta al Estado a formular políticas públicas que recojan los postulados de la CDPD, en temas como el derecho a la salud mental. En particular, se demanda la urgente

[discapacidad-a-funcionarios-del-ministerio-de-relaciones-exteriores/](#) Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷⁶ La nota de prensa se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-insta-al-ministerio-de-salud-asi-como-a-los-gobiernos-regionales-y-locales-a-invertir-en-salud-mental/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷⁷ La nota de prensa se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-saluda-cierre-del-centro-de-rehabilitacion-del-enfermo-mental-de-iquitos-cremi/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁷⁸ La nota de prensa se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-solicita-mayor-atencion-a-servicio-de-salud-mental-de-hospital-honorio-delgado/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

desinstitucionalización de personas internadas en el hospital Larco Herrera y la implementación de hogares protegidos¹⁷⁹.

- “Demandamos suspender uso de terapia electroconvulsiva en hospital Hermilio Valdizán”, del 8 de agosto de 2018, que expone que en el marco de una supervisión se detectó el empleo de la terapia electroconvulsiva en un hospital de Lima, con maquinaria antigua, sin relajantes musculares y sin el consentimiento informado de los propios usuarios, por lo cual se solicitó la suspensión de dichos procedimientos¹⁸⁰.

Asimismo, se participó en ferias, pasacalles y jornadas de difusión, como, por ejemplo:

- “Feria por la salud mental”, en octubre de 2016, realizada en la región de Huánuco, en coordinación con otras instituciones públicas¹⁸¹.
- “Pasacalle por la salud mental” en octubre de 2016, realizado en la región de Huánuco, con la asistencia de diversas entidades públicas¹⁸².
- “Jornada de difusión de información sobre salud mental”, en abril de 2017, realizada en la región de Cajamarca, en coordinación con otras instituciones públicas¹⁸³.

Finalmente, se elaboraron diversos materiales de difusión, tales como el tríptico “Derechos de las personas que están siendo atendidas por motivos de salud mental. Tenemos derecho a que nos traten con respeto y sin discriminación¹⁸⁴”; el video “Salud mental y derechos humanos: supervisión de la política pública, la

¹⁷⁹ La nota de prensa se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-demanda-garantizar-capacidad-juridica-salud-educacion-empleo-y-accesibilidad-para-las-personas-con-discapacidad-en-politicas-publicas/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁸⁰ La nota de prensa se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/demandamos-suspender-uso-de-terapia-electroconvulsiva-en-hospital-hermilio-valdizan/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁸¹ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/participamos-en-feria-por-la-salud-mental/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁸² Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/participamos-en-feria-por-la-salud-mental-2/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁸³ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/jornada-de-difusion-de-informacion-sobre-salud-mental/> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

¹⁸⁴ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimotercer Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2010, p. 520. El informe puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-anual-13.pdf> Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables¹⁸⁵”; o una nota sobre el proceso de reforma en salud mental en el boletín “Reporte Derecho a la Salud: Defensoría en acción¹⁸⁶”.

3.2. Protección e intervención en procesos judiciales

3.2.1. Investigaciones por vulneración del derecho a la salud mental

La DP realiza investigaciones por vulneraciones de derechos, entre ellos el derecho a la salud mental, a solicitud de los ciudadanos, o de oficio, por decisión de la propia Institución. Un ejemplo de estas actuaciones es la intervención por sucesos ocurridos en centros de rehabilitación para personas con adicciones que operaban de manera ilegal o sin una adecuada supervisión.

Al respecto, en los meses de enero y mayo de 2012 ocurrieron dos incendios en centros de rehabilitación para personas con adicciones. En el mes de enero fallecieron 30 personas y en mayo 14 más. Ante la evidencia de instalaciones inadecuadas para la atención de la salud mental de esta población y la presunción de ausencia de fiscalización, la DP intervino de oficio en ambas ocasiones a fin de supervisar el cumplimiento de funciones de las autoridades competentes¹⁸⁷.

En ese sentido, además de verificar el debido proceso en las investigaciones fiscales y judiciales para cada caso concreto, se remitió un oficio al Ministro de Salud en el mes de febrero, que más tarde fue reiterado en mayo,¹⁸⁸ en los que se recomendó al sector:

- Declarar en emergencia el servicio de salud mental dirigido a personas con adicciones.

¹⁸⁵ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimotercer Informe...*Lima, 2010, p. 521.

¹⁸⁶ Vid. DEEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo primer Informe ...*, cit., p. 373.

¹⁸⁷ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2013, pp. 39-40. El informe puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Decimosexto-Informe-Anual.pdf> Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

¹⁸⁸ Oficio 140-2012/DP, de 7 de febrero de 2012 y Oficio 443-2012/DP, de 11 de mayo de 2012, dirigidos a Alberto Tejada Noriega, Ministro de Salud.

- Implementar una estrategia de supervisión y fiscalización de los centros de rehabilitación para personas con adicciones en coordinación con el Ministerio Público y los gobiernos locales.
- Garantizar la atención, tratamiento y reubicación de las personas internadas en los centros que se clausuren.
- Realizar campañas de difusión a nivel nacional respecto a la problemática de las adicciones.

Como resultado de la intervención, el MINSA coordinó acciones de inspección en la ciudad de Lima. Por otro lado, en junio del año 2012 se aprobó el reglamento de la Ley 29765, Ley que regula el establecimiento y ejercicio de los Centros de Atención para dependientes, que operan bajo la modalidad de comunidades terapéuticas¹⁸⁹.

Cabe señalar que el reglamento de la Ley 29889, publicado en el año 2015, establece los servicios de salud mental que deben desarrollarse bajo el modelo comunitario en distintos niveles, que incluyen la atención de las personas con adicciones.

3.2.2. Judicialización de casos

En el marco de sus competencias, la DP puede iniciar procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, de cumplimiento o de inconstitucionalidad, para la tutela de derechos. Para la determinación de la utilización de esta vía se evalúa la manifiesta vulneración de derechos, el agotamiento de todos los medios, la situación de indefensión de las personas afectadas y la trascendencia colectiva del caso. Con relación al derecho a la salud mental, se judicializó un caso, en el año 2008.

Al respecto, se presentó una demanda de amparo contra la Gerencia Regional de Desarrollo Social de Tacna, la Dirección Regional de Salud de Tacna y la Dirección del Hospital Hipólito Unanue de Tacna, en defensa de los derechos a la vida, a la integridad y a la salud de 22 usuarios hospitalizados en el servicio psiquiátrico del

¹⁸⁹ DS 006-2012-SA, publicado el 5 de junio de 2012.

Hospital Hipólito Unanue. A continuación, se reseñarán algunos aspectos centrales de la demanda¹⁹⁰:

- La demanda señalaba que en la supervisión realizada por la Defensoría del Pueblo se observó que el servicio de psiquiatría del Hospital Hipólito Unanue funcionaba en el local del ex Hospital San Ramón, que databa de 1848 y que a la fecha se encontraba en estado ruinoso y a punto de colapsar, con fallas estructurales, servicios higiénicos deteriorados y en mal funcionamiento. Asimismo, no había suficientes útiles de aseo, la mayoría de prendas de vestir de los pacientes se encontraban en mal estado y camas y colchones también se encontraban en mal estado.
- Se indicaba que se constató que no se realizaba una evaluación periódica de la salud de los usuarios, las notas de las historias clínicas no registraban detalles de la evolución y varias historias se encontraban elaboradas en los mismos términos, denotando un abandono inaceptable.
- Se mencionaba que se observó que la terapia electroconvulsiva se realizaba sin anestesia ni relajantes musculares, con un equipo antiguo que no permitía comprobar los efectos electroencefalográficos del procedimiento.
- Se señalaba que las terapias que se realizaban eran insuficientes para garantizar la rehabilitación de los usuarios.
- El petitorio se orientó a solicitar, por un lado, que se brinden condiciones de internamiento dignas a los pacientes hospitalizados, garantizando su reubicación en otros ambientes con condiciones mínimas para su atención, instalaciones adecuadas y en buenas condiciones de higiene, así como asignación de ropa y calzado en buenas condiciones. Por otro lado, se solicitó que se brinde una atención médica integral que garantice la evaluación periódica del estado de salud de los usuarios, la aplicación de la terapia electroconvulsiva con anestesia y relajantes musculares, así como terapias conducentes a su rehabilitación e inclusión social.
- Como fundamentos de derecho, la DP destacó el reconocimiento nacional e internacional del derecho a la salud mental, las obligaciones asumidas por el Estado peruano con la ratificación de diversos tratados, la relación del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, el contenido del derecho a la salud mental, entre otros aspectos.

¹⁹⁰ 1º Juzgado Civil de Tacna, *Demanda de amparo interpuesta por el Jefe de la Oficina Defensorial de Tacna de la Defensoría del Pueblo, expediente 01574-2008-0-2301-JR-CI-01*, Tacna, 8 de septiembre de 2008.

Cabe señalar que meses antes de emitirse la sentencia, los usuarios del servicio de hospitalización de psiquiatría del Hospital Hipólito Unanue fueron reubicados en la sede central de dicho establecimiento y la Dirección del hospital dispuso el retiro del equipo de terapia electroconvulsiva, suspendiendo dicho tratamiento¹⁹¹.

El 23 de octubre de 2009, se emitió sentencia declarando fundada en parte la demanda, disponiendo que los demandados brinden condiciones dignas de internamiento a las personas usuarias hospitalizadas; se brinde atención médica integral que garantice evaluación periódica y tratamiento individualizado, así como la aplicación de la terapia electroconvulsiva con anestesia y relajantes musculares; terapias conducentes a su rehabilitación e inclusión social. Se declaró infundada la demanda en cuanto a la reubicación inmediata a la sede central¹⁹².

3.2.3. Intervención como amicus curiae

En lo que respecta al derecho a la salud mental, se intervino en un proceso en el año 2008 en calidad de amicus curiae, con información técnica especializada sobre los asuntos de su competencia.

El caso en mención inició en el año 2006, cuando el ciudadano Miguel Morales Denegri, miembro de la Organización No Gubernamental Pan y Vino, interpuso una demanda de hábeas corpus contra dos médicos psiquiatras de la Dirección de Adicciones del INSM HD-HN, así como contra la Defensora del Pueblo, a fin que cese la violación y amenaza del derecho a la libertad personal y otros, de las personas usuarias de la Sala de Hospitalización de dicho establecimiento¹⁹³:

- La demanda señalaba que los adolescentes y adultos, varones y mujeres del Área de Adicciones, se internaban juntos en una misma sala; y que las personas usuarias se internaban sin brindar su consentimiento. En esa línea,

¹⁹¹ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimosegundo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2009, p. 186. El informe puede leerse en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-anual-DP-2008.pdf>
Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

¹⁹² 1º Juzgado Civil de Tacna, Sentencia 01574-2008-0-2301-JR-CI-01, de 23 de octubre de 2009. Esta sentencia fue declarada consentida mediante Resolución 13, de 8 de marzo de 2010, al no haber sido impugnada.

¹⁹³ STC 5842-2006-PHC/TC..., cit., Antecedentes.

- se solicitó la restitución de la libertad de las personas internadas involuntariamente y que se respeten sus derechos humanos, así como que la DP emita opinión.
- En primera instancia, el juzgado penal declaró improcedente la demanda por considerar que el recurrente no señalaba ningún caso concreto de afectación de derechos por la hospitalización. Con relación al consentimiento, se señaló que, por la naturaleza de la enfermedad, las personas usuarias tienen una representación distorsionada de la realidad que no permite solicitarlo.
 - En segunda instancia, la Sala Penal confirmó la apelada por considerar que no había individualización de los perjudicados. Con relación al internamiento de adolescentes y adultos, varones y mujeres, en una misma sala, señaló que los hechos debieron ponerse en conocimiento del Ministerio Público y no utilizarse la vía constitucional.
 - El TC consideró necesario determinar, en primer lugar, la relación procesal constitucional de los codemandados. Al respecto señaló que, si bien la demanda estaba dirigida contra la Defensora del Pueblo, el petitorio lo contradecía, pues lo que pretendía el recurrente era solo contar con su opinión jurídica. En ese sentido, el TC constituyó a la DP en *amicus curiae* del proceso, mediante resolución de 16 de abril de 2008.

El 28 de abril de 2008, la DP cumplió con presentar el informe de *amicus curiae* solicitado por el TC, poniendo en consideración los siguientes argumentos¹⁹⁴:

- El internamiento y tratamiento de las personas con adicciones debe ser autorizado por ellas mismas, salvo que se encuentren en situación de emergencia o cuenten con curador, de acuerdo a lo señalado en el CC vigente¹⁹⁵.
- La DP consideró indispensable establecer procedimientos de revisión periódica de las órdenes de interdicción, así como de las órdenes de internamiento dictadas en dichos procesos, de modo que pudiera verificarse la subsistencia o no de las condiciones que motivaron el internamiento.
- El INSM HD-HN informó a la DP que 18 personas usuarias de un total de 21 habían autorizado su internamiento.

¹⁹⁴ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Amicus curiae presentado en el expediente 5842-2006-PHC/TC*, de 28 de abril de 2008.

¹⁹⁵ El CC ha sido modificado mediante DLeg 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, reconociendo la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para quienes ya no se permite la interdicción y designación de curador; pero, mantiene la posibilidad de interdicción de personas con adicciones, en caso no cuenten con certificado de discapacidad.

- La DP consideró que sería conveniente que el INSM HD-HN amplíe los ambientes destinados al internamiento de las personas con adicciones para que las habitaciones de varones y mujeres puedan ser ubicadas en secciones diferentes, como sucedía en el servicio de hospitalización de psiquiatría.

El TC tomó en consideración la opinión de la DP planteada en el *amicus curiae*, resolviendo declarar fundada en parte la demanda. En ese sentido¹⁹⁶:

- Se declaró fundada en lo relativo a la violación del derecho de las personas a ingresar a un establecimiento de salud con consentimiento informado previo, por lo que:
 - Se exigió a los responsables que en las siguientes oportunidades el consentimiento informado se realice según lo estipulado en la normatividad nacional.
 - Se exigió a todas las autoridades de los establecimientos de salud que no omitan someter sus actuaciones al consentimiento informado y que los casos de emergencia estén absolutamente justificados y sustentados.
- Se consideró necesario establecer mecanismos de revisión periódica de los órdenes de interdicción de personas con discapacidad.
- Se ordenó que la sala de hospitalización del INSM HD-HN ejecute correcciones al espacio destinado a sus personas usuarias, en el sentido de una mejor separación de hombres y mujeres y crear un espacio destinado a adolescentes.
- Se declaró infundada en lo relativo a la vulneración del derecho a la información como parte del tratamiento intramural. También se declaró infundada en lo relativo a la remisión de los actuados al Ministerio Público, por considerarse que las acciones realizadas por los codemandados no constituyen delito.
- Se exhortó a las autoridades legislativas a la promulgación de una ley de salud mental.

3.3. Supervisiones e informes

Las actividades de supervisión son diversas y se realizan regularmente con el fin de verificar el respeto de derechos de las personas, o el cumplimiento de funciones de la Administración. En temas de salud mental, se han realizado

¹⁹⁶ *STC 5842-2006-PHC/TC ...*, cit., Parte Resolutiva.

supervisiones continuas a establecimientos de salud en distintas regiones; así como también se organizaron algunas supervisiones a nivel nacional orientadas a la elaboración de informes defensoriales.

3.3.1. Supervisiones periódicas

Así, por ejemplo, con relación a las supervisiones realizadas periódicamente en regiones tenemos:

- La supervisión de la atención en salud mental en el Hospital Regional Hipólito Unanue y otros centros de salud de la región Tacna, en septiembre de 2016¹⁹⁷.
- La supervisión del funcionamiento de la Dirección Regional de Salud y de los servicios de salud mental de la región Tacna, en noviembre de 2017¹⁹⁸.
- La supervisión de la implementación de los servicios de salud mental en Iquitos, región Loreto, en diciembre de 2017¹⁹⁹.

Un ejemplo de supervisiones realizadas regularmente y que, unidas a otras actuaciones, concluyeron en la reversión de una situación vulneratoria de derechos, es el de las llevadas a cabo en el Centro de Rehabilitación del Enfermo Mental de Iquitos (CREMI), donde se logró el cambio de modelo de atención intramural o manicomial, por el modelo comunitario de atención en salud mental.

Así, entre los años 2005 y 2016 se llevaron a cabo distintas visitas de supervisión al CREMI, en las cuales la DP pudo determinar la afectación del derecho a la salud mental en cuanto a la calidad del servicio, debido a la evidencia de vulneración del derecho a la integridad; tratos crueles, inhumanos y degradantes; atención

¹⁹⁷ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/supervisan-atencion-en-salud-mental/> Consulta realizada el 27 de noviembre de 2018.

¹⁹⁸ Se puede ver información sobre la actividad en el siguiente enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/actividades/supervisan-establecimientos-de-salud-mental-en-tacna/> Consulta realizada el 27 de noviembre de 2018.

¹⁹⁹ Oficio 052-2017-DP/ADHPD-PDEPRODIS, de 1 de diciembre de 2017, dirigido a Ricardo Pino Jordán, Viceministro de Prestaciones de Salud y Aseguramiento de Salud, del Ministerio de Salud. Como resultado de la supervisión se observaron deficiencias en los servicios de agua y electricidad de los hogares protegidos, en la ropa, en la alimentación, así como falta de presupuesto para actividades. Del mismo modo, se recibió información referida a que el servicio de psiquiatría del Hospital Regional de Loreto no estaría recibiendo el presupuesto asignado. Esta situación fue puesta en conocimiento del Viceministro de Prestaciones de Salud y Aseguramiento de Salud, del Ministerio de Salud.

irregular; condiciones de aseo e higiene deficientes; infraestructura deteriorada; entre otros; así como en lo referido a la aceptabilidad, por la ausencia de procedimientos y protocolos para asegurar el consentimiento informado en el internamiento y el tratamiento²⁰⁰.

Esta situación fue puesta en conocimiento de las autoridades del MINSA y del gobierno regional, insistiendo reiteradamente en la necesidad de desarrollar acciones para revertirla. En los últimos años, bajo la implementación de una política en salud mental con enfoque comunitario, se fueron estableciendo servicios de hogares protegidos, orientados a la desinstitucionalización.

A fines del 2015, el gobierno regional de Loreto y el MINSA aceptaron la recomendación defensorial de concluir con el proceso de desinstitucionalización de las personas que permanecían en el CREMI, habilitando nuevos hogares protegidos para su traslado, luego de lo cual se procedió al cierre definitivo del establecimiento en el mes de marzo de 2016²⁰¹.

3.3.2. Supervisiones orientadas a la elaboración de informes defensoriales

En materia del derecho a la salud mental, la Defensoría del Pueblo organizó tres supervisiones orientadas a la elaboración de informes defensoriales, en los años 2005, 2008 y 2018, con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la implementación de políticas públicas acordes a los tratados ratificados por el Estado peruano. Dichas supervisiones tuvieron en consideración los elementos esenciales que dan contenido al derecho, esto es, la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

²⁰⁰ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación...*, cit., pp. 117-121. Asimismo, *Salud mental y Derechos Humanos. Supervisión...*, cit., pp.197-199.

²⁰¹ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2016. p. 52. El informe puede leerse en el siguiente enlace: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/Informe_anual_completo_2016.1.pdf Consulta realizada el 5 de diciembre de 2018.

Al respecto, la supervisión que dio lugar al Informe Defensorial N° 102 permitió constatar, entre otras cosas, que en el año 2005²⁰²:

- El MINSA no contaba con un órgano de línea que condujera las políticas de salud mental, por lo que se hacía preciso establecer una unidad rectora que tuviera competencias para definir lineamientos de políticas e instrumentos de regulación de la prestación de los servicios.
- De los 472 hospitales del MINSA, solo 10 brindaban atención psiquiátrica, y el 78% de los médicos psiquiatras que laboraban en el MINSA ejercía su profesión en la capital del país.
- Los servicios de salud mental brindaban atención psiquiátrica bajo un modelo de atención intramural y no comunitario, que no garantizaba el ejercicio de derechos.
- El ordenamiento jurídico no regulaba el internamiento ni la permanencia voluntaria e involuntaria de los pacientes, por lo que no se requería el consentimiento informado de los propios usuarios, sino de sus familiares.
- Los establecimientos no buscaban asegurar la comprensión de la información sobre el diagnóstico y tratamiento, por parte de los usuarios.
- Tres de los seis hospitales supervisados del MINSA tenían instalaciones deficientes. Las condiciones de higiene de baños y habitaciones eran pésimas y las edificaciones deterioradas. La ropa de los usuarios en situación de abandono era de uso comunitario y se encontraba en mal estado.
- En algunos establecimientos las evaluaciones médicas eran irregulares, como en el Hospital Larco Herrera y en el CREMI.
- Las personas internadas en el CREMI se encontraban en una situación vulnerable, con ausencia de personal, falta de medicación, esporádico registro en las historias clínicas y falta de medios de comunicación o de transporte que permitieran una adecuada respuesta en casos de emergencia. La DP constató afectaciones al derecho a la integridad de los usuarios, así como situaciones de reclusión en celdas de aislamiento por años, sin poder salir sino para bañarse, lo que constituían tratos inhumanos y degradantes hacia los usuarios, algunos de los cuales finalmente fallecieron.
- Debido a los altos costos, se utilizaban antipsicóticos típicos, a pesar que los atípicos demostraban tener menores efectos adversos.
- En ningún hospital supervisado se aplicaba la terapia electroconvulsiva con anestesia y relajantes musculares. Además, solo dos de los hospitales donde se aplicaba la terapia tenían equipos modernos, que permitían controlar la intensidad y tiempo de las descargas y los efectos electroencefalográficos.

²⁰² Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación...*, cit., pp. 159-173.

- En tres de ocho establecimientos se encontraron casos de utilización de procedimientos de contención mecánica, como forma de castigo, además de ser medidas adoptadas por el personal de enfermería y personal auxiliar.
- En tres de los ocho establecimientos supervisados la falta de puertas en los baños impedía a los pacientes ejercer su derecho a la intimidad.
- En ninguno de los establecimientos supervisados se difundía adecuada y suficientemente los derechos de los pacientes. Ninguno contaba con mecanismos formalmente establecidos para la interposición de quejas en caso de abuso, maltrato físico o verbal.
- No se realizaban supervisiones periódicas in situ, que tuvieran por objeto verificar la calidad de la atención de los establecimientos.
- El 40% del total de usuarios internados en los establecimientos supervisados se encontraban en situación de abandono.
- En todos los establecimientos del MINSA se encontró a personas internadas por orden judicial, hallándose en total 28 pacientes bajo esa condición y 52 personas en lista de espera. Aun cuando se contaba con informes médicos de alta, los jueces no disponían el cese de las medidas de internación.

A partir de lo observado, se formularon, entre otras, las siguientes recomendaciones²⁰³:

- Al Congreso de la República, aprobar una ley para garantizar el derecho a la salud mental y los derechos vinculados con éste.
- A la Ministra de Salud, crear una unidad rectora en salud mental; supervisar periódicamente las condiciones de atención y de aplicación de tratamientos en los establecimientos de salud mental; organizar el sistema de referencia y contrarreferencia; disponer la mejora de la infraestructura de los establecimientos de salud mental y las condiciones de vida de las personas internadas; incluir medicamentos antipsicóticos atípicos genéricos en el petitorio nacional de medicamentos del MINSA; obtener el consentimiento informado de los pacientes para el internamiento y el tratamiento; evaluar las condiciones de la aplicación de la terapia electroconvulsiva en los servicios de salud mental; entre otros.
- Al Presidente del Seguro Social de Salud (EsSalud), crear un órgano de dirección en materia de salud mental.
- Al Director Regional de Salud de Loreto, incorporar al CREMI como parte del Hospital Regional de Loreto, dotar al CREMI de recursos profesionales a fin

²⁰³ *Ibíd.*, pp. 177-183.

de asegurar la atención de los usuarios y garantizar que reciba recursos logísticos y medicinas.

- A los directores de los establecimientos que brindaban servicios de salud mental, brindar información de manera adecuada y comprensible a los usuarios sobre sus derechos, diagnóstico, tratamiento y riesgos; supervisar los tratamientos que reciben los usuarios; asignar mayores recursos a la implementación de terapias no farmacológicas; disponer el registro en las historias clínicas de los motivos de las decisiones terapéuticas; asegurar condiciones de higiene, accesibilidad, comodidad y seguridad en establecimientos de salud mental; garantizar el derecho a la privacidad de los usuarios; y establecer mecanismos para la interposición de quejas.
- Al Director del CREMI, clausurar las celdas empleadas para recluir pacientes clasificados de alta peligrosidad; asegurar la evaluación periódica del estado de salud de los usuarios; regular la aplicación de la contención mecánica para que sea empleada como último recurso; implementar medios de comunicación y transporte que permitan resolver urgencias; y mejorar infraestructura y servicios.
- A los jueces especializados en lo penal, evaluar los informes médicos periódicos para determinar si se mantiene o no la medida de seguridad de internamiento.

Por otro lado, en el año 2008, la supervisión defensorial realizada y que dio lugar al Informe Defensorial N° 140, permitió evidenciar, entre otras cosas, que²⁰⁴:

- A pesar de importantes avances en la formulación de políticas públicas de salud mental y la creación de la Dirección de Salud Mental en el año 2006, acogiendo en ambos casos las recomendaciones defensoriales, la salud mental no dejó su lugar marginal en la organización y funcionamiento del MINSA. La Dirección de Salud Mental no contaba con recursos financieros y humanos suficientes y funcionaba sin que se hubiera nombrado a su director.
- La calidad de la atención y la condición de los establecimientos de salud mental continuaban siendo temas postergados en las acciones del MINSA.
- Las políticas nacionales de salud mental deben integrarse en las políticas regionales de salud y desarrollo. La reestructuración de los servicios de salud para la inclusión de camas psiquiátricas, la organización de un sistema de referencia y contrarreferencia y la disponibilidad de psicofármacos, eran

²⁰⁴ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos. Supervisión...*, cit., pp. 255-277.

temas que no se abordaban en las regiones y se continuaba asignando escaso presupuesto.

- El 81.82% de los psiquiatras en el ámbito nacional ejercía su práctica en Lima y Callao. En siete regiones del país no se contaba con un médico psiquiatra en los establecimientos de salud. De las regiones que no contaban con médico psiquiatra, cinco se encontraban entre las más pobres del país o las más afectadas por la violencia política.
- El Petitorio nacional de medicamentos aprobado en el año 2005 incluyó dos medicamentos antipsicóticos atípicos y un antidepresivo de tercera generación, que no se encontraban en el petitorio anterior.
- En la mayoría de servicios del MINSA se empleaban fundamentalmente antipsicóticos típicos.
- Se requería incluir el componente de salud mental en la cobertura del Seguro Integral de Salud (SIS) para garantizar el suministro de medicamentos a las poblaciones más vulnerables.
- La legislación no había regulado de manera específica el internamiento voluntario e involuntario de las personas con trastornos mentales, ni había establecido un órgano independiente encargado de revisar periódicamente las decisiones de internamiento.
- Los magistrados no tomaban en consideración los informes médicos de alta sobre personas con medidas de seguridad de internamiento por la comisión de ilícitos penales.
- Tres de ocho servicios, aplicaban la terapia electroconvulsiva sin consentimiento informado del usuario. Cinco establecimientos contaban con equipos antiguos e inseguros. Solo tres establecimientos aplicaban dicha terapia con anestesia y relajante muscular.
- Cuatro establecimientos supervisados realizaban evaluaciones médicas de manera irregular.
- La infraestructura del Hospital Hipólito Unanue de la región Tacna se encontraba en situación crítica, por lo que la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de amparo.
- Las condiciones de vida de los pacientes del CREMI continuaban sin ser acordes a un trato digno. Persistía el hacinamiento, camas y colchones en mal estado y fuerte hedor.
- En los establecimientos de salud mental no se brindaba información a pacientes respecto a sus derechos. Salvo el Hospital Larco Herrera, ningún establecimiento contaba con mecanismos regulares de presentación de quejas.
- Era necesario avanzar más decididamente en la desinstitucionalización.

Entre las recomendaciones formuladas, se encontraban las siguientes²⁰⁵:

- Reiterar al Congreso la recomendación de aprobación de una ley para garantizar el derecho a la salud mental.
- Al Ministro de Salud, fortalecer el rol rector de la Dirección de Salud Mental; desarrollar una base de datos confiable y actualizada que sistematice la información sobre disponibilidad de servicios de salud mental; garantizar inclusión de camas psiquiátricas en hospitales generales; incorporar el componente de salud mental en la formación de profesionales y técnicos de la salud; elaborar formatos de consentimiento informado, así como protocolos para la aplicación de la terapia electroconvulsiva y los procedimientos de contención mecánica; incorporar en el SIS el tratamiento de trastornos mentales como la depresión, la ansiedad y los trastornos psicóticos; y supervisar la atención de la salud mental en los establecimientos de salud.
- A los Presidentes de Gobiernos Regionales y Directores Regionales de Salud, implementar en los planes y políticas regionales de salud, el componente de salud mental; asignar recursos financieros suficientes; fortalecer el sistema de referencia y contrarreferencia; garantizar la disponibilidad de los medicamentos; mejorar la infraestructura de los establecimientos de salud; y supervisar las condiciones en que se aplica la terapia electroconvulsiva.
- A los directores de los establecimientos que prestan servicios de salud mental, brindar información clara y comprensible a los pacientes, sobre sus derechos, diagnóstico, tratamiento, medicación, riesgos; obtener el consentimiento informado de los usuarios al internamiento y tratamiento; retirar equipos de terapia electroconvulsiva antiguos e inseguros; asegurar condiciones de higiene, accesibilidad y seguridad de establecimientos; asignar recursos para terapias no farmacológicas; y establecer mecanismos de interposición de quejas.
- A la Dirección Regional de Salud de Loreto, mejorar la infraestructura, mobiliario y condiciones de vida de personas internadas en el CREMI, dotándola de recursos profesionales calificados.
- Reiterar al director del CREMI la necesidad de asegurar evaluación periódica del estado de salud de usuarios; mejorar la infraestructura y las condiciones de internamiento.
- Reiterar a los jueces especializados en lo penal la necesidad de solicitar informes médicos periódicos para evaluar si se mantiene o no la medida de seguridad de internamiento.

²⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 279-286.

Finalmente, la supervisión defensorial realizada en el año 2018 y que dio lugar al Informe Defensorial N° 180, llegó a las siguientes conclusiones²⁰⁶:

- Existe la necesidad de adecuar la normatividad interna al marco de la CDPD. Tal es el caso del artículo 7° de la Constitución Política, que señala que las personas con discapacidad están incapacitadas de decidir por sí mismas debido a su deficiencia, desconociendo su capacidad jurídica. Del mismo modo, la Ley 29889, permitía el internamiento de las personas con adicciones sin su consentimiento. Adicionalmente, a pesar de recientes modificaciones al CC, se mantiene la restricción del derecho a la capacidad jurídica de las personas denominadas ebrios habituales y toxicómanos. Por otro lado, es necesario aprobar y ratificar el Protocolo Facultativo del PIDESC y la CIPM.
- La política de salud mental no es una política pública priorizada, ni se ha estandarizado la forma de abordar la problemática a nivel sectorial y multisectorial.
- Existe un modelo mixto de atención de salud mental, esto es, manicomial, terapéutico farmacológico y comunitario. Esto impide el avance en el proceso de desinstitucionalización de las personas usuarias de larga estancia que se mantienen en servicios públicos y privados.
- La supervisión determinó la falta de disponibilidad de servicios bajo el modelo comunitario y que a fines del 2018 no se había cumplido con las metas establecidas en el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021 para su primer año, en particular en lo referido a la implementación de las Unidades de hospitalización en salud mental y adicciones, así como a los hogares protegidos.
- El presupuesto para la atención de la salud mental es limitado, pues representa el 0.1% del presupuesto nacional y el 1% del sector salud. Por otro lado, existen carencias en la coordinación y monitoreo del gasto presupuestal.
- Hay carencia de medicamentos, lo que ocasiona que las personas usuarias se vean obligadas a comprarlos en farmacias privadas.
- La falta de servicios obstaculiza el sistema de referencia y contrarreferencia.
- En la supervisión se evidenció que el número de personas institucionalizadas por más de 45 días supera 600. Hay un incumplimiento casi generalizado en la conformación de los Comités de Desinstitucionalización. De otra parte, la normatividad vigente no regula la solicitud del consentimiento informado de la persona usuaria para el tratamiento, de manera acorde a la CDPD, pues basta la condición de discapacidad para solicitar que el consentimiento sea

²⁰⁶ Vid. DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión...*, cit., pp. 190-197.

brindado por un familiar. Adicionalmente, en dos establecimientos se evidenció el uso de la terapia electro convulsiva con anestesia; pero sin relajantes musculares. Ambos establecimientos acogieron de inmediato las recomendaciones defensoriales de suspender el tratamiento.

- En el caso de las personas con trastornos mentales que cometen delitos, persiste la imposición de medidas de seguridad de internamiento por periodos prolongados, atendiendo a su sola condición de discapacidad. El Código Penal mantiene el criterio de peligrosidad en la imposición de la medida de seguridad, lo cual contraviene el enfoque comunitario.

Entre las principales recomendaciones recogidas en el Informe Defensorial N° 180 están²⁰⁷:

- Al Congreso de la República, modificar el artículo 7° de la Constitución Política, asegurando el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Asimismo, derogar el artículo de la Ley 29889 que desconoce el consentimiento informado de las personas con adicciones; y modificar los artículos del CC que desconocen la capacidad jurídica a las personas denominadas ebrios habituales y toxicómanos. De otra parte, modificar el Código Penal, eliminando el criterio de peligrosidad en la imposición de la medida de seguridad. Del mismo modo, aprobar el Protocolo Facultativo del PIDESC y la CIPM.
- Al Ministerio de Economía y Finanzas, asignar recursos financieros suficientes y de manera sostenible para la implementación de servicios de salud mental.
- Al MINSA, elaborar un Plan Nacional Multisectorial de Salud Mental Comunitaria; implementar los servicios de salud mental conforme al cronograma establecido en el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios en Salud Mental Comunitaria 2018 – 2021 del MINSA; diseñar e implementar un plan de desinstitucionalización; asegurar en la normatividad el derecho al consentimiento informado de todas las personas con discapacidad; diseñar un protocolo nacional para la aplicación de la terapia electro convulsiva bajo los estándares internacionales; entre otras.
- A EsSalud, adecuar sus planes y programas de atención a la política de salud mental propuesta por el ente rector; así como diseñar un plan de desinstitucionalización, entre otras.

²⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 198-203.

- A los directores de los establecimientos de salud, asegurar que las personas usuarias reciban la información necesaria y brinden su consentimiento informado, entre otras.
- Al Poder Judicial, armonizar las políticas institucionales sobre personas que cometen ilícitos con ocasión de un trastorno mental, a los principios establecidos en la CDPD; entre otras.

Cabe señalar que la DP ha cumplido un rol significativo, pues a partir de la publicación de estos informes defensoriales se lograron revertir diversas situaciones que afectaban el ejercicio del derecho a la salud mental.

IV. AVANCES Y TEMAS PENDIENTES

A pesar del reconocimiento constitucional en concordancia con los tratados de derechos humanos vigentes en el país, la normatividad interna que desarrolla el derecho a la salud mental ha avanzado con tropiezos hacia la adecuación a los términos de los instrumentos internacionales de obligatorio cumplimiento.

Por otro lado, las políticas públicas han ido ajustándose en los últimos años a los estándares internacionales, tomando cierto impulso en el año 2018 a partir de la publicación del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021.

Debe desatacarse también que en el año 2018 el presupuesto en salud mental fue el 0.11% del presupuesto total a nivel nacional y el 1.04% del presupuesto asignado al sector Salud²⁰⁸, lo que muestra que se mantiene una brecha amplia en la asignación de recursos en esta materia y que propone un serio reto por superar si la orientación es a la garantía del ejercicio del derecho.

Al respecto, investigaciones del año 2012 sobre el acceso a los servicios de salud mental en Perú señalan que en Lima, la capital del país, del total de la población que reconoce haber tenido problemas de salud mental, solo el 24.3% accedió a los servicios de salud; mientras que en el caso del área rural de Lima, el 10.1%;

²⁰⁸ La información se obtuvo a través de la página de Consulta Amigable del Ministerio de Economía y Finanzas, disponible en el siguiente enlace: <http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/Navegador/default.aspx> Consulta realizada el 25 de noviembre de 2018.

en la sierra urbana, el 13.9%; en la sierra rural, el 10.4%; en la selva urbana, el 14.3%; y en las ciudades de la costa, el 19.8%²⁰⁹. En similar sentido, el MINSA señaló que en 2017 la cobertura de atención llegó a 20.4%²¹⁰.

Esta situación exige prestar atención de manera detenida en los avances, pero también en los temas pendientes de resolver.

4.1. Adecuación de la normatividad interna al marco internacional

En la medida en que la legislación interna relacionada al derecho a la salud mental es diversa, para el desarrollo de este tema se analizará la LGS, considerando sus modificaciones vigentes; la Ley 30947²¹¹; y el CC, en materia de capacidad jurídica.

4.1.1. El derecho a la salud mental en la Ley General de Salud y la Ley 30947

- Concepto

En la actualidad, el derecho a la salud mental se regula en la normatividad interna de manera específica en la Ley 30947, que señala en su artículo 7 que toda persona, sin discriminación alguna, tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental. La mencionada ley también modifica el artículo 11 de la LGS, con un texto similar al indicado, lo cual se encuentra en orden a un desarrollo más acorde a los tratados vigentes.

Así, inicialmente, la LGS establecía:

“Artículo 11.- Toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. El alcoholismo, la farmacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar se consideran problemas de salud mental [...]”²¹².

²⁰⁹ Vid. INSTITUTO NACIONAL DE SALUD MENTAL HONORIO DELGADO – HIDEYO NOGUCHI, *Estudio Epidemiológico de Salud Mental en Lima Metropolitana y Callao – Replicación 2012, Informe General, Anales de Salud Mental, Volumen XXIX, Suplemento 1*, Lima, 2013, p. 33.

²¹⁰ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., p. 16.

²¹¹ La publicación de la Ley 30947 coincidió con la fecha de entrega del presente documento. No obstante, algunos aspectos saltantes de la norma son tomados en cuenta en este apartado.

²¹² Art. 11 LGS, sin modificaciones.

De acuerdo a ello, la norma limitaba el reconocimiento del derecho a las intervenciones más frecuentes, esto es, para la recuperación, rehabilitación y promoción de la salud mental. Al respecto, cabe señalar que la LGS se publicó en el diario oficial El Peruano el 20 de julio de 1997, cuando ya se encontraba en vigor en el Perú el PIDESC; pero, antes de la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador (16 de noviembre de 1999).

Debemos recordar que el Protocolo de San Salvador recoge de forma clara el concepto de salud mental de la OMS, que considera a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades; mientras que el artículo 12 del PIDESC reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Sobre este aspecto, fue la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la que indicó que el artículo 12 del PIDESC no se limita a la atención de la salud, sino que se hace extensivo a los factores determinantes; sin embargo, cabe tener en cuenta que dicha Observación se publicó en el año 2000²¹³.

En ese contexto, la LGS del año 1997 se restringía a la atención de la salud mental y, dentro de las intervenciones, omitía la prevención.

Más adelante, el 11 de julio de 2011, se publicó la Ley 29737, que modificó el artículo 11 en el siguiente sentido:

“Artículo 11. Toda persona tiene derecho a la prevención, recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental. El alcoholismo, la farmacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los de violencia familiar, social y política se consideran problemas de salud mental [...]”²¹⁴.

Como se observa, pese al tiempo transcurrido, el concepto del derecho a la salud mental establecido en esa norma tampoco se adecuaba a lo regulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes, limitándose, una vez más, a las atenciones en salud.

²¹³ Vid. 1.2. *Concepto*.

²¹⁴ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29737.

Fue recién con la Ley 29889 que la regulación del concepto del derecho a la salud mental en la LGS siguió el criterio de la normatividad internacional:

“Artículo 11.- Toda persona tiene derecho a gozar del más alto nivel posible de salud mental, sin discriminación (...)”²¹⁵.

En este caso se recogió lo establecido en el artículo 12 PIDESC, antes que el Protocolo de San Salvador; no obstante, ya se ha señalado que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales brindó orientaciones hacia una interpretación del PIDESC que incluye a los factores determinantes.

Similar redacción se ha mantenido en la Ley 30947. En ese sentido, se puede señalar que el concepto del derecho a la salud mental en la Ley 30947 y la LGS vigente cumple con adecuarse al marco internacional.

- Estructura y obligados

Inicialmente, la LGS regulaba con relación a los sujetos obligados que “(...) La atención de la salud mental es responsabilidad primaria de la familia y del Estado”²¹⁶. De otra parte, la LGS modificada por la Ley 29737 recogía ese texto bajo los mismos alcances²¹⁷.

Al respecto, cabe plantear algunas observaciones. Conforme a lo mencionado²¹⁸, el derecho a la salud mental es un derecho prestacional y de defensa. De acuerdo con ello, como derecho de prestación implica la obligación de los poderes públicos y de los particulares que tengan la delegación de la Administración de la prestación del servicio.

Sin embargo; de la lectura del texto recogido en la LGS se entendería que la obligación de los particulares en la faceta prestacional se extendería a otros supuestos distintos a la delegación de la prestación del servicio, por cuanto se hace referencia a la atención de la salud mental aludiendo explícitamente a la familia. Debe resaltarse que no hay una referencia similar a la obligación de la familia para el caso de la atención de la salud física.

²¹⁵ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29889.

²¹⁶ Art. 11 LGS, sin modificaciones.

²¹⁷ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29737.

²¹⁸ Vid. 1.4. *Estructura*.

Con relación a este tema de asignación de obligaciones a particulares en la faceta prestacional, Escobar²¹⁹ ha señalado que la mayor parte de las prestaciones, desde la misma perspectiva moral, se dirigen a la colectividad, representada por el Estado. Por otro lado, recoge como argumentos que el Estado social fue creado precisamente para atribuir la responsabilidad de la solidaridad colectiva al Estado, sustituyendo las aportaciones basadas en la caridad procedentes de particulares, en razón de obligaciones de igualdad y racionalidad. No obstante; no deja de observar también que la ley puede establecer obligaciones especiales positivas para los particulares e incluso, para determinados sujetos, obligaciones generales positivas.

La LGS atribuía obligaciones directamente a la familia, aunque no establecía sanciones en caso de incumplimiento. Siguiendo a Escobar, considero que esta regulación no era acorde con las características del Estado social. En este punto, cabe mencionar que, si bien la Constitución no hace referencia explícita al Estado social y democrático de Derecho, sino que señala que la República del Perú es “democrática, social, independiente y soberana²²⁰”, el TC en interpretación sistemática, ha afirmado que:

“10. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3º y 43º de la Ley Fundamental. (...) ²²¹”.

Cabe señalar que las modificaciones a la LGS realizadas a partir de la Ley 29889 y posteriormente con la Ley 30947, dejan de lado en el artículo 11 la referencia a la familia como responsable de la atención en salud mental²²².

- Contenido

Como se ha mencionado²²³, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas considera como elementos del derecho a la salud mental la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Inicialmente no había una referencia explícita a estos elementos en el artículo 11 de la LGS²²⁴, ni en el artículo modificado por la Ley

²¹⁹ Vid. ESCOBAR, G., *op. cit.*, pp.592-593.

²²⁰ Art. 43 Constitución Política.

²²¹ *STC 0008-2003-AI/TC*, de 11 de noviembre de 2003, FJ 10.

²²² Art. 11 LGS modificado por la Ley 29889, así como por la Ley 30947.

²²³ Vid. *1.5. Contenido*.

²²⁴ Art. 11 LGS sin modificaciones.

29737²²⁵. Es con la modificación dispuesta por la Ley 29889 que se incorporan en el articulado, como se observa a continuación:

“Artículo 11.- (...) El Estado garantiza la disponibilidad de programas y servicios para la atención de la salud mental en número suficiente, en todo el territorio nacional; y el acceso a prestaciones de salud mental adecuadas y de calidad, incluyendo intervenciones de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación (...)”²²⁶.

Sin embargo, más allá del reconocimiento de estos elementos, es importante detenernos en los problemas que se presentaban en el desarrollo del elemento de aceptabilidad con la regulación de la Ley 29889.

Debe anotarse que el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha señalado, respecto a la aceptabilidad y calidad, que los servicios de salud mental deben respetar la elección, autonomía, voluntad y preferencia de las personas y que los enfoques coercitivos y los tratamientos en régimen de internamiento son incompatibles con los derechos humanos²²⁷.

Al respecto, los incisos c) y d) del artículo 11 de la LGS modificada por la Ley 29889 establecían:

“(...) c. El internamiento es un recurso terapéutico de carácter excepcional y solo puede llevarse a cabo cuando aporte mayores beneficios terapéuticos para el paciente que el resto de intervenciones posibles. Se realiza por el tiempo estrictamente necesario y en el establecimiento de salud más cercano al domicilio del usuario.

d. El tratamiento e internamiento se realizan con el consentimiento informado, libre y voluntario del usuario, salvo en situaciones de emergencia. (...)”²²⁸.

Como puede apreciarse, ambos incisos iban en la línea del contenido de aceptabilidad, en reconocimiento del derecho de los usuarios a brindar su consentimiento informado para el tratamiento e internamiento.

Sin embargo, más adelante el inciso g) de ese mismo artículo indicaba que en el caso de las personas con adicciones, su tratamiento e internamiento no requería de su consentimiento informado y se podía realizar a solicitud de la familia cuando

²²⁵ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29737.

²²⁶ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29889.

²²⁷ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho... A/HRC/35/21...*, cit., párrafo 58.

²²⁸ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29889.

su capacidad de juicio estuviera afectada, lo que debía ser determinado por una Junta Médica²²⁹.

Como se ha analizado anteriormente²³⁰, el desconocimiento del derecho al consentimiento informado de las personas con adicciones atentaba contra la aceptabilidad del derecho. Si bien el límite se fundamentaría en la falta de capacidad de las personas para tomar decisiones, dicho argumento era contrario al reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, recogido en la CDPD. Cabe recordar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha señalado que las personas con adicciones son consideradas personas con discapacidad percibida²³¹.

En ese sentido, es posible señalar que en lo que respecta al contenido de aceptabilidad, la LGS modificada por la Ley 29889 no se adecuaba a los términos de los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.

En la actualidad, la Ley 30947 cumple con reconocer todos los elementos del contenido del derecho y, al haber derogado el inciso g) del artículo 11 de la LGS, asegura el elemento de aceptabilidad del derecho a la salud mental para las personas con adicciones, de manera acorde a los tratados suscritos²³².

4.1.2. El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y su relación con el derecho a la salud mental

Con relación a este tema, revisaremos los alcances del artículo 12 de la CDPD, su relación con derecho a la salud mental y cómo se ha avanzado en su incorporación en el ordenamiento legal interno.

Así, el tratado señala que todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la

²²⁹ Art. 11 LGS modificado por la Ley 29889.

²³⁰ Vid. 1.7. *Intervenciones y límites*, y 3.1.3. *Realizar aportes con ocasión de la evaluación del Estado por los órganos y comités de las Naciones Unidas*.

²³¹ Vid. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Examen de los informes...*, cit., párrafos 28 y 29.

²³² Art. 7 y Primera disposición complementaria modificatoria Ley 30947.

vida; asimismo, que los Estados adoptarán medidas para proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica²³³.

De acuerdo con ello, el modelo tradicional en el que la voluntad de las personas con discapacidad era sustituida con la de terceros (familiares, curadores, directores de instituciones, entre otros), fue reemplazado por el modelo de asistencia en la toma de decisiones. El modelo anterior afectaba principalmente a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, tanto en su cotidianidad, como en aspectos centrales relativos a las condiciones de vida en internamiento o el sometimiento a tratamientos sin consentimiento. El modelo que sigue la CDPD respeta la voluntad, intereses y preferencias de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, considerando la posibilidad de que éstas cuenten con apoyos, si así ellas mismas lo requieren.

En esa línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha resaltado la relación del artículo 12 de la CDPD con el artículo 25, en lo que respecta a brindar el consentimiento en el ámbito de la salud²³⁴. De otra parte, ha advertido que el apoyo en la toma de decisiones no debe utilizarse como justificación para limitar el derecho de las personas con discapacidad a otorgar su consentimiento para el tratamiento médico²³⁵. Del mismo modo, ha señalado que la privación de libertad de las personas con discapacidad en instituciones, contra su voluntad, sin su consentimiento, o con el consentimiento de un sustituto en la adopción de decisiones, constituye una privación arbitraria de libertad²³⁶.

Es claro, en consecuencia, que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tiene implicancias directas en el ejercicio del derecho a la salud mental de dicha población, tanto en lo que se refiere en el consentimiento para el tratamiento, o administración de medicamentos, como para el internamiento.

En Perú, si bien la LGPCD incorporó en su articulado el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad en similares términos

²³³ Art. 12.2 y 12.3 CDPD.

²³⁴ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general N°1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1*, 19 de mayo de 2014, párrafo 31.

²³⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general N°1...*, cit., párrafo 29.

²³⁶ *Ibíd.*, párrafo 40.

a los establecidos en la CDPD²³⁷, la restante normatividad interna continuaba manteniendo el modelo de sustitución de la voluntad, bajo las figuras de la interdicción y designación de curador.

Así por ejemplo, el artículo 43 del CC continuaba considerando absolutamente incapaces a las personas “que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento²³⁸”; mientras que el artículo 44 señalaba que eran relativamente incapaces “los retardados mentales”, “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”, “los ebrios habituales” y “los toxicómanos”²³⁹. En todos esos casos era posible seguir un proceso de interdicción y nombrar un curador que actuara en determinados supuestos, en sustitución de su voluntad.

En septiembre del año 2018 se aprobó el DLeg. 1384, que incorpora diversas modificaciones al CC en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, entre las que se encuentran las derogaciones de los artículos 43.2, 44.2 y 44.3, lo cual implica el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas denominadas por la norma como privadas de discernimiento, retardados mentales y con deterioro mental²⁴⁰.

Los cambios de este dispositivo legal conllevan a que este grupo de personas ya no serán interdictadas y podrán designar apoyos y salvaguardias en caso ellas mismas así lo decidan. Excepcionalmente, el juez puede designar apoyos a pedido de terceros para personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad o que se encuentren en estado de coma, siempre y cuando haya agotado todos los esfuerzos para obtener la manifestación de voluntad de la persona y luego de haberle brindado medidas de accesibilidad y ajustes razonables²⁴¹.

Sin embargo, la norma mantuvo la consideración de capacidad de ejercicio restringida para el caso de las personas denominadas ebrios habituales y toxicómanos, haciéndose la acotación de que, si cuentan con certificado de discapacidad, pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la

²³⁷ Art. 9 Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad (LGPCD).

²³⁸ Art. 43.2 CC sin modificaciones.

²³⁹ Arts. 44.2, 44.3, 44.6 y 44.7 CC sin modificaciones.

²⁴⁰ Única disposición complementaria derogatoria del DLeg 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado el 4 de septiembre de 2018.

²⁴¹ Art. 659 E) CC, modificado por el DLeg 1384.

capacidad jurídica²⁴². Es decir, se las excluye del reconocimiento pleno de la capacidad jurídica y pueden ser interdictadas y nombrárseles curador; y solo se les reconoce la posibilidad de designar apoyos y salvaguardias en caso cuenten con un certificado que indique discapacidad.

Debe observarse que el certificado de discapacidad²⁴³ no es constitutivo de la condición, tanto es así, que para los otros tipos de discapacidad no se exige contar con certificado para el reconocimiento de la capacidad jurídica (aunque sí se les exige contar con certificado como requisito para la solicitud de apoyos y salvaguardias²⁴⁴).

De esta manera, en lo que se refiere al CC y normas conexas, la legislación continúa incumpliendo con el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en particular, las personas con adicciones, quienes son usuarios centrales de los servicios de salud mental.

Cabe cuestionar, además, siguiendo los instrumentos internacionales en derechos humanos vigentes en el país²⁴⁵ que establecen el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, la negación de la capacidad jurídica plena a otros grupos de población, por ejemplo a los denominados “pródigos”, o los que “que incurren en mala gestión²⁴⁶”, quienes al igual que las personas con adicciones, permanecen sujetas a la posibilidad de curatela²⁴⁷. Más aún, el CC mantiene la disposición que señala que la rehabilitación, esto es, el cese de la curatela, de la persona declarada con capacidad de ejercicio restringida (denominados ebrio habitual, toxicómano, pródigo y mal gestor) solo puede ser solicitada cuando “durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela²⁴⁸”.

²⁴² Tercera disposición complementaria final del DLeg 1384.

²⁴³ De acuerdo al art. 76 DLeg 1417, que promueve la inclusión de las personas con discapacidad, el certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad y es otorgado por médicos certificadores registrados de las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas, privadas y mixtas a nivel nacional.

²⁴⁴ Art. 844 Código Procesal Civil (CPC), modificado por el DLeg 1384.

²⁴⁵ El art. 7 Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 26 PIDCP garantizan el derecho a la igualdad ante la ley.

²⁴⁶ Arts. 44.4 y 44.5 CC, modificado por el DL 1384. De acuerdo al art. 584 CC, puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible. Por otro lado, el art. 585 señala que mal gestor es la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos y queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

²⁴⁷ Art. 564 CC, modificado por el DLeg 1384.

²⁴⁸ Art. 613 CC, modificado por el DLeg 1384.

En suma, el CC mantiene el desconocimiento de la capacidad jurídica para distintos grupos de población y ello tiene implicancias en las restricciones para el ejercicio del derecho a la salud mental, concretamente, en lo que se refiere al contenido de aceptabilidad, como es el derecho al consentimiento informado para el tratamiento y el internamiento, en los casos en los que el curador tiene asignadas facultades para tomar decisiones al respecto²⁴⁹.

Con relación a la posibilidad de internamiento de una persona con adicciones que ha sido interdictada por aplicación del CC vigente, la Ley 30947 establece que el tiempo de duración de las medidas judiciales de internamiento u hospitalización ordenadas por el juez de familia es definido por la junta médica del establecimiento donde se realice la hospitalización²⁵⁰. Si bien la Ley 30947 intenta limitar la discrecionalidad del juez para la imposición de la medida, se mantiene la afectación de la aceptabilidad del derecho a la salud mental que impone el DLeg. 1384 para las personas con adicciones.

4.2. Políticas públicas con enfoque de derechos humanos

De acuerdo a lo señalado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el enfoque de derechos humanos es un marco conceptual que desde el punto de vista normativo está basado en las normas internacionales de derechos humanos y, desde el punto de vista operacional, se orienta a la promoción y protección de los derechos humanos²⁵¹.

La aplicación de este enfoque implica que en todas las etapas del proceso de políticas públicas (identificación del problema, formulación de alternativas, adopción de decisiones, implantación y evaluación) se debe verificar que se desarrollen acciones de respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos. En este punto se revisará si en el diseño de la política pública de salud mental en Perú se han tomado en cuenta los principios y características del enfoque de derechos humanos.

²⁴⁹ El art. 576 CC señala que son funciones del curador, proteger al incapaz, proveer “en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado”.

²⁵⁰ Art. 29.5 Ley 30947.

²⁵¹ Vid. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas Frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, Nueva York y Ginebra, 2006, p. 15.

Al respecto, como se ha señalado anteriormente²⁵², desde el año 2004 se empezó a observar que documentos de políticas públicas en salud mental incorporaban criterios de los tratados de derechos humanos con mayor claridad. En la actualidad, a nivel del MINSA contamos con el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021²⁵³ y los Lineamientos de Política Sectorial en Salud Mental²⁵⁴. Por su parte, EsSalud ha desarrollado un documento denominado Plan Cuidado de la Salud Mental en EsSalud 2016-2021²⁵⁵. En la medida en que el MINSA es el ente rector responsable de la política, nos centraremos en la revisión del Plan elaborado por dicho sector.

4.2.1. Adecuación del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, al contenido del derecho a la salud mental

La formulación de este Plan se sustenta en las recomendaciones de la OMS de reconocimiento del derecho a la salud mental con enfoque comunitario, privilegiando el tratamiento ambulatorio antes que el internamiento, que es excepcional²⁵⁶. Adicionalmente, entre los enfoques del Plan se menciona el enfoque de derechos humanos, indicándose que las estrategias y acciones de promoción, protección, prevención y recuperación, se guían por los principios de igualdad y no discriminación, participación e inclusión, acceso a la información y acceso a la justicia²⁵⁷.

²⁵² Vid. III. *Actuaciones realizadas como garantía institucional del derecho a la salud mental.*

²⁵³ MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., aprobado con Resolución Ministerial N°365-2018/MINSA, del 20 de abril de 2018.

²⁵⁴ MINISTERIO DE SALUD, *Lineamientos de Política Sectorial en Salud Mental*, aprobado con Resolución Ministerial N°935-2018/MINSA, del 12 de octubre de 2018.

²⁵⁵ EsSalud, *Plan Cuidado de la Salud Mental en EsSalud 2016-2021*, aprobado con Resolución Gerencial N°1151-GG-ESSALUD-2016, del 14 de octubre de 2016.

²⁵⁶ MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., p.4.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 29.

En cuanto al diseño, se incorporan acciones de promoción y protección del contenido del derecho:

- Disponibilidad

En lo que se refiere a la disponibilidad, se observa que el Objetivo Específico 1 del Plan es el fortalecimiento del primer y segundo nivel de atención, implementando establecimientos de salud, servicios y programas de salud mental comunitaria.

Así, se ha considerado tanto la instalación de establecimientos (Centros de Salud Mental Comunitarios, Unidades de Hospitalización en Salud Mental y Adicciones en los hospitales de nivel II-2 en adelante, Unidades de Hospitalización de Día en Salud Mental y Adicciones, Hogares Protegidos, Residencias Protegidas, Centros de Rehabilitación Psicosocial y Centros de Rehabilitación Laboral), como la optimización de procesos para asegurar la disponibilidad de los psicofármacos desde el primer nivel de atención²⁵⁸.

En el desarrollo de las distintas actividades también se ha tenido en cuenta la necesaria disponibilidad del personal. A modo de ejemplo, al hacer referencia a las Unidades de Hospitalización de Día en Salud Mental y Adicciones, se señala:

“La UHD-SM, contará con los siguientes profesionales: un (1) médico psiquiatra, (que puede ser el mismo de la UHSM), y/o médico general con capacitación en salud mental y/o adicciones, dos (2) Licenciadas/os en enfermería, dos(2) Licenciadas/os en psicología y dos (2) técnicos/as en enfermería, una (1) terapeuta ocupacional, un (1) personal administrativo y voluntarios²⁵⁹”.

Cabe mencionar que se ha elaborado un cronograma de implementación por regiones, con lo cual se asegura que la instalación de servicios será descentralizada.

De esta manera, se cumple con incorporar acciones referidas al componente de disponibilidad.

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 73.

²⁵⁹ *Ibíd.*, p. 46.

- Accesibilidad

La accesibilidad se contempla en la Actividad 1 del Objetivo Específico 1, que se refiere a la implementación de Centros de Salud Mental Comunitarios (CSMC). En ese caso el Plan señala que:

“Los locales seleccionados tendrán un área aproximada 500m², debe estar ubicados en zonas accesibles para toda población asignada al CSMC y su adecuación se hará siguiendo las normas vigentes y velando por la seguridad, privacidad y facilidades de acceso de los usuarios y del propio personal²⁶⁰”.

Con relación a la accesibilidad del entorno, se indica que:

“Se considerará como elemento central la accesibilidad de la población. En caso de poblaciones muy dispersas (por ejemplo, en zonas rurales) al CSMC se le puede asignar una cantidad menor de 100,000 habitantes, dado que el tiempo de acceso no debe ser mayor de media hora²⁶¹”.

Del mismo modo, en cuanto a la accesibilidad sin discriminación, se menciona:

“Para la implementación de los CSMC:

1º Se priorizarán poblaciones o territorios de mayor vulnerabilidad, riesgo y muy baja accesibilidad como las zonas seleccionadas por los programas o las instancias nacionales que aborden los problemas psicosociales como la violencia, la inseguridad ciudadana [...]”²⁶².

Sin embargo, las demás actividades del Objetivo Específico 1 relacionadas a la implementación de otros establecimientos no realizan un desarrollo en términos de accesibilidad, como ocurre en el caso descrito. En ese sentido, el diseño del Plan no incluye en la totalidad de sus acciones al componente de accesibilidad.

- Calidad

Encontramos acciones vinculadas a la calidad en la Actividad 12 del Objetivo Específico 1, que considera el desarrollo de capacidades del personal de salud. Así, se señala que:

“El personal de salud profesional y técnico general, de familia, de atención primaria o especializada en salud mental es el recurso fundamental para asegurar el acceso a la atención de salud mental dado que las intervenciones dependen más de sus competencias

²⁶⁰ *Ibíd.*, p. 40.

²⁶¹ *Ibíd.*, p. 38.

²⁶² *Ibíd.*, p. 39.

que de la tecnología. Por ello, el desarrollo de sus capacidades constituye una actividad de formación laboral indispensable para la organización de los servicios y para contribuir con la superación del estigma social y estructural”²⁶³.

Otro aspecto que evidencia la incorporación del elemento de calidad en el Plan es la Actividad 11 del Objetivo Específico 1, referida a la desinstitucionalización de las personas con discapacidad mental. Al respecto, se expone que esta acción implica poner en marcha procesos para que las personas que se encuentran en hospitales psiquiátricos o centros de rehabilitación con estancia mayor a 45 días y en condición de alta médica, sean externados e incluidos socialmente en sus familias u otros ambientes como los Hogares Protegidos²⁶⁴.

La propuesta de garantizar servicios de internamiento de breve estancia, dejando de lado la institucionalización, da cuenta de la aplicación de tratamientos en respeto a los estándares de derechos humanos, tal y como lo ha señalado el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental:

“[...] Si se da prioridad a la ampliación de servicios psicosociales de ámbito comunitario y se movilizan recursos sociales que puedan proporcionar asistencia a todas las personas a lo largo de su vida, se mejorará la calidad de los servicios²⁶⁵”.

- Aceptabilidad

El componente de aceptabilidad también se ve reflejado en el Plan, en algunos aspectos. Así, por ejemplo, en la Actividad 1 del Objetivo Específico 1, que se refiere a la implementación de CSMC, se menciona que las gestiones que se tienen que realizar antes de su funcionamiento tienen que asegurar el respeto a la diversidad:

“Velar por la confidencialidad y el respeto a la cultura. Evitando mensajes estigmatizantes, hacia la población²⁶⁶”.

Del mismo modo, se señala que en la implementación de estos establecimientos se tendrá en cuenta la brecha cultural en el caso de poblaciones indígenas o de otras etnias:

²⁶³ *Ibíd.*, p. 57.

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 55.

²⁶⁵ Vid. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho... A/HRC/35/21...*, cit., párrafo 60.

²⁶⁶ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., p 41.

“10º En el caso particular de poblaciones indígenas o de otras etnias, la brecha cultural se afrontará utilizando herramientas antropológicas y sociológicas y recurriendo a expertos en estas disciplinas para asesorar y acompañar los procesos adecuándolos a cada contexto particular”²⁶⁷.

Finalmente, en la Actividad 13, referida a la comunicación e información en salud mental, que forma parte del Objetivo Específico 2, se señala la necesaria adecuación a las características de la población:

“(…) Para ello las estrategias comunicacionales se adecuarán a las características socio culturales de la realidad local, regional y nacional, velando por el respeto a la persona, la equidad de género”²⁶⁸.

4.2.2. Adecuación del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021, a los principios del enfoque de derechos humanos

A continuación, revisaremos si el diseño del Plan se adecua a los principios del enfoque de derechos, para lo cual nos guiaremos por lo reseñado por Giménez²⁶⁹:

- Universalidad y equidad de los derechos

De acuerdo a lo señalado por Giménez, el principio de universalidad implica la incorporación sin discriminación y de manera inclusiva, de toda la población, con respeto a la diversidad y considerando su eventual condición de vulnerabilidad²⁷⁰.

Como se ha podido observar cuando se analizó la incorporación en el Plan del elemento de aceptabilidad, existen distintos aspectos que nos permiten señalar que en la formulación del mismo se ha seguido el criterio de considerar la diversidad de la población y los requerimientos que se deberían cumplir para asegurar su inclusión y acceso a los servicios.

²⁶⁷ *Ibíd.*, p. 42.

²⁶⁸ *Ibíd.*, p. 60.

²⁶⁹ Vid. GIMÉNEZ, C. & Valente, X, “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”. *Cuadernos del CENDES*, 27(74), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, pp. 65-74.

²⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 66-68.

Sin embargo, si bien se tiene en cuenta un enfoque intercultural y de género, no se ha considerado a la población con discapacidad distinta a la psicosocial. En ese sentido, el Plan no contempla la necesaria garantía de accesibilidad física, en la información y en la comunicación que debe brindarse a las personas con discapacidad física o sensorial que también pueden requerir los servicios de salud mental, por ejemplo, contar con el servicio de interpretación en lengua de señas.

En similar sentido, tampoco se ha previsto que alguna persona con discapacidad pueda requerir ajustes en el servicio, esto es, cambios o adaptaciones de manera particular para un caso concreto, los cuales deberían brindarse en aplicación de la normatividad vigente²⁷¹.

- Participación y empoderamiento

Siguiendo a Giménez, el objetivo de las políticas públicas es el empoderamiento, con el fin de que la institución estatal sea un medio para el desarrollo de la ciudadanía e incentive la corresponsabilidad e interacción entre la Administración y los ciudadanos²⁷².

Con relación a ello se observa que el Plan en revisión incorpora en la Actividad 14, correspondiente al Objetivo Específico 2, el fomento de la participación comunitaria y social en salud mental²⁷³. Entre las acciones contempla la promoción de la conformación de Comités de Familiares y Usuarios de Salud Mental en las jurisdicciones de los CSMC. Asimismo, se ha previsto realizar acciones con la sociedad civil y las organizaciones, a fin de elaborar propuestas conjuntas de planes municipales provinciales o distritales en salud mental.

En ese sentido, el diseño del plan sí se adecua al principio de participación y empoderamiento de la ciudadanía, en particular en el ámbito local y regional, fomentando la creación de organizaciones de usuarios e involucrándolos en la gestión de la política en los gobiernos municipales locales y regionales.

Cabe mencionar que desarrollar esta actividad implica un reto significativo pues, de acuerdo a lo indicado por Giménez, la promoción de la participación requiere tiempo e información, con miras a reforzar el sector asociativo, buscar la

²⁷¹ De acuerdo a lo establecido en los art. 2 y 5 de la CDPD y 8.2 de la LGPCD.

²⁷² Vid. GIMÉNEZ, C. & Valente, X, *op. cit.*, p. 68.

²⁷³ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., p. 61-63.

participación del ciudadano no organizado y potenciar un cambio hacia una cultura más participativa²⁷⁴.

- Rendición de cuentas y exigibilidad

El cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado requiere de mecanismos de rendición de cuentas y exigibilidad. Giménez señala que más allá de las garantías existentes (administrativas, judiciales, políticas, del Ombudsman, sociales, internacionales), lo importante es que una vez vulnerado el derecho, los mecanismos aseguren su restablecimiento; y en todo esto cobra especial relevancia la información brindada a la ciudadanía, pues ésta le permitirá dar seguimiento, evaluar y exigir el cumplimiento de la Administración²⁷⁵.

En el caso del Plan en revisión, se puede apreciar que es claro en exponer tanto los objetivos específicos, como las actividades y metas propuestas anualmente (algunas de las cuales se especifican por regiones), así como también el presupuesto que se requiere para ejecutarlas²⁷⁶. Esta información es el sustento del seguimiento que la ciudadanía puede realizar respecto a los compromisos asumidos en el Plan, por lo que en este punto el diseño apunta a facilitar la exigibilidad.

De otro lado, Giménez también indica que en el caso del enfoque de derechos se debe tener como objetivo particular el visibilizar las desigualdades que ocultan los indicadores agregados, por lo que es imprescindible desarrollar sistemas de información con datos desagregados que tomen en cuenta ejes de carácter transversal como ciclo de vida, etnia, género, entre otros²⁷⁷.

Al respecto, el Plan incluye la Actividad 16, considerada en el Objetivo Específico 3, que se refiere a la mejora de los sistemas de información de salud mental²⁷⁸. Pero, si bien se incluyen acciones para generar bases de datos sobre las atenciones, en el desarrollo de dicha actividad no se plantea la generación de información desagregada por ciclo de vida, etnia, entre otros, lo cual sería una debilidad en el diseño.

²⁷⁴ Vid. GIMÉNEZ, C. & Valente, X, *op. cit.*, pp. 69-70.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 72-73.

²⁷⁶ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., pp. 68-69 y 73-77.

²⁷⁷ Vid. GIMÉNEZ, C. & Valente, X, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁸ Vid. MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento...*, cit., pp. 64-65.

- Integralidad y progresividad

Giménez indica que la integralidad tiene en cuenta la interdependencia de los derechos y la necesidad de vincular estrategias globales de desarrollo; mientras que la progresividad recuerda que existen niveles esenciales mínimos que requieren ser cumplidos y que en otros casos el Estado puede poner en práctica gradualmente el cumplimiento de obligaciones, por razones de disponibilidad de recursos, para lo cual será importante contar con puntos de referencia, esto es, metas e indicadores²⁷⁹.

En este aspecto, se observa que el diseño del Plan descuida la interdependencia de derechos, por ejemplo la existente entre el derecho a la salud mental y el reconocimiento de la capacidad jurídica, que tiene implicancias en el consentimiento informado para el tratamiento y el internamiento y respecto de lo cual se ha visto que existen algunas vulneraciones en el desarrollo de la legislación interna, en relación a las personas con adicciones²⁸⁰. Esta omisión representa una seria debilidad, en tanto el objetivo del Plan es la instalación de un modelo de atención comunitario, el mismo que exige que los usuarios actúen en ejercicio de su capacidad jurídica, contando con apoyos si así lo requieren, y dejando de lado la institucionalización.

En cuanto a la progresividad, el establecimiento de metas e indicadores en el diseño del Plan permite evidenciar la gradualidad del avance en el cumplimiento de las obligaciones, con lo cual en este punto sí se orienta a lo señalado en el principio.

4.3. Algunos aspectos en los que se podría intervenir desde la Defensoría del Pueblo

Teniendo en cuenta los avances y temas pendientes en lo que se refiere a la adecuación de la normatividad interna al marco internacional, así como el desarrollo de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, la DP, en su calidad de INDH y MIPPS, podría evaluar intervenir en los siguientes aspectos, en lo que se refiere al derecho a la salud mental:

²⁷⁹ Vid. GIMÉNEZ, C. & Valente, X, *op. cit.*, pp. 73-74.

²⁸⁰ Vid. 4.1.2. *El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y su relación con el derecho a la salud mental.*

- Insistir en la presentación de propuestas de adecuación de la legislación interna a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en lo que respecta al reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas en el CC y normas conexas.
De manera particular, es importante su intervención con relación a las personas con adicciones, dada las implicancias que tiene el reconocimiento de su capacidad jurídica en el ejercicio del derecho a la salud mental, en lo que se refiere al consentimiento informado para el tratamiento e internamiento (aceptabilidad).
- Alentar la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC.
La ratificación del Protocolo Facultativo es importante, entre otras cosas, por cuanto establece un mecanismo de protección internacional frente a las vulneraciones del PIDESC, permitiendo que las personas que aleguen ser víctimas de una violación a los derechos consagrados en dicho tratado, puedan presentar su caso ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De esta manera, el Estado se encontraría más conminado a adecuar su legislación interna a los términos del tratado.
- Insistir en la ratificación de la CIPM.
Este tratado recoge, entre otras cosas, el derecho a la salud mental para las personas adultas mayores, desarrollando el consentimiento informado en el ámbito de la salud. En ese sentido, la ratificación aportaría a la afirmación del derecho.
- Alentar la difusión de los resultados del monitoreo del Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021 que realiza el MINSA, así como el público debate de los mismos.
Este Plan se formuló sin contar con la participación de las organizaciones de personas con discapacidad, a pesar que la CDPD y la LGPCD establecen la obligatoriedad de la consulta respecto a las normas y políticas que les conciernen²⁸¹. Las siguientes fases no deben continuar con dicha omisión de información y participación.
- Promover la participación social en todas las fases del ciclo de las políticas públicas que se propongan desarrollar en materia de salud mental en adelante (identificación y definición de problemas, formulación de alternativas, adopción de la decisión, implantación y evaluación), para asegurar la incorporación del enfoque de derechos humanos.

²⁸¹ Art. 14 LGPCD.

- En el proceso de formulación de políticas públicas, incentivar el diálogo con autoridades de los distintos sectores de gobierno, con participación de la sociedad civil, sobre los alcances del concepto del derecho a la salud mental y sus implicancias en el diseño de políticas públicas.
Al respecto, sería importante alentar el intercambio de ideas sobre los factores determinantes del derecho y la necesaria articulación intersectorial para asegurar su ejercicio, en particular para la población en condición de vulnerabilidad, como es el caso de la población con discapacidad que no cuenta con familiares ni terceros que les brinden apoyo.
- Asesorar a funcionarios y servidores públicos en la construcción de políticas públicas en salud mental con enfoque de derechos humanos.
- Supervisar, de manera periódica y descentralizada, la implementación de la política pública en salud mental, en atención a los instrumentos internacionales de derechos humanos; y presentar los resultados en informes públicos.
- Supervisar el funcionamiento de las garantías administrativas, judiciales y políticas para el ejercicio del derecho a la salud mental y alertar sobre las dificultades o limitaciones que se adviertan en su operatividad.
- Insistir en la necesaria asignación de recursos económicos al MIPPS; que en la actualidad funciona con presupuesto asignado al Pdeprodis.
- Persistir en la judicialización de casos en los que se evidencie una flagrante vulneración del derecho a la salud mental de los ciudadanos, así como en la intervención en procesos en calidad de amicus curiae.
- Afianzar la coordinación con instancias internacionales, como el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad proporcionando información sobre el seguimiento y supervisión de la adecuación normativa, así como de la implementación de la política pública en salud mental.
- Promover el diálogo e intercambio de información con otras INDH y MIPPS de Iberoamérica, con el fin de potenciar iniciativas a favor del reconocimiento del derecho a la salud mental y desarrollar actuaciones conjuntas.

V. CONCLUSIONES

- El derecho a la salud mental se encuentra reconocido en Perú a nivel constitucional, en interpretación sistemática con tratados de derechos humanos vigentes en el país, como el PIDESC, la CDPD y el Protocolo de San Salvador.

Si bien hay diversas garantías establecidas, las administrativas son bastante débiles, las políticas no han incidido lo suficiente en lo que corresponde a este derecho y con relación a las judiciales, la respuesta no ha sido totalmente acorde a los criterios de los tratados vigentes. Las garantías sociales no han recibido ni el impulso, ni el apoyo necesario para desarrollarse y, en el caso de las internacionales, la referencia expresa al derecho a la salud mental aún es limitada. En ese sentido, es importante poner en relieve la importancia de todas las garantías y contribuir a su desarrollo eficiente y eficaz.

- La DP, en su rol de INDH y MIPPS de la CDPD, actúa como garantía institucional del derecho a la salud mental. Como INDH tiene las funciones de defensa y promoción de derechos y supervisión del cumplimiento de funciones de la Administración. Esto se complementa con su labor como MIPPS, que se enfoca en asegurar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la CDPD.

En el desarrollo de sus labores ha cumplido con promover la armonización de la legislación interna con los instrumentos internacionales de derechos humanos, mediante opiniones sobre proyectos de ley, propuestas y recomendaciones incluidas en informes defensoriales. Asimismo, alienta la ratificación de la CIPM, tratado que reconoce el derecho a la salud mental de las personas adultas mayores y establece obligaciones específicas para el Estado; y contribuye continuamente con aportes a la evaluación del Estado peruano por los órganos y comités de Naciones Unidas. De otra parte, cumple con dar a conocer el derecho mediante reuniones de trabajo con funcionarios, pronunciamientos, notas de prensa, entre otros.

También ha desarrollado labores de protección del derecho a la salud mental, realizando investigaciones de oficio; judicializando casos, como la demanda de amparo presentada en defensa de 22 usuarios hospitalizados en un establecimiento de Tacna; o interviniendo como *amicus curiae* en el proceso a favor de usuarios de la sala de hospitalización para personas con adicciones de un establecimiento en Lima.

Ha realizado diversas actividades de supervisión sobre el ejercicio del derecho y la implementación de las políticas públicas, tres de las cuales (de

los años 2005, 2008 y 2018) han concluido en la elaboración de informes defensoriales, que contienen sendas recomendaciones a diversas autoridades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Si bien dichos informes tienen algunos años de diferencia en su presentación, es rescatable que el tema se mantenga en las prioridades de la Institución.

- En los últimos años ha habido algunos avances en la legislación interna referida al derecho a la salud mental, en lo que respecta a su conciliación con los tratados de derechos humanos vigentes. Tal es el caso de la adecuación del concepto a los términos del PIDESC, que siguiendo la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluye a los factores determinantes. Del mismo modo en la determinación de los obligados, se deja de lado la consideración a la familia, para centrarse en la responsabilidad del Estado, lo cual es más acorde con las características de un Estado social y democrático de derecho. Siguiendo las recomendaciones defensoriales, la Ley 30947 ha permitido dejar de lado una intervención que existía en la faceta defensiva, como derecho de libertad, que era vulneratoria del derecho a la salud mental en cuanto al componente de aceptabilidad. Se trataba del art. 11 g) de la Ley 26842, modificada por la Ley 29889, que permitía el tratamiento e internamiento a personas con adicciones, a solicitud de la familia, sin requerir el consentimiento informado cuando una junta médica determinaba que la persona no tenía capacidad de tomar decisiones. En este tema destaca, que el CC ha sido recientemente modificado a favor del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, excepto de las personas con adicciones, a pesar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad las considera personas con discapacidad percibida. Esta situación conlleva la afectación del derecho a brindar consentimiento para el internamiento y el tratamiento, pues se mantiene la posibilidad de la interdicción y nombramiento de curador. En ese sentido, se trata de un aspecto que amerita una particular atención por sus implicancias en la vulneración del derecho a la salud mental.
- En cuanto al diseño de políticas públicas, el Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021 incorpora acciones acordes con los componentes de disponibilidad y calidad del derecho a la salud mental y, en menor medida, con los de accesibilidad y aceptabilidad. En una evaluación de la adecuación de dicho Plan a los principios del enfoque de derechos humanos, se ha podido observar importantes esfuerzos por garantizar la participación y empoderamiento ciudadano, así como la

exigibilidad. Sin embargo, en lo que respecta a la universalidad, si bien parte del reconocimiento de la diversidad, no se ha considerado a la población con discapacidades distintas a las psicosociales, dentro de las acciones a tomar para asegurar su acceso a los servicios. De similar manera, en cuanto a la integralidad, el diseño del Plan se concentra en el derecho a la salud mental, descuidado la interdependencia de derechos, con acciones a favor del reconocimiento de la capacidad jurídica.

- De todo lo expuesto se colige que el derecho a la salud mental encuentra una garantía importante en la DP de Perú, la cual ha cumplido con identificar problemas centrales de afectación del derecho, en atención a la normatividad internacional vigente; así como con utilizar diversos recursos para su protección, promoción e incorporación en las políticas públicas.

En la ruta a seguir se propone insistir en actuaciones que ya viene realizando, como la presentación de propuestas de adecuación de la normativa interna, la judicialización de casos e intervención en calidad de *amicus curiae*, o la ratificación de la CIPM. Por otro lado, se sugiere alentar la ratificación del Protocolo Facultativo del PIDESC; y promover la participación ciudadana en las distintas fases de las políticas públicas, incentivando el diálogo sobre los alcances del concepto del derecho, en lo que respecta a los factores determinantes. En lo que se refiere a la supervisión, se considera importante asegurar que se realice de manera periódica y descentralizada, orientándola además a vigilar el funcionamiento de las garantías administrativas, judiciales y políticas. Finalmente, se sugiere asegurar la asignación de recursos para el funcionamiento del MIPPS, así como afianzar la coordinación con instancias internacionales y promover el intercambio de información y actuaciones conjuntas con otras INDH y MIPPS de Iberoamérica.

VI. BIBLIOGRAFÍA

6.1. Libros y revistas

ABAD, S., “Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales: Reflexiones después de ocho años”, en DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996 – 2004*. Lima, 2004, pp. 15-60.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Defensorías del Pueblo en la Región Andina: experiencias comparadas*, Lima, 2001.

ESCOBAR. G. (dir.), *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, Arazandi, Navarra, 2012.

GIMÉNEZ, C. & Valente, X, “El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes”, *Cuadernos del CENDES*, 27(74), Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2010, pp. 51-79.

INCALCATERRA, A., “Las Defensorías del Pueblo como Instituciones Nacionales de Derechos Humanos y los Principios de París”, en DEFENSORIA DEL PUEBLO, *La Fortaleza de la Persuasión. Dieciocho años de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2014, pp. 181-190.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD MENTAL HONORIO DELGADO – HIDEYO NOGUCHI, *Estudio Epidemiológico de Salud Mental en Lima Metropolitana y Callao – Replicación 2012, Informe General, Anales de Salud Mental*, Volumen XXIX, Suplemento 1, Lima, 2013.

LEÓN, F., “¿Son justiciables los derechos sociales? La posición del Tribunal Constitucional peruano, Igualdad, Derechos sociales y control de políticas públicas en la jurisprudencia constitucional”, *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional N° 12*, Palestra, Lima, 2017, pp. 17-61

PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de*

las Personas con Discapacidad, Colección Telefónica Accesible N° 4, Primera edición, Cinca, Madrid, 2007.

PROGRAMA REGIONAL DE APOYO A LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO DE IBEROAMÉRICA, *Módulo I: Teoría jurídica de los derechos humanos, Curso I: Teoría y Práctica de los Derechos Humanos*, Master Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Madrid, 2018.

RODRIGUEZ, J., *Penas para personas con discapacidad intelectual: un análisis basado en el modelo social de discapacidad*, *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014. Las instituciones jurídicas en debate*, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Lima, 2015, pp. 425-461.

SANTISTEVAN, J., “Defensoría del Pueblo en el Perú”, en DEFENSORIA DEL PUEBLO, *La Fortaleza de la Persuasión*, Lima, 1997, 2da edición, pp. 13-36.

SANTISTEVAN, J., “El Defensor del Pueblo en Iberoamérica”, *Revista de la Defensoría del Pueblo. Debate Defensorial N° 5*, Lima, 2003, pp. 11-44.

6.2. Documentos de Naciones Unidas

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/64/272, 10 de agosto de 2009.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N° 10. La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*, E/C.12/1998/25, 10 de diciembre de 1998.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General N°14*. E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Perú*, E/C.12/PER/CO/2-4, 30 de mayo de 2012.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Comunicación 1153/2003. CCPR/85/D/1153/2003*, Decisión del 24 de octubre de 2005.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales. Perú, CRPD/C/PER/CO/1*, 16 de mayo de 2012.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general N°1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1*, 19 de mayo de 2014.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Directrices sobre los marcos independientes de supervisión y su participación en la labor del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Anexo del Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/1/Rev.1*, 10 de octubre del 2016.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Lista de cuestiones previa a la presentación del segundo y tercer informes periódicos combinados del Perú, CRPD/C/PER/QPR/2-3*, 8 de mayo de 2017.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observaciones finales sobre el informe inicial del Perú. Información recibida del Perú sobre el seguimiento de las observaciones finales, CRPD/C/PER/CO/1/Add.1*, 27 de noviembre de 2017.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/13/29*, 22 de diciembre de 2009.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/HRC/35/21*, 28 de marzo de 2017.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Perú, A/HRC/37/8*, 27 de diciembre de 2017.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Preguntas Frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la Cooperación para el Desarrollo*, Nueva York y Ginebra, 2006.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Instituciones nacionales de derechos humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Nueva York y Ginebra, 2010.

6.3. Documentos de la Defensoría del Pueblo de Perú

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud mental y derechos humanos: La situación de los derechos de las personas internadas en establecimientos de salud mental, Serie Informes Defensoriales, Informe Defensorial N°102*, Lima, 2005.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Salud Mental y Derechos Humanos, Supervisión de la política pública, la calidad de los servicios y la atención a poblaciones vulnerables, Serie Informes Defensoriales, Informe N° 140*, Lima, 2008.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización, Informe Defensorial N°180*, Lima, 2018.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Amicus curiae presentado en el expediente N° 5842-2006-PHC/TC*, de 28 de abril de 2008.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Informe de la Defensoría del Pueblo del Perú ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Asunto: Examen del cumplimiento del Estado peruano respecto a la obligación de implementar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Lima, 2012.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Propuesta de preguntas para evaluación del Estado peruano*, Lima, enero de 2017.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimosegundo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2009.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimotercer Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2010.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Decimosexto Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2013.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo Informe Anual de la Defensoría del Pueblo*, Lima, 2016.

DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Vigésimo primer Informe Anual 2017*. Lima, 2018.

6.4. Planes, Lineamientos

EsSalud, *Plan Cuidado de la Salud Mental en EsSalud 2016-2021*, aprobado con Resolución Gerencial N°1151-GG-ESSALUD-2016, del 14 de octubre de 2016.

MINISTERIO DE SALUD, *Plan Nacional de Fortalecimiento de Servicios de Salud Mental Comunitaria 2018-2021*, aprobado con Resolución Ministerial N°365-2018/MINSA, del 20 de abril de 2018.

MINISTERIO DE SALUD, *Lineamientos de Política Sectorial en Salud Mental*, aprobado con Resolución Ministerial N°935-2018/MINSA, del 12 de octubre de 2018.

6.5. Demandas y sentencias

CORTE IDH, Sentencia de 31 de agosto de 2017, *Caso Lagos Del Campo vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, Núm. 340.

Tribunal Constitucional:

STC 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre de 2003.

STC 2945-2003-AA/TC, de 20 de abril de 2004.

STC 3081-2007-PA/TC, de 9 de noviembre de 2007.

STC 2480-2008-PA/TC, de 11 de julio de 2008.

STC 5842-2006-PHC/TC, de 7 de noviembre de 2008.

STC 3426-2008-PHC/TC, de 26 de agosto de 2010.

1º Juzgado Civil de Tacna, *Demanda de amparo interpuesta por el Jefe de la Oficina Defensorial de Tacna de la Defensoría del Pueblo, expediente 01574-2008-0-2301-JR-CI-01*, Tacna, de 8 de septiembre de 2008.

1º Juzgado Civil de Tacna, *Sentencia recaída en el expediente 01574-2008-0-2301-JR-CI-01*, de 23 de octubre de 2009.

6.6. Normas internacionales

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

6.7. Normas nacionales

Constitución Política de 1979.

Constitución Política de 1993.

Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

Código Penal.

Código Civil.

Código Procesal Civil.

Ley 26842, Ley General de Salud.

Ley 29737, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, referido a la salud mental, y regula los procedimientos de internamiento de las personas con trastornos mentales.

Ley 29889, Ley que modifica el artículo 11 de la Ley 26842, Ley General de Salud, y garantiza los derechos de las personas con problemas de salud mental.

Decreto Supremo 033-2015-SA, Reglamento de la Ley 29889.

Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad.

Ley 29765, Ley que regula el establecimiento y ejercicio de los Centros de Atención para dependientes, que operan bajo la modalidad de comunidades terapéuticas.

Decreto Supremo 006-2012-SA, Reglamento de la Ley 29765.

Decreto Legislativo 1158, que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud.

Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Decreto Legislativo 1417, que promueve la inclusión de las personas con discapacidad.

Decreto Supremo 013-2008-JUS, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

Reglamento del Congreso.