

Ley de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental en Chile: descripción crítica

Chilean law for the recognition and protection of the rights of people in mental health care: critical description

SERGIO HENRÍQUEZ GALINDO¹ 

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto dar a conocer observaciones críticas a la Ley 21.331, que tiene por fin abordar de manera integral los derechos de las personas en materia de salud mental, normativa que, pese a orientarse a un enfoque de derechos humanos, en los resultados se aleja de tal visión y no se armoniza en su aplicación con otros cuerpos normativos, lo que deja en la nebulosa numerosas garantías y derechos. Aún no cuenta con su reglamento pese a haber sido publicada el 11 de mayo de 2021, y, en definitiva, no cumple lo que promete: reconocer y proteger derechos de las personas en materia de salud mental

Palabras clave: salud mental, derecho a la salud mental, Ley 21.331, reglamento salud mental, internación forzada.

ABSTRACT

The purpose of this work is to present critical observations to Law No. 21,331, which aims to comprehensively address the rights of people in terms of mental health, a regulation that, despite being oriented towards a human rights approach, in results is far from such a vision, its application is not harmonized with other regulatory bodies, leaving numerous guarantees and rights in the nebula, it still does not have its Regulations despite having been published on May 11, 2021, and ultimately does not fulfill what it promises: recognize and protect people's rights in terms of mental health.

Keywords: Mental Health, Right to Mental Health, Law 21.331, Mental Health Regulation, Forced Internment.

¹ Abogado Universidad de Chile; Magíster en Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Universidad Diego Portales; Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario; Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, Capítulo Chile; Miembro de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados de Chile, Comisión de Infancia y Familia; Miembro de la Asociación Chilena de Justicia Terapéutica. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Mayor. Juez Titular del Juzgado de Letras, Cobranza, Laboral, Garantía y Familia de Quintero. Correo sergiohenriquez@gmail.com. Sitio web <https://sergiohenriquez.academia.edu>.

1. Breve contexto del derecho a la salud mental en Chile y sus problemas actuales

En general, hay que señalar que la Ley 21.331 trata de dar respuesta a una sentida necesidad: regular un aspecto tan relevante como es la salud mental, y los derechos que tienen las personas frente a la autoridad en esta materia. En Chile, y tal como lo señala la moción parlamentaria que da origen a esta ley, “no existía una legislación específica sobre salud mental, su regulación se encontraba dispersa en diversas normas, entre ellas la Ley 20.584 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación a las acciones vinculadas a su atención de salud; Ley 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad; Ley N° 20.422 que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad y la Ley 18.600 sobre deficientes mentales” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2021), a lo que añado que, tal como se verá más adelante, a nivel judicial, la internación hospitalaria involuntaria se sostuvo fundamentalmente en las leyes 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar y la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia.

Es relevante señalar, además, que esta Ley 21.331 no es fruto de un Mensaje del Ejecutivo, sino de una moción parlamentaria con fecha 10 de marzo de 2016, de los Honorables Diputados y Diputadas Fernando Meza Moncada, Nicolás Monckeberg Díaz, Javier Macaya Danús, Marcos Espinosa Monardes, Loreto Carvajal Ambiado, Cristina Girardi Lavín, Enrique Jaramillo Becker, Miguel Ángel Alvarado Ramírez, Juan Luis Castro González, Karla Rubilar Barahona, Víctor Torres Jeldes, Karol Cariola Oliva, Marcela Hernando Pérez, Alberto Robles Pantoja, Sergio Espejo Yaksic, Jaime Pilowsky Greene e Iván Flores García. Este aspecto ya nos adelanta que no fue una prioridad del gobierno de turno, ni que su propuesta tuviese de antemano los estudios necesarios para satisfacer financieramente su impacto. En definitiva, fue asumido como un proyecto de ley para terminar su tramitación en la norma que se estudia en esta presentación, siendo por ello valiosa la iniciativa parlamentaria en una materia de política pública de tanta importancia, aunque, veremos, tiene serias dificultades normativas y de implementación que no se pueden soslayar.

El derecho a la salud mental en Chile es, en efecto, de gran importancia. Si se considera el “termómetro de la salud mental en Chile ACHS-UC” (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2022) del 7 de septiembre de 2022, se exhiben cifras de la población que muestran que un 15,7 % exhibió sospecha o presencia de problemas de salud mental, cifra que se eleva a 19,3 % para el caso de las mujeres. En cuanto a los síntomas de depresión moderados o severos, el 13,9 % de la población manifiesta tener tales síntomas, y si se toma solo a las mujeres, la cifra asciende a 16,5 %. En tanto, el 23,7 % de la población general exhibió síntomas moderados o severos de ansiedad.

Por otra parte, tratándose de los niños, niñas y adolescentes, el panorama se vuelve más oscuro. Flora de la Barra, en un estudio comparativo de varios países señala que “los estudios demuestran una alta prevalencia de trastornos psiquiátricos (1 de cada 5 niños; si se agrega criterio de discapacidad 1 de cada 10). Solo 16 % de ellos recibía atención y muchos que eran atendidos no tenían trastornos psiquiátricos. Esta realidad contrasta con las evidencias que están disponibles de tratamientos efectivos para tratar a los niños y adolescentes” (De la Barra, 2009), concluyendo que “se observa que la magnitud del problema es similar en diversos países, siendo el acceso a los servicios especializados menor en niños y adolescentes que en adultos” (De la Barra, 2009, p. 311).

Por su parte, el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2022 de la Universidad Diego Portales, dedica un capítulo específicamente a este punto, y sus autores enfatizan los riesgos asociados a la pobreza en esta materia, expresando que “es imprescindible considerar que la relación entre pobreza y salud mental

es de doble vía: la pobreza puede llevar a que se produzcan problemas de salud mental y los problemas de salud mental pueden llevar a la pobreza” (Valenzuela y Estrada, 2022).

El impacto del Covid 19, al que también se refiere el señalado “termómetro de la salud mental en Chile” (Pontificia Universidad Católica de Chile, 2022), ha sido enfático frente a la situación de los niños, niñas y adolescentes. Citando a Diego Riveros, coordinador del área de atención remota de la Fundación para la Confianza —y quien fue entrevistado por los autores—: “El porcentaje de aumento fue altísimo; en el 2020 recibimos un 300 % más consultas que en 2019, y en 2019 nosotros atendíamos de 4 de la tarde a 10 de la noche, y a propósito de la pandemia, en abril del 2020 extendimos el horario de atención de línea libre de 10 de la mañana a 10 de la noche para recibir todas las consultas que estaban llegando en ese minuto, y creo que es un 290 % más de consultas que recibimos en comparación de un año a otro” (Valenzuela y Estrada, 2022, p. 234 y 235).

La situación de los niños y niñas vulnerados en sus derechos es mucho peor. Según el informe: “Es posible señalar que en el caso de niños, niñas y adolescentes que ya han sido vulnerados en sus derechos y que por consiguiente requieren de medidas y protección reforzada, el Estado no está respondiendo ni en tiempo ni en forma” (Valenzuela y Estrada, 2022, p. 239), y peor aún los tiempos de espera para lograr una atención en materia de salud mental. Por parte de la oferta del Servicio Nacional de Protección Especializada, constituye una verdadera denegación de servicio, tal como lo expresan los autores señalados, al indicar que “la Defensoría de la Niñez, (...) en junio de 2022, remitió un oficio al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, señalando que más de 14.301 niños, niñas y adolescentes se encuentran en lista de espera para acceder a tratamientos ambulatorios decretados por los tribunales de justicia del país (...). Ante la cifra de 14.301 niños, niñas y adolescentes en lista de espera, la Defensoría de la Niñez interpuso un recurso de protección en la Corte de Apelaciones de Santiago, con el fin de que se restituyan los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica y la igualdad ante la ley de aquellos niños, niñas y adolescentes” (Valenzuela y Estrada, 2022, p. 219 y 241).

Desde la perspectiva de género, la Encuesta Nacional de Salud (2016-2017) señala que “la sospecha de depresión fue de un 15,8 % a nivel nacional, observándose diferencias estadísticamente significativas por sexo y edad, según el modelo de ajuste. Las mujeres presentaron la prevalencia más alta (21,7 %) respecto a los hombres (10 %) (...). En cuanto a la planificación del suicidio, la prevalencia nacional fue de un 1,5 %, presentándose diferencias estadísticamente significativas según sexo, siendo las mujeres las que presentaron mayor prevalencia (2,5 %) respecto a los hombres (0,4 %)” (Ministerio de Salud, 2019). Sol Pastorino y otros —citando la anterior Encuesta Nacional de Salud (2009-2010)— también develaron la persistente diferencia entre hombres y mujeres en materia de salud mental, cuando señalan que “25,7 % de las mujeres presentó síntomas depresivos en el último año, en comparación con 8,5 % de los hombres. Respecto a los autoreportes de depresión alguna vez en su vida, las mujeres presentaron 33,1 % y los hombres 9,7 %” (Sol Pastorino *et al.*, 2017).

En relación a la salud mental de hombres gays y mujeres lesbianas en Chile, Barrientos y otros exponen que “el mayor reporte de satisfacción con la vida de las mujeres lesbianas por sobre hombres gays, difiere de lo reportado para población nacional heterosexual por Vera-Villaruel y colaboradores, donde no se encontraron diferencias entre hombres y mujeres. Esta brecha en la satisfacción vital podría relacionarse al mayor castigo social experimentado por los hombres gays, quienes son un blanco más regular de hostilidad por parte de la población heterosexual en Chile (especialmente masculina). Asimismo, los hombres gay internalizan más la homofobia que las mujeres lesbianas en nuestro país, al punto que ser gay puede no ser consistente con sus propias expectativas de género, causando un bienestar disminuido en contraste con el de mujeres lesbianas (...). Respecto de la sintomatología socioemocional, el porcentaje de personas

homosexuales que reportan malestar significativo es similar a lo reportado en otros estudios con población general que han ocupado el mismo instrumento en Chile. La interpretación de este resultado amerita cautela, pues en este estudio no se comparó explícitamente personas heterosexuales y homosexuales, lo que sí hizo León y colaboradores, quienes usando el SCL-90 encontraron en adolescentes lesbianas, mayores puntajes de sintomatología clínica que aquellas no lesbianas (...). El suicidio y la intención suicida constituyen problemas relevantes de salud pública que afectan de modo especial a hombres gays y mujeres lesbianas. Según el modelo del estrés de las minorías, los estresores particulares a la población LGBT se asocia a un incremento del riesgo y probabilidad de intención suicida y suicidio, lo que supone un desafío importante para las políticas de salud pública en contextos en los que aún existe homofobia, como lo es el caso chileno” (Barrientos *et al.*, 2017).

De lo anterior se sigue que, sin lugar a dudas, el derecho a la salud mental requiere un abordaje decisivo e intenso desde la política pública, que se plasma en la Ley 21.331 y un reglamento que todavía no se promulga, lo que ya anticipa serias dificultades en el abordaje de los apremiantes problemas que, tanto la población general como los niños, niñas y adolescentes en particular, tienen al día de hoy. De alguna forma este desinterés del Ejecutivo en materia de salud mental, se repite en dos oportunidades de forma bastante clara: la Ley 21.331 es producto de moción parlamentaria, no de mensaje del presidente, y por otra parte, se carece aún del necesario reglamento para poner en marcha esta ley de manera adecuada, cuestión que solo depende del Ejecutivo.

2. Observaciones críticas a la Ley 21.331

La ley 21.331 se estructura en siete títulos y 28 artículos, más un artículo transitorio. El Título I de la ley hace referencia, siguiendo la técnica legislativa contemporánea, al objeto de la ley, algunas definiciones legales y a los principios que inspiran esta norma, todo lo cual sirve de guía interpretativa de todo su cuerpo normativo. Seguidamente, plantea una serie de derechos de las personas y deberes de los organismos de la Administración del Estado en materia de salud mental, aunque no dejan de ser instrucciones orientadoras sin claras consecuencias jurídicas en caso de infracción, y por tanto se sitúan más bien en un ámbito programático para definir una política pública en la materia, y criterios hermenéuticos para su aplicación. Sin embargo, al carecer de un reglamento que precise su aplicación, las normas contenidas en este título pierden vigor y eficacia.

Se destaca en este Título I un abandono de los criterios salubristas de la salud mental, reconociendo como elementos esenciales de la misma, aspectos de orden “cultural, histórico, socioeconómico, biológico y psicológico”, tornándose así en una materia de abordaje multidisciplinario, con soluciones complejas. Resulta, en todo caso, debatible que el legislador haya asumido una definición de “enfermedad o trastorno mental”², pues resulta divergente a la tendencia evidenciada en la normativa internacional, en particular en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, ratificada por Chile el año 2008, que en su artículo 1 se refiere a “personas con deficiencias mentales”, misma denominación que toma la Ley 20.422, que “Establece Normas Sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de Personas con Discapacidad”, y que en su artículo 5° básicamente copia y pega la definición de discapacidad del artículo 1 de la mencionada convención. Sobre el particular, Muñoz (2022) explica que “se sigue utilizando el término de enfermedad mental, el cual no está acorde a la

² Artículo 2, inciso tercero: “Para los efectos de esta ley se entenderá por enfermedad o trastorno mental una condición mórbida que presente una determinada persona, afectando en intensidades variables el funcionamiento de la mente, el organismo, la personalidad y la interacción social, en forma transitoria o permanente”.

normativa internacional, en el mismo sentido, la internación involuntaria de las personas con discapacidad psíquica o intelectual es contraria al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Así las cosas, si nos adentramos en el estudio de la materia, y pese a los avances logrados, nos percataremos que existe tensión, contradicción entre la normativa interna y la internacional”. En efecto, y tal como se podrá apreciar más adelante, esta tensión se manifiesta de manera expresa, justamente al tratar la internación forzosa. La decisión de la autoridad legislativa de asumir una definición es, en este sentido, riesgosa.

El Título II, referido a los derechos, debe conectarse con el Título IV y V de la misma ley, y por ello se analizarán conjuntamente. Se trata de un catálogo de derechos, la mayoría de los cuales ya estaban reconocidos en otras leyes e instrumentos, y por tanto son reiterativos, siendo su principal utilidad el ser especialmente considerados en esta materia. Sin embargo, hay algunos derechos que establece que son novedosos y plantean interesantes preguntas sobre su impacto. Así sucede con el artículo 9 numeral 8, que se refiere en su primera parte al derecho a “recibir atención sanitaria integral y humanizada”, siendo en particular interesante la expresión “humanizada”, la cual no es de recurrente utilización en nuestra legislación. De hecho, es la única ley que utiliza este término. En una búsqueda realizada en la base de datos jurídica de Tirant lo Blanch Chile, arroja tan solo cinco coincidencias en la categoría legislación, siendo cuatro de ellas decretos de la autoridad administrativa y solo una ley, la señalada 21.331, la que contiene este palabra. En la base de datos jurídica de Westlaw (Thomson Reuters), se encuentran solo seis coincidencias en la categoría “legislación”, cinco de ellas correspondientes a decretos de la autoridad administrativa y una sola ley, la ya mencionada 21.331. Resulta por ello interesante esta expresión, pues lo común es utilizar oraciones o palabras como “dignidad” y “sujeto de derechos” (Benfeld, 2020),³ ampliamente estudiadas e interpretadas, y que también emplea esta ley en su artículo 9 numeral 1. La expresión “humanizada” es una buena noticia, ya que nos acerca más a una idea de “justicia terapéutica” y que refuerza una mirada acogedora, bien tratante del sujeto, no amparada únicamente en su calidad ya reconocida de sujeto de derechos, que es el piso mínimo, sino avanzando en un trato que le beneficie. En este sentido, es pertinente recordar la definición de justicia terapéutica que nos entrega David Wrexler: “La justicia terapéutica es el estudio del rol de la ley como agente terapéutico. Se centra en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas. En este sentido postula un concepto de la ley de forma amplia, incluyendo a la norma jurídica propiamente tal como los procedimientos y los roles de los operadores jurídicos. Realiza una analogía donde para él las normas legales aplicables y los procedimientos legales corresponden a botellas mientras que las técnicas y prácticas de los profesionales corresponden a un líquido ovino, de tal forma que la justicia terapéutica consistirá en la forma de cómo puede servirse mejor el líquido en las botellas” (Wexler y King, 2013, como se cita en Ministerio de Justicia, 2017). Parece conveniente, entonces, vincular esta noción novedosa, empleada por el legislador, a la también novedosa, pero más estudiada, noción de justicia terapéutica, para llenarle de contenido.

También es relevante el numeral 2 del artículo 9, referido al derecho a “participar socialmente y a ser apoyada para ello, en caso necesario”, cuestión directamente vinculada al deber del Estado de generar los “ajustes razonables” para “garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de

³ El autor afirma que “toda norma demanda un individuo capaz de comprender la regla y adecuar su conducta a la misma. Sin la existencia de un sujeto la idea misma de derecho carece de sentido. Al individuo vinculado objetivamente e intersubjetivamente por el derecho positivo se le denomina “sujeto de derecho” (...) la pregunta por la entidad individual o colectiva considerada sujeto de derecho pertenece, más bien, al ámbito de la antropología jurídica o a la sociología del derecho; mientras que la cuestión sobre quiénes son sujetos de derecho en un ordenamiento jurídico determinado se vincula más con la dogmática jurídica. Por su parte, la pregunta por quiénes deben ser considerados personas jurídicas es propia de la filosofía jurídica; mientras que la búsqueda de un concepto riguroso de persona jurídica es el cometido de la teoría general del derecho”.

condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, como lo dispone la convención ya aludida en sus artículos 2, 5, 13, 14 y 24.

El numeral 11 del citado artículo 9 también plantea un derecho novedoso y que resulta coherente con la mirada de derechos, no sanitaria, que se plasma en esta ley, respecto de la salud mental: el derecho a “que su condición de salud mental no sea considerada inmodificable”. Evidentemente, ciertas patologías de salud mental pueden ser irreversibles, desde una mirada científica y sanitaria. No hay contradicción con la ciencia en este punto, sino más bien una declaración de principios, que sostiene que siempre debe considerarse que esta persona mantiene su calidad de sujeto de derechos, en especial su capacidad jurídica, tal como bien lo explica la Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este sentido, afirma tal instrumento que “se reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico”(Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013).

Se develan también algunas contradicciones aparentes entre los derechos enumerados en el artículo 9, y las disposiciones relativas a la internación forzada contenidas en el Título III, como las expresadas en los numerales 4 y 5 del artículo 9, el primero de los cuales prescribe que “en caso alguno se podrá realizar algún tratamiento sin considerar su voluntad y preferencias”, y el segundo que “para toda intervención médica o científica de carácter invasivo o irreversible, incluidas las de carácter psiquiátrico, manifieste su consentimiento libre e informado, salvo que se encuentre en el caso de la letra b) del artículo 15 de la ley N° 20.584”. Aunque debe apuntarse que es una contradicción aparente, pues la regla general queda asentada al requerir siempre del consentimiento del paciente, y solo en casos de ausencia de voluntad, se podrá recurrir a la consulta del representante legal, aunque como veremos más adelante, esta cuestión no quedó bien determinada.

Los restantes derechos enumerados en el artículo 9 son reiteraciones de derechos fundamentales ya reconocidos en nuestro sistema jurídico. Sólo a modo ilustrativo se mencionará el respectivo reenvío a la norma que ya mucho antes establecía el derecho respectivo, aunque debe recordarse que esta “reiteración” no puede ser interpretada como una mera banalidad del legislador, sino como un refuerzo y especial consideración de estos, tratándose de personas con discapacidad mental.

Para empezar, el reconocimiento como “sujetos de derechos” del artículo 9 numeral 1 se puede reenviar a toda la normativa de derechos humanos vigente en Chile, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1.2, que prescribe que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Por su parte, el artículo 9 numeral 3, referido al “respeto a su derecho a la vida privada, a la libertad de comunicación y a la libertad personal” tiene su reconocimiento también en la Constitución Política de la República en su artículo 19 números 4, 5 y 7.

El derecho a la salud sexual y reproductiva y la prohibición de esterilización sin consentimiento, contenidos en los numerales 6 y 7 del artículo 9, lo podemos encontrar a nivel genérico en la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que señala que se trata de “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir

hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia” (OMS, 2002), concepto que se asimila al derecho a la vida y la integridad física protegido por la Constitución en su artículo 19 número 1. Además se le puede vincular a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer que están cautelados por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención de Belém do Pará.

El numeral 9, referido al derecho a recibir una atención con enfoque de derechos y el deber de los establecimientos que otorguen prestaciones psiquiátricas en la modalidad de atención cerrada de contar con un comité de ética, se reconduce al numeral 1 del mismo artículo 9, y establece también el deber de contar con un “comité de ética” en establecimientos que otorguen prestaciones psiquiátricas en la modalidad de atención cerrada, para lo cual no establece sanción alguna en caso de incumplimiento, pero que ya se encontraba regulado y dispuesto en el artículo 20 de la Ley 20.584, a la que hace expreso reenvío.

El numeral 10 del artículo 9 referido al “derecho a recibir tratamiento con la alternativa terapéutica más efectiva y segura y que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria”, se puede reconducir también a un genérico derecho a la salud protegido por la Constitución en su artículo 19 número 1.

El numeral 12 del artículo 9 referido al derecho a «recibir contraprestación pecuniaria por su participación en actividades realizadas en el marco de las terapias, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que sean comercializados», se puede reenviar al artículo 19 número 16 de la Constitución que ya afirma que “se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos”.

El numeral 13 del artículo 9, referido al derecho a “recibir educación a nivel individual y familiar sobre su condición de salud y sobre las formas de autocuidado, y a ser acompañada durante el proceso de recuperación por sus familiares o por quien la persona libremente designe”, a su vez se puede reconducir al artículo 19 número 10 de la Constitución que establece el derecho a la educación, y respecto de la información del tratamiento de salud, se puede también reconducir a la Ley 20.584 en sus artículos 8 al 11.

El numeral 14 del artículo 9, referido al derecho a “que su información y datos personales sean protegidos de conformidad con la ley N° 19.628”, es una mera reconducción al derecho regulado en la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada, en particular sus artículos 1 y 2 letra d), que define la información sensible como “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”, datos cuyo tratamiento “sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”, según lo dispone su artículo 4°.

Los numerales 15 y 16 del artículo 9, referidos al derecho a “no ser discriminado por padecer o haber padecido una enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual” y al derecho a “no sufrir discriminación por su condición en cuanto a prestaciones o coberturas de salud, así como en su inclusión educacional o laboral”, finalmente se pueden reconducir a la Constitución Política de la República en su artículo 19 número 2, y, por cierto, a la Ley 20.609, conocida como Ley Zamudio, que prohíbe la discriminación arbitraria, y que en su artículo 2 define como “toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos

en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad”.

El artículo 10, por su parte, referido a la prescripción y administración de medicación psiquiátrica, establece no un derecho, sino un deber de los facultativos médicos, quienes solo podrán prescribir medicación psiquiátrica para fines terapéuticos.

Tal como se anticipaba, este catálogo de derechos debe ser conectado con el Título IV de la Ley, relativo a los “derechos de los familiares y de quienes apoyen a personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual”, a acceder a información “general sobre las mejores maneras de ejercer la labor de apoyo y cuidado, tales como contenidos psicoeducativos sobre las enfermedades mentales, la discapacidad y sus tratamientos”, lo que tiene sentido siempre y cuando las capacidades cognitivas del paciente le impidan tomar decisiones relativas a su estado de salud, pues de lo contrario, solo con su expreso consentimiento podría entregarse alguna información a estas personas, aún siendo “general” como lo plantea la norma. Solo de esta forma se puede armonizar con lo prescrito en el artículo 19 numeral 14.

Por su parte, el artículo 23, referido al derecho de los familiares y quienes apoyen a personas con enfermedad mental o discapacidad psíquica o intelectual a “organizarse para abogar por sus necesidades y las de las personas a quienes apoyan y cuidan, a crear instancias comunitarias que promuevan la inclusión social y a denunciar situaciones que resulten violatorias de los derechos humanos”, es un mero reenvío a la libertad de asociación que ya estaba protegido en el artículo 19 número 15 de la Constitución Política de la República.

Finalmente, el artículo 24, en una muy extraña ubicación, siendo el único artículo del Título V sobre la inclusión social, establece un deber del Estado de articular de manera intersectorial las acciones necesarias para la inclusión social de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, norma meramente programática sin consecuencia alguna en cuanto a su infracción, y de dudosa utilidad práctica.

3. Análisis crítico de la regulación de la hospitalización psiquiátrica

El Título III de la ley entra en el asunto más complejo de la norma. Se establecen los requisitos para adoptar una medida de última *ratio*, y de grave afectación de derechos, con control jurisdiccional. El artículo 11 de la ley parte definiendo lo que ha de entenderse por “hospitalización psiquiátrica”, señalando que “es una medida terapéutica excepcional y esencialmente transitoria, que sólo se justifica si garantiza un mayor aporte y beneficios terapéuticos en comparación con el resto de las intervenciones posibles, dentro del entorno familiar, comunitario o social de la persona, con una visión interdisciplinaria y restringida al tiempo estrictamente necesario. Se promoverá el mantenimiento de vínculos y comunicación de las personas hospitalizadas con sus familiares y su entorno social”. Precisa que su utilización solo está justificada si resulta más beneficiosa desde una perspectiva terapéutica, dejando de lado por tanto cualquier otra razón, como aquellas de control u orden social, que puedan esbozarse como causal de esta internación. Es una medida de última *ratio*, incluso si es consentida por el paciente, y debe aplicarse por el menor tiempo posible, prefiriendo siempre medidas ambulatorias, cuestión que es corroborada por el artículo 12 de la ley.

El artículo 13 ya se refiere directamente a la internación psiquiátrica involuntaria. Parte expresando que esta medida afecta la libertad personal y establece dos requisitos copulativos para su acotada y restringida procedencia, condiciones que, además, deben interpretarse siempre de manera restrictiva: el primero de ellos, que no sea preferible un tratamiento ambulatorio, ratificando así su carácter de última ratio, y, en segundo lugar, que exista una situación real de riesgo cierto e inminente para la vida o la integridad de la persona o de terceros, lo que exigirá la existencia de antecedentes concretos, que gana verosímil e inminente este riesgo, es decir, próximo en el tiempo. Igualmente establece una serie de requisitos que expresamente declara que son copulativos, y por tanto al carecer de uno de ellos, simplemente no procede la internación psiquiátrica involuntaria.

El primer requisito consiste en la “prescripción que recomiende la hospitalización, suscrita por dos profesionales de distintas disciplinas, que cuenten con las competencias específicas requeridas, uno de los cuales siempre deberá ser un médico cirujano, de preferencia psiquiatra”. Se trata entonces de una orden médica, una instrucción basada en la necesidad terapéutica ya referida, no existiendo una mejor alternativa ambulatoria. Esta orden debe ser suscrita por dos profesionales de distintas disciplinas, uno de ellos debe ser en todo caso médico cirujano, y, si bien no es necesario, se prefiere que sea psiquiatra. El otro profesional debe tener una competencia “específica requerida”. Parece que en este punto, podría suscribir un médico, psicólogo o trabajador social, con estudios y experiencia en la materia de salud mental, es decir, que tengan competencias en este asunto, pero no se exige que sea un médico, sino solo un “profesional” que sea “competente” en esta materia “específica”. Esta doble suscripción implica, desde luego, que el legislador se asegura un sistema que haga menos probable la arbitrariedad, dado que un solo profesional no podrá decretarla, extendiendo así la responsabilidad a más personas, por tanto exigiendo naturalmente un “inter-control” que minimiza el abuso de esta medida excepcional.

Se exige además lo que podríamos denominar un “principio de objetividad” manifiesta, pues exige la ausencia de relación de parentesco y de interés alguno entre los profesionales y la persona sometida a internación. Por relación de parentesco, atendido el carácter altamente restrictivo de esta medida, debemos entender que se refiere tanto al parentesco por consanguinidad como por afinidad, y por “interés alguno”, a cualquier vínculo jurídico o fáctico, que implique una eventual relación asimétrica, de gratitud, obediencia o subordinación, así como cualquier relación horizontal de carácter contractual o simplemente de hecho. Por ejemplo, vínculo laboral o académico o compartir instancias de familiaridad o intimidad, aún cuando no tengan relación de parentesco. Se entiende que la ley exige una relación estrictamente profesional-paciente, que descarte cualquier otro tipo de motivaciones.

El segundo requisito reitera el carácter excepcional y de última ratio que ya había expresado la norma, es decir, la “inexistencia de una alternativa menos restrictiva y más eficaz para el tratamiento del paciente o la protección de terceros”.

El tercer requisito exige un “informe acerca de las acciones de salud implementadas previamente, si las hubiere”, lo cual torna esta condición en una que se configura solo en tanto existan estos tratamientos previos, lo que implica aceptar que es posible ordenar la internación forzada, sin este informe.

El cuarto requisito es una reiteración de los deberes y derechos extensamente comentados, siendo prohibida cualquier internación psiquiátrica que tenga fines de control social, de vivienda, o cualquier otro que no sea estrictamente terapéutico.

El quinto requisito prescribe la determinación de un plazo definido, el menor posible. Igualmente establece los lugares en los que se puede efectuar, que no son cualquiera, sino solo aquellos que expresamente define

esta ley: en “unidades de hospitalización destinadas al tratamiento intensivo de personas con enfermedad mental”, y en caso que no existan, “otro establecimiento hospitalario de la red pública de salud, más cercano a su domicilio, que cuente con la disponibilidad para realizar el tratamiento intensivo, en conformidad con lo establecido en un reglamento emitido por el Ministerio de Salud”; reglamento que, al día de esta presentación, aún no ha sido publicado, y del cual solo conocemos un borrador. Sobre esta última disposición —y teniendo en cuenta que la propia ley reconoce la afectación de la libertad personal a que se refiere el artículo 19 número 7 de la Constitución Política de la República—, parece que no detenta la fuerza y claridad que debiera exigirse para tamaña vulneración, teniendo en cuenta que para la privación de libertad que se produce por la comisión de delitos, o bien por medidas cautelares pronunciadas por tribunales de justicia, la ley exige que la privación de libertad debe realizarse solo en los establecimientos que expresamente se indican, pudiendo recurrir de amparo quien sea derivado a otro recinto; cuestión que en el caso estudio parece ser poco clara, y peor aún entrega a un reglamento la determinación de estos recintos, lo que debiera estar regulado por ley, atendida la afectación de derechos que implica.

El sexto requisito corresponde a “informar a la autoridad sanitaria competente y a algún pariente o representante de la persona, respecto de la hospitalización involuntaria, en la forma que el reglamento lo determine”. La autoridad sanitaria competente no está definida en la norma, pero se entiende que debe tratarse de alguna unidad o representante regional del Ministerio de Salud, es decir, las Secretarías Regionales Ministeriales.

Además, se debe informar a un “pariente” o “representante de la persona”. Es lamentable esta redacción, por cuanto “pariente” puede ser incluso una persona sin interés alguno en esta internación. “Representante de la persona”, por su parte, se podrá dar únicamente en los casos de quienes tengan dicha tutela, como es el caso de los niños, niñas o adolescentes y adultos a quienes se les haya designado un tutor o curador. Pero incluso en estos casos, quienes aparezcan como representantes pueden ser, muchas veces, quienes vulneren los derechos del paciente. Hubiese sido preferible copiar la técnica legislativa utilizada en la Ley 21.030, que modifica el Código Sanitario en su artículo 119 y que establece la consulta al representante legal de quien haya sido declarado interdicto, y para el caso de las menores de 14 años, la autorización de un representante legal que la misma niña elija. Para el caso en que hay falta de autorización, o bien si dicho representante legal es quien vulnera sus derechos, se puede pedir la autorización al juez, lo que puede ser complementado con la consulta a un integrante del equipo de salud que la asista. La consulta a un “pariente” o un “representante legal” resulta así muy deficitario y puede dar lugar a abusos o arbitrariedades que son precisamente los riesgos que se deben evitar al tratar algo tan delicado como es la internación psiquiátrica involuntaria.

Suponiendo que se cumplan estos requisitos que hemos visto, que no son tan estrictos como se esperaba, e ingresando una persona a una internación psiquiátrica involuntaria, transcurriendo 72 horas de internación, y si el equipo de salud estima que es necesario extender la internación, deberán justificar dicha extensión ante el Juez de Familia del lugar donde se encuentre internada la persona. El Tribunal de Familia tiene tres días hábiles para pronunciarse si acaso se cumplen las condiciones copulativas ya mencionadas, pero podrá también pedir informes complementarios, los que deberán ser entregados en el plazo máximo de cinco días, suspendiendo —se entiende— el término de tres días para resolver, pudiendo extenderse a un total de ocho días hábiles.

De ser autorizada la extensión de la internación, esta se deberá controlar cada 30 días, pudiendo terminar en cualquier momento la internación en caso que no se cumplan los requisitos copulativos señalados. De esta norma se entiende que la internación inicial, previo al agotamiento de las 72 horas, en realidad no requiere el cumplimiento de las condiciones copulativas que indica el artículo 13, pues dicho control

de legalidad solo se realizará en tanto se supere dicho plazo. En el plazo de 72 horas indicado, el único control de legalidad que puede existir es el que la propia autoridad sanitaria aplique; estándar de control muy bajo, por cierto, si lo que está en juego es la libertad personal, tal como la propia ley reconoce. Es importante considerar la evidencia empírica en cuanto a la extensión de las medidas de hospitalización psiquiátrica en Chile, pues ello servirá para estimar el impacto de esta ley en Tribunales de Familia. Así, según Osorio y otros, “El promedio de días de hospitalización de la muestra total fue de $21,05 \pm 0,8$ días, el de las mujeres de $19,98 \pm 0,89$ días y el de los hombres de $23,69 \pm 1,97$ días (...), hubo una diferencia significativa en el promedio de días de hospitalización entre hombres y mujeres, siendo mayor para los hombres. El promedio de días de hospitalización se vio influido por la edad. Presentando el rango de edad entre 19 y 30 años un promedio mayor de días de hospitalización y en el intervalo entre 51 y 60 años uno menor con respecto al resto de la muestra, dándose entre los dos una diferencia significativa ($p = 0,013$). La cantidad de pacientes fue mayor en el segmento de 18 a 30 años” (Osorio *et al.*, 2016). Es decir, la duración de la internación difiere tratándose de hombres y mujeres, lo que requiere del necesario enfoque de género para su abordaje, e inciden también la edad de los sujetos intervenidos. En general, además, el promedio de las hospitalizaciones psiquiátricas no supera los treinta días, lo que hace cuestionar si el control a dicho plazo está acorde a la realidad, o bien debiera adelantarse, por ejemplo, a los quince días.

Se extraña asimismo en esta regulación, la armonización con lo dispuesto en el artículo 71 letra h) de la Ley 19.968, que faculta a los jueces y juezas de familia, a decretar como medida de protección, una internación en centro hospitalario a un niño, niña o adolescente, en un procedimiento proteccional. Dicha norma no hace referencia alguna a los requisitos del artículo 13 de la Ley 21.331, produciéndose con ello una contradicción difícil de salvar por vía interpretativa, lo que sin dudas producirá resoluciones contradictorias y un entorpecimiento a la política pública que se pretende fijar con esta ley.

Del mismo modo, no hay referencia alguna a lo dispuesto en los artículos 455 y siguientes del Código Procesal Penal, sobre adopción de medidas de seguridad respecto de imputados de quienes se presume que puedan haber actuado por causa de problemas de salud mental. El artículo 457 del mismo código expresamente señala que “podrán imponerse al enajenado mental, según la gravedad del caso, la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento”. El inciso tercero de la misma norma agrega que “la internación se efectuará en la forma y condiciones que se establecieron en la sentencia que impone la medida. Cuando la sentencia dispusiere la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones de éstos y se entregará al enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad”. Por supuesto, esta norma resulta estar totalmente alejada de los criterios establecidos en la Ley 21.331 y entra en abierta contradicción con los derechos y principios sostenidos por aquella.

Finalmente, tampoco se armoniza la Ley 21.331 con lo dispuesto en la Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, en particular en lo referido a la internación en unidades de corta estadía para efectos de desintoxicación y estabilización, regulado fundamentalmente en el reglamento de dicha ley, Decreto 1378 de 2007 del Ministerio de Justicia, y que permite el ingreso de adolescentes internados en centros de régimen cerrado en dichas unidades de salud mental, conforme lo disponen los artículos 28 y 75 del citado Decreto. El artículo 28, en particular, dispone en sus incisos segundo y tercero que “con relación a las Unidades de Hospitalización de Corta Estadía ubicados al interior de los centros privativos de libertad, la autoridad sanitaria regional deberá otorgar la debida autorización para la operación de dicha unidad clínica (...). El Servicio de Salud en conjunto con los prestadores establecerá mecanismos de coordinación y articulación de modo de facilitar el acceso, la oportunidad y la continuidad de la atención”. Es evidente que se regula una forma diversa de ingreso a hospitalización involuntaria, que en

nada se armoniza con las disposiciones de la Ley 21.331, y que debiese ser revisada para entroncar con los principios y derechos contenidos en su normativa.

4. Aplicación de la Ley 21.331 en la jurisprudencia, sin reglamento

La aplicación de la ley desde los Tribunales de Familia ha sido, hasta el momento, prácticamente nula. Aunque siguen presentándose solicitudes de internación involuntaria, que usualmente ingresan como denuncias de violencia intrafamiliar, estas causas se desestiman pronto, pues claramente no se encuadran dentro de lo dispuesto en el artículo quinto de la Ley 20.066. Sin perjuicio de ello, es posible apreciar criterios jurisprudenciales en sentencias recaídas en el ejercicio de recursos de protección y de amparo, que dan cuenta de una utilización de la Ley 21.331, como apoyo del derecho a la salud mental y de la libertad individual.

1.- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 391-2021, de 19 de agosto de 2021, CL/JUR/70165/2021. Se trata de un recurso de amparo interpuesto en contra de la resolución dictada con fecha 12 de agosto de 2021 por la Sra. Jueza de Garantía de Curacautín, mediante la cual se rechazó la solicitud de la defensa de suspender el procedimiento por no contar con antecedentes que permitieran presumir la inimputabilidad por enajenación mental. En su recurso, el amparado indica que “la negativa de la recurrida, de suspender el procedimiento de acuerdo a los antecedentes a los que hizo mención la defensa, es contraria a la Constitución Política de la República, las leyes y constituye un acto que priva, perturba y amenaza la libertad del amparado de una manera arbitraria e ilegal (...) más aún si se dio lectura extractada a tres informes periciales que dan cuenta de un deterioro cognitivo del imputado; por lo que al no suspender el procedimiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, se dictó una resolución ilegal y arbitraria, toda vez que, del tenor literal de dicho artículo, se observa que el estándar legal que se prevé para decretar la suspensión del procedimiento es amplio, bastando la presencia de algún antecedente que haga presumir (no probar) la presencia de una enfermedad de salud mental (...) en lo concerniente a la prisión preventiva a la que se encuentra sujeto su representado, de acuerdo al artículo 458 del Código Procesal Penal, habiéndose invocado antecedentes que hicieren presumir la inimputabilidad por enajenación mental del imputado, refiere que corresponde al juez ordenar la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remitiere el informe requerido”.

En su informe, la magistrada señala que “efectivamente el día 12 de agosto de 2021, en el contexto de la causa Rit 15-2021, Ruc 2100017648-3, negó lugar a la solicitud de la Defensa (...) consistente en suspender el procedimiento en la causa, y solicitar informe al servicio Médico Legal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 458 del Código Procesal Penal”, y en lo relativo a la aplicación de la Ley 21.331, señala que “el razonamiento fundante del rechazo de la petición de la Defensa, quien luego acciona de amparo, en nada se ha visto alterado por la invocación por su parte de algunas normas de la Ley 21.331, la cual tiene como sujetos de protección no sólo quienes padecen enfermedades mentales, sino que también ciertas discapacidades físicas o intelectuales, y por ende se trata de un grupo objetivo muchísimo más amplio de aquél del artículo 458 del Código Procesal Penal”.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco finalmente resuelve acogiendo parcialmente el recurso de amparo, argumentando que “a juicio de esta Corte, del mérito de autos se desprende que respecto del amparado (...) efectivamente existen antecedentes suficientes para presumir su eventual inimputabilidad por enajenación mental, en relación al presunto deterioro cognitivo cerebral de significancia clínica, informándose aspectos que son necesarios evaluar, mediante la realización de pericia idónea, satisfaciéndose en el actual estado procesal el estándar previsto en el artículo 458 del Código Procesal Penal, correspondiendo

al juez de garantía, por tanto, solicitar el informe psiquiátrico establecido en la precitada norma legal”. Como se aprecia, en esta sentencia el uso de la Ley 21.331 solo sirve de apoyo a una tesis de las partes, que exige en rigor la aplicación de medidas de seguridad, para incidir de esta manera en el cese de la medida cautelar de la prisión preventiva.

2.- Corte de Apelaciones de Concepción, rol 6657-2022, de 26 de mayo de 2022, CL/JUR/19755/2022. Se trata de un recurso de protección interpuesto a favor de quien fuera “diagnosticado por el equipo multidisciplinario del COSAM de Concepción con esquizofrenia, dependencia alcohólica y consumo perjudicial de sustancias”, y que luego de infructuosos intentos de un tratamiento ambulatorio, “conforme a lo dispuesto en resolución número 2108IP802, de 29 de marzo de 2021, se ordenó la hospitalización involuntaria administrativa dispuesta por la Seremi de Salud de la Región del Bío Bío”, y pese a ello, no se materializaba la internación, pues el Servicio de Psiquiatría les informa que “no existen camas disponibles o que incluso ellos mismos se encarguen del traslado de su hijo al establecimiento de salud, siendo esto último imposible para ellos, ya que ambos son personas de la tercera edad”.

La Corte de Apelaciones acoge el recurso argumentando que “resulta ser cierto que la hospitalización psiquiátrica, y especialmente aquella de carácter no voluntaria, está tratada como un recurso de carácter excepcional y al que se debe acudir en situaciones especialísimas y una vez agotadas que sean otras instancias de atención, cuestión que fluye principalmente de lo preceptuado en el Decreto 570, de 28 de agosto de 1998, del Ministerio de Salud (que ‘Aprueba Reglamento para la Internación de las Personas con Enfermedades Mentales y Sobre los Establecimientos que la Proporcionan’, como también de la Ley 21.331 (sobre ‘Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud mental’) y de la Circular N° 6, del Ministerio de Salud, de 29 de diciembre de 2021 (que ‘Instruye sobre Hospitalización Involuntaria de Personas Afectadas por Enfermedades mentales’) (...). No obstante, en el particular caso del paciente (...) es precisamente la hospitalización involuntaria la indicada para los efectos de sus tratamiento y eventual curación, tal como se desprende de la propia Resolución de 29 de marzo del año pasado, ya citada, y de las prescripciones constantes de sus médicos tratantes, todo lo cual conduce razonablemente a concluir que en su situación es del todo imprescindible recurrir a ese peculiar tipo de internación, dado que, acorde a los antecedentes que se han colacionado, es la única opción que le queda para lograr la administración de algún tratamiento que sea eficaz”.

La Corte de Apelaciones vincula este razonamiento también con la Ley 20.584, señalando que “se asegura a los pacientes la oportunidad y calidad en su atención, y su seguridad, pudiendo colegirse, entonces, que en el caso del paciente (...) su atención adecuada se ha ido prolongando en demasía, lo que conduce a concluir que, al menos, y en su peculiar caso, esta demora, según ya se dijo, ha devenido en ilegal y arbitraria, afectándose así, sin duda, su integridad física y psíquica”. En este caso, si bien lo que se intenta proteger es el derecho a la salud mental, al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley 21.331, se rechaza por carecer de la supuesta ilegalidad del acto, pero no se hace cargo de la evidente falta de un reglamento que haga operativa una ley que, sin este, se vuelve solo un impedimento burocrático para la hospitalización psiquiátrica en los casos que sí es necesario.

3.- Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 21352-2022, de 11 de octubre de 2022, CL/JUR/38601/2022. Se trata de un recurso de protección interpuesta por una conducta arbitraria e ilegal de contaminación acústica producida por ruidos excesivos y constates de música, golpes de pared y fiestas que realiza, situación que afectan la estabilidad emocional de su hijo quien tiene la condición de trastorno del espectro autista. En su razonamiento, la Corte de Apelaciones expresa que “la ley 21.331, creada precisamente como un medio para reconocer los derechos fundamentales de las personas con discapacidad intelectual, entre los cuales, se encuentra su derecho a la integridad física o psíquica, consagra en su artículo tercero

letra h), dentro de los principios que inspiran la protección social inherente a este tipo de discapacidad, el derecho a la protección de la integridad personal, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, lo que presupone, el despliegue de todas las acciones que sean menester por parte del Estado para garantizar la efectiva materialización de tal protección (...) que los hechos constatados y que han tenido un correlato de al menos ser constantes desde el año 2012, no pueden sino calificarse como atentatorios del derecho del recurrente, no solo a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, sino también respecto de la integridad psíquica de aquel que presenta un diagnóstico de afectación grave de su salud mental, y de aquella persona que lo tiene a su cuidado, lo que permite entender, la necesidad de intervención de esta Corte en la adopción de medidas para el restablecimiento de los derechos conculcados, las que no pueden sino plasmarse en la imperativa necesidad de abstención del recurrido de desplegar conductas similares a las descritas en este arbitrio, en cuanto, a la generación de ruidos excesivos, continuos y molestos productos de reuniones sociales, fiestas u otro de igual naturaleza, respecto de las cuales, no se ha cuestionado su licitud, sino solo su falta de proporcionalidad frente a la afectación que por diez años se ha causado, con conocimiento, a una persona cuya protección social exige, el resguardo pleno y eficaz de sus garantías constitucionales, en los términos ya descritos, razones por las cuales, no cabe sino acoger el presente recurso de protección”. En esta situación —no referida a la hospitalización— se usa la normativa de la Ley 21.331, en particular sus principios y derechos, para fundar la sentencia que acoge un recurso de protección, por afectar la salud mental de una persona, pero sin entrar en los aspectos operativos de esta ley.

4.- Corte de Apelaciones de La Serena, rol 2046-2021, de 30 de diciembre de 2021, que rechaza recurso de protección interpuesto, por no concurrir los requisitos del artículo 13 de la Ley 21.331. Se estima que la paciente “tiene actuales 70 años de edad, y padece de una enfermedad psiquiátrica grave diagnosticada (...), consistentes en depresión mayor recurrente, episodio grave refractario, daño orgánico cerebral, dependencia a benzodiazepinas, disfunción familiar y conyugal, estrés psicosocial y biomédico grave, parkinson y otras enfermedades crónicas (...). Sostiene que no obstante existir diagnóstico claro, y siendo evidente la necesidad de internación, desde noviembre del año 2020 a la fecha de interposición del recurso no se ha recibido respuesta a aquella solicitud de internación, pese a que en incontables oportunidades se ha solicitado por su familia directa al servicio de salud de Combarbalá su ayuda frente a tan difícil momento”. El recurrido, Servicio de Salud de Coquimbo, responde, entre otros argumentos, que “refiriendo al artículo 13 de la Ley 21.331, arguye que para que proceda la hospitalización psiquiátrica involuntaria, al ser esta una medida excepcional y transitoria, deben concurrir requisitos copulativos los cuales deben constar en la ficha clínica, no haciéndose referencia a ninguno de ellos en el libelo, existiendo tan sólo un informe de médico psiquiatra, el que no constituye el presupuesto mínimo exigido por ley para proceder con la internación psiquiátrica involuntaria”. Finalmente la Corte de Apelaciones razona señalando que “el artículo 13 de la Ley 21.331, establece una serie de requisitos para que pueda llevarse a cabo la internación involuntaria de la paciente, ninguno de los cuales se cumple en la especie”. Este caso se trata del rechazo de una medida de protección por carecer del requisito de ilegalidad del acto, por no concurrir los requisitos del artículo 13 de la Ley 21.331, pero sin hacerse cargo de la inexistencia del reglamento que hace operativa esta ley.

5.- Finalmente, solo a modo de ejemplo, la sentencia F-488-2022 del Juzgado de Familia de Calama, anonimizado, que señala: “Advirtiendo el tribunal que la denuncia que dio origen a esta causa, tiene relación con la internación involuntaria de persona adulta a centro psiquiátrico, y encontrándose vigente la Ley 21.331, sobre ‘reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de Salud Mental’, que entrega competencia a Juzgados de Familia, para su conocimiento y resolución; y con la finalidad de dar una debida tramitación, conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 19.968, a

fin de evitar cualquier vicio en el procedimiento, se resuelve: I.- Se rechaza el presente procedimiento. II.- Sin perjuicio de anterior, se ordena aperturar causa relativa a Ley 21.331, bajo el RIT (S), a fin de dar una debida tramitación, en cuanto a los correspondientes lineamientos y requisitos establecidos en la normativa legal vigente, respecto a las características específicas de la denuncia. Hecho, se deberá resolver de inmediato lo pertinente en dicha causa. II.-Déjese sin efecto todo lo obrado en los presentes autos y estese a lo que se resolverá en la causa ordenada aperturar. En consecuencia, se deja sin efecto el ingreso ordenado, del paciente (...) al Hospital Carlos Cisternas de Calama; sin perjuicio de lo que se resuelva al efecto en causa(s)". Esta sentencia, es por lejos el fiel reflejo de lo que está aconteciendo en los juzgados de familia en la actualidad. Los requerimientos de internación involuntaria siguen llegando en forma de "violencia intrafamiliar", derivados así desde Carabineros e incluso desde los propios centros de salud, y son desestimados por no concurrir los requisitos del artículo 13 de la ley, la cual aún no cuenta con un reglamento que permita su operatividad.

5. Lo que se espera de un posible reglamento⁴

Durante los meses de septiembre y octubre del año 2022 estuvo disponible el borrador propuesto como reglamento de esta Ley 21.331 en el sitio web del Ministerio de Salud, para su examen y consulta ciudadana (Ministerio de Salud, 2022b). Actualmente no se encuentra disponible la consulta, pero el borrador se puede descargar (Ministerio de Salud, 2022a). Es importante hacer presente el tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley 21.331, el 11 de mayo de 2021, pues han pasado 22 meses, casi dos años a la fecha, sin el instrumento que haría operativa la ley.

Este reglamento debe hacer operativa una ley con varios defectos, que ya se han destacado, y si bien no puede cambiarla, se espera que cumpla con ciertos requisitos mínimos. En primer lugar, un reglamento no puede limitarse a repetir la ley, pues lo torna inútil, o, peor aún, abre la puerta a posibles interpretaciones contrarias a su objeto.

En segundo lugar, el reglamento debiese ser coherente con la ley, asegurando su fiel cumplimiento, sin abrir la puerta a otras opciones o regulando cuestiones que son materia de ley según nuestra Constitución. Por ejemplo, si la Ley 21.331 ordena y garantiza como principio la preferencia de tratamientos cercanos al hogar del paciente, el reglamento debiese hacer operativa esa preferencia y no facultar a las autoridades a definir otra opción, la que en todo caso, de ser necesaria, siempre deberá ser excepcional y muy bien fundada. Por otro lado, no puede abocarse a regular cuestiones que son objeto de regulación del legislador, como sería modificar por esta vía cuestiones definidas en el Código Civil o fijar plazos judiciales u otras materias procedimentales.

Debiera hacerse cargo también del control de legalidad de las decisiones adoptadas en virtud de esta ley, en especial cuando se entregan a la autoridad administrativa y, sobre todo, cuando esta medida implique una internación hospitalaria.

Por lo gravoso que resulta, la internación hospitalaria involuntaria siempre debiese contar con asesoría letrada para el paciente, a fin de cautelar la protección de sus derechos, tanto frente a la autoridad administrativa como judicial. El abogado u abogada del paciente debe tener especialización en la materia, para garantizar una defensa adecuada de sus intereses.

⁴ No se ha publicado el reglamento de la Ley 21.331 a la fecha en que se escribe este artículo, 08 de marzo de 2023.

Adicionalmente, el reglamento debiese contemplar la necesaria perspectiva de género, estableciendo las medidas adecuadas para evitar la discriminación contra la mujer, sea por objeto o resultado, así como la discriminación por identidad de género, preferencia sexual u otra de las categorías prohibidas por la ley 20.609.

Es necesario también que el reglamento considere el interés superior del niño y la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, al momento de ejercer sus derechos conforme a la ley, enlazando directamente con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 21.430, es decir, la acción de tutela administrativa de derechos. Igualmente, no estaría demás vincular con lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 20, 23 y 25 de la Convención sobre Derechos del Niño y artículos 38, 39 y 40 de la Ley 21.430.

Se espera igualmente que el reglamento se apegue a los conocimientos científicamente afianzados, sin crear categorías de dudoso respaldo científico, sino más bien sosteniéndose en los documentos que son validados por la comunidad científica en la materia, es decir, el denominado DSM 5 (APA, 2013) y el CIE 11 (OMS, 2019) que entró en vigencia en 2022.

Finalmente, y más allá de lo señalado respecto de la acción de tutela administrativa en favor de los niños, niñas y adolescentes, debiese también regular los procedimientos de reclamos administrativos, expeditos, conocidos y eficaces, en favor de cualquier persona, para interponer en los casos que el paciente estime que se han vulnerado sus derechos, de tal suerte que se pueda brindar de algún grado de exigibilidad a esta ley.

6. Conclusiones

En general se puede afirmar que la Ley 21.331, presenta una serie de incoherencias o contradicciones gruesas, que solo podrán ser salvadas con la respectiva modificación legal, y en ausencia de ello, con una interpretación que armonice su contenido. A lo anterior se le adiciona la falta de coherencia con otros cuerpos normativos que inciden directamente en esta materia, como la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia, la Ley N°19.968 en su artículo 71 letra h), la Ley 20.084 sobre responsabilidad penal de los adolescentes y su reglamento y el Código Procesal Penal en cuanto regula las medidas de seguridad que puede adoptar el tribunal.

Por otra parte, la falta de un reglamento impide aclarar diversas cuestiones básicas de su implementación con mayor precisión, y el tiempo transcurrido desde la publicación de la ley ha mantenido a la población, sin solución normativa, casi dos años a la fecha. Se han realizado algunas precisiones respecto de lo que se debiera esperar de tal cuerpo normativo, que podrán ser contrastadas con este cuando al fin se publique su versión definitiva.

La feble protección de los derechos del paciente se materializa también en la pobre regulación de la asistencia letrada del paciente, del control del tribunal de familia, así como de la asistencia de “parientes” o “representantes legales” sin mayores cuestionamientos, con los riesgos que ello implica.

Es preocupante también que la seria afectación de la libertad, que la propia Ley 21.331 reconoce como principal garantía de derechos humanos afectada en la hospitalización psiquiátrica, se contradice con una regulación ambigua de su control de legalidad, sobre todo las primeras 72 horas, unido a la indeterminación de los lugares en los que se podrá realizar, los extensos plazos para pronunciarse sobre el asunto o incluso ejecutar la resolución que ordena la libertad inmediata.

La escasa jurisprudencia existente a la fecha ha utilizado esta ley como fundamento de apoyo en casos de amparo o recursos de protección, en el marco del proceso penal para el establecimiento de medidas de seguridad o para reforzar la noción del derecho a la salud mental. La intervención de los juzgados de familia ha sido marginal por la inoperancia de la ley actualmente, que habilita el inicio de una causa solo a requerimiento de la autoridad sanitaria y cuando la internación supere las 72 horas.

Por otra parte, se extraña un enfoque interseccional que permita distinguir intervenciones diferenciadas con enfoque de género, respecto de niños, niñas y adolescentes, y otros grupos de personas, como los adultos mayores, personas con diversa identidad de género u orientación sexual, en situación de migración o de pueblos originarios.

Hay que reconocer, en todo caso, que existen interesantes avances en derechos, destacando la “atención integral y humanizada”, así como la decisión de apreciar este asunto como un complejo de carácter multifactorial y no exclusivamente sanitario, todo lo cual es expresión de una forma de justicia terapéutica, muy necesaria sobre todo considerando los problemas de salud mental de la población post Covid (Solari-Heresman *et al.*, 2021).⁵

En términos generales —tomando en cuenta el contexto chileno en materia de salud mental, descrito en la primera parte de este trabajo—, la normativa estudiada no responde a las necesidades allí esbozadas. Ninguna de estas normas plantea garantías o vías de reclamación para hacer exigible los derechos que instituye, ni menos toma en consideración una adecuada perspectiva de género ni las vías por las cuales los niños, niñas y adolescentes pudieran hacer valer estos derechos, los que además pueden entrar en colisión con los de sus adultos cuidadores. De alguna forma, la nueva Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescencia brinda las herramientas necesarias, tratándose de los niños, niñas y adolescentes que quieran hacer valer estos derechos mediante la acción de tutela administrativa del artículo 60 de la ley, pero no hay herramientas específicas que permitan develar discriminaciones de género en la materia, y desde ya se observa una omisión que, por resultado, implica una invisibilización del enfoque de género, lo que puede terminar en discriminación arbitraria.

En definitiva, no se puede afirmar que una ley “reconoce y protege” los derechos de las personas en materia de salud mental, si no tiene perspectiva de género, si no aborda en específico lo que ocurre en el caso de los niños, niñas y adolescentes, no se armoniza con otros cuerpos legales, ni establece garantías, herramientas para hacer exigibles estos derechos respecto de persona alguna, limitándose a realizar remisiones y reiteraciones de derechos mejor protegidos en otros cuerpos normativos.

7. Bibliografía citada

American Psychiatric Association (2013): “Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-5-TR)”. Disponible en <https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>.

Biblioteca del Congreso Nacional (2021): Historia de la Ley N°21.331. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela/nc/historia-de-la-ley/7866/>.

⁵ El estudio concluye que la demanda en la urgencia de pacientes psiquiátricos y la ocupación media de camas se ha reducido durante el primer mes tras la declaración de la pandemia. El miedo al contagio puede actuar como modulador de la demanda psiquiátrica.

- Barrientos, Jaime *et al.* (2017): “Medidas de salud mental y bienestar subjetivo en una muestra de hombres gays y mujeres lesbianas en Chile”, *Revista médica de Chile*, vol. 145, n° 9. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872017000901115>.
- Benfeld, Johann (2020): *Conceptos precipitados - Un curso de Teoría del Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014): “Observación General N° 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como personas ante la ley”. Disponible en <https://bit.ly/2VvrXAt>.
- De la Barra, Flora (2009): “Epidemiología de trastornos psiquiátricos en niños y adolescentes: Estudios de prevalencia”, *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, vol. 47, n° 4. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272009000400007>.
- Irureta, Alejo (2022): “El rol del abogado que ejerce la defensa técnica de los niños, niñas y adolescentes internados por salud mental”, *Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, n° 106.
- Ministerio de Justicia (2017). “Tribunales de Tratamiento de Drogas y/o Alcohol: una mirada desde la Justicia Terapéutica”. Disponible en <https://bit.ly/40hecro>.
- Ministerio de Salud (2022a): “Borrador de Reglamento”. Disponible en <https://bit.ly/3Z1Drwg>.
- Ministerio de Salud (2022b): “Documento en consulta pública”. Disponible en <https://bit.ly/3Z37vHQ>.
- Ministerio de Salud (2019): “Documento segunda entrega de resultados Tercera Encuesta Nacional de Salud (ENS) 2016-2017”. Disponible en <https://bit.ly/3JPaS0N>.
- Muñoz, Carolina (2022, 13-15 de octubre): *Ley de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental* [Ponencia]. V Congreso Nacional de Juezas y Jueces de Familia, Concepción, Chile.
- Organización Mundial de la Salud (2002): “Defining Sexual Health, Report of a Technical Consultation on Sexual Health”. Disponible en <https://bit.ly/3LAsHBY>.
- Organización Mundial de la Salud (2019): “Clasificación Internacional de Enfermedades”. Disponible en <https://icd.who.int/es>.
- Osorio, Juan Pablo, Parrini, Javiera, Galdames, Francisco, Dinamarca, Fernando (2016): “Duración de días de hospitalización psiquiátrica en pacientes con diagnósticos GES con y sin comorbilidades”, *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, vol. 54, n° 1. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272016000100003>.
- Pontificia Universidad Católica de Chile (2022): “Termómetro de la Salud Mental en Chile”. Disponible en <https://www.achs.cl/docs/librariesprovider2/noticias-2022/achs-149852/tms-rond-6-conferencia.pdf>.
- Sol-Pastorino *et al.* (2017): “Salud mental con perspectiva de género”, *Salud Pública de México*, vol. 59, n° 6. Disponible en <https://www.scielosp.org/pdf/spm/2017.v59n6/601-602/es>.
- Solari-Heresmann, Luz María, Pérez-Balaguer, Ana, Gil-Benito, Elena, Del Sol-Calderón, Pablo, Sanz-Aranguez-Ávila, Belén, Gayubo-Moreo, Lydia, De Arce-Cordón, Rosario (2021): “Análisis de la demanda asistencial en la urgencia y unidad de hospitalización psiquiátrica en el contexto de pandemia por COVID-19”, *Revista chilena de neuro-psiquiatría*, vol. 59, n° 1. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272021000100027>.
- Valenzuela, Ester y Estrada, Francisco (2022): “Salud mental de niños, niñas y adolescentes: una tormenta perfecta”, en Schönsteiner, Judith (editora), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, Universidad Diego Portales: pp. 211-246.
- Vilches, Alejo (2022): “El Derecho de Defensa frente a las Internaciones Involuntarias”, *Revista de derecho de las familias y de las personas*, vol. 14.

Normas citadas

Constitución Política de la República (1980)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención sobre Derechos del Niño

Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer

Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar toda forma de Violencia contra la Mujer (Belém do Pará)

Código Civil

Código Procesal Penal

Código Sanitario

Ley N° 21.331

Ley N° 20.422

Ley N° 20.584

Ley N° 19.628

Ley N° 20.084

Ley N° 20.609

Ley N° 21.030

Ley N° 20.066

Ley N° 19.968

Ley N° 21.430

Ley N° 21.394

Decreto N° 1378 de 13 de diciembre de 2006 del Ministerio de Justicia

Decreto N° 38 de 26 de diciembre de 2012 del Ministerio de Salud

Decreto N° 570, de 28 de agosto de 1998, del Ministerio de Salud

Circular N° 6, del Ministerio de Salud, de 29 de diciembre de 2021

Borrador de Reglamento de Hospitalización Psiquiátrica, del Ministerio de Salud

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Temuco, rol 391-2021, de 19 de agosto de 2021, CL/JUR/70165/2021.

Corte de Apelaciones de Concepción, rol 6657-2022, de 26 de mayo de 2022, CL/JUR/19755/2022.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 21.352-2022, de 11 de octubre de 2022, CL/JUR/38601/2022.

Corte de Apelaciones de La Serena, rol 2046-2021, de 30 de diciembre de 2021.