



# La tutela del derecho a la salud mental en época de pandemia

Recibido: 15 de mayo de 2020 • Aprobado: 21 de junio de 2020  
<https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a18>

## **Felipe Lozano Rodríguez**

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia  
felipe.lozano@est.uexternado.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0002-3536-6999>

## **Cristian Fernán Muñoz Muñoz**

Corporación Universitaria Minuto de Dios  
cmunozmunoz@uniminuto.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0002-6013-150X>

## **Enmanuel González Martínez**

Universidad Libre de Colombia, Cartagena, Colombia  
enmanuel.gonzalez@unilibrectg.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0001-5164-0014>

## RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es analizar la tutela como mecanismo de protección del derecho fundamental a la salud mental en época de pandemia de la COVID-19. La metodología utilizada es de tipo cualitativo, de carácter exploratorio. La investigación se encuentra segmentada en tres partes: diagnóstico jurídico del derecho a la salud mental; garantías y responsabilidad jurídica del Estado; prospectiva de la salud mental de cara a la responsabilidad jurídica del Estado. Finalmente, con el conjunto de estas consideraciones teóricas y prácticas, se llega a evidenciar la incapacidad del Estado colombiano para entender la COVID-19, durante y después del periodo de confinamiento, en relación con especificidad del área de salud mental. Se concluye que, aunque existe poca legislación durante la época de pandemia en salud mental, existe una legislación sólida anterior a la pandemia para garantizar la salvaguarda del derecho a la salud mental. La tutela es un mecanismo eficaz a la hora de la reclamación de los derechos, más aún desde la función jurídica digital que facilitaría los trámites en la pandemia.

*Palabras clave:* derechos humanos; salud mental; justicia social; acción jurídica; COVID-19.

## The Tutelage Actions of the Right to Mental Health in Times of Pandemic

### ABSTRACT

The goal of this research is to analyze tutelage action as a mechanism for the protection of the fundamental right to mental health in times of pandemic due to COVID-19. This research employs a qualitative methodology and exploratory character. The research is divided into three parts: a judicial diagnosis of the right to mental health; guarantees and judicial responsibilities of the State; prospects of mental health in the light of the judicial responsibility of the State. Finally, with these practical and theoretical considerations, this study makes evident the inability of the Colombian State for understanding COVID-19, during and after the lockdown period, regarding the mental health area. The study concludes that, even though there is a small amount of legislation from the pandemic period regarding mental health, there is solid legislation before the pandemic to guarantee the right to mental health. The tutelage action is an efficient mechanism for reclaiming rights, even more from the digital judicial function that would facilitate these procedures in times of pandemic.

*Keywords:* human rights; mental health; social justice; judicial action; COVID-19.

## A tutela do direito à saúde mental em tempos de pandemia

### RESUMO

O objetivo desta pesquisa é analisar a tutela como mecanismo de proteção do direito fundamental à saúde mental em época de pandemia da covid-19. A metodologia utilizada é de tipo qualitativo, de caráter exploratório. A pesquisa se encontra segmentada em três partes: diagnóstico jurídico do direito à saúde mental; garantias e responsabilidade jurídica do Estado; perspectiva da saúde mental em face da responsabilidade jurídica do Estado. Por fim, com o conjunto dessas considerações teóricas e práticas, chega-se à evidência da incapacidade do Estado colombiano para entender a covid-19, durante o período de confinamento e depois dele, no que se refere em específico à área de saúde mental. Conclui-se que, embora exista pouca legislação durante a pandemia em saúde mental, há uma legislação sólida anterior à pandemia para garantir o direito à saúde mental. A tutela é um mecanismo eficaz no momento de reivindicar os direitos, mais ainda a partir da função jurídica digital que facilitaria os processos na pandemia.

*Palavras-chave:* direitos humanos; saúde mental; justiça social; ação jurídica; covid-19.

## INTRODUCCIÓN

Con la creación, en el año 1991, de la Constitución Política de Colombia y la consagración como un Estado social de derecho, quedó establecido el efectivo e imperativo cumplimiento de los derechos fundamentales (Ministerio del Interior de Colombia, 2020). En la carta magna se tuvo la dignidad humana como hoja de ruta para que no solo se contemplara la dimensión civil y política, sino también la económica, la social y la cultural. Esto conllevó a la positivización, en el orden nacional, de lo establecido en sendos convenios, acuerdos y tratados internacionales. Basta con remitirse al artículo 13<sup>1</sup> y 49<sup>2</sup> constitucionales para identificar el reconocimiento al gozo efectivo de la salud en todas sus dimensiones, es decir, física y mental. Este tema ha sido desarrollado desde la doctrina jurídica y la jurisprudencia nacional e internacional. Además, devenga obligaciones para el Estado colombiano de: "garantizar, respetar, proteger y realizar" (Maya, 2008) las medidas que tiendan a garantizar la salud en todas sus dimensiones, a través de políticas públicas que respondan a estándares mínimos de materialización.

No obstante, la creciente globalización (Held, 2009, p. 9) y la estrecha interdependencia compleja (Keohane y Nye, 1977), tanto de los actores del sistema internacional (SI) (Mansbach, Ferguson y Lampert, 1976) como de los actores de un Estado, han hecho variar las formas de relacionarse. De esta manera, se han establecido fenómenos de diversas características y naturalezas que implican respuestas efectivas y contundentes ante el devenir mundial.

Empero, en la actualidad, con una pandemia mundial (COVID-19) en pleno desarrollo y sin medidas eficaces de contingencia jurídica previstas, son muchos los interrogantes que quedan al orden del día y que requieren de respuestas jurídicas acertadas a nivel estatal, teniendo en cuenta que de estas sobrevienen responsabilidades que tienen implicaciones de hecho y en derecho. Sin embargo, ante esta situación la realidad material y jurídica es incierta. Y esta incertidumbre se cimienta en el desarrollo *per se* de la pandemia y, con ella, la forma en la que las tres ramas del poder público modulan su capacidad de respuesta. En este sentido, este artículo busca dar respuesta a la pregunta: ¿Cuál es la situación actual de la respuesta del Estado colombiano a la tutela del derecho a la salud mental, de cara a la pandemia de la COVID-19? Para esto, se parte de la hipótesis que sugiere una responsabilidad jurídica del Estado colombiano

<sup>1</sup> Artículo 13 (Igualdad): "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. [...] El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan" (Constitución Política de Colombia, 1991).

<sup>2</sup> Artículo 49 (Salud): "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (Constitución Política de Colombia, 1991).

que garantice la atención íntegra e integral de todos los habitantes con diagnósticos de enfermedad mental del territorio nacional, durante y después de la COVID-19, ante la posibilidad de recaídas por el carente acceso a servicios de salud mental. En este contexto, el médico psiquiatra José A. Posada (2013) afirma que ha habido “un incremento del 15 %, entre los años 2013 y 2020 de condiciones psiquiátricas y neurológicas a nivel mundial” (p. 497). Asimismo, sostiene que en el año 2003: “el 40,1 % de la población entre 18 y 65 años había sufrido, estaba sufriendo o sufriría alguna vez en la vida un trastorno psiquiátrico diagnosticado” (Posada, 2013, p. 498). Además, se evidencia una carencia en el acceso al sistema de salud pública por parte de las personas que se encuentran en la periferia del territorio colombiano.

En tal virtud, la investigación cuenta con una metodología de tipo cualitativo. Asimismo, se establece un alcance exploratorio (Sampieri, Collado, & Lucio, 2006, p. 91), dado que el objeto de este artículo es poco estudiado y novedoso en el campo del derecho administrativo en general y en el campo de la responsabilidad jurídica estatal en particular.

De esta manera, la investigación se encuentra segmentada en tres partes: diagnóstico jurídico del derecho a la salud mental; garantías y responsabilidad jurídica del Estado; prospectiva de la salud mental de cara a la responsabilidad jurídica del estado. Finalmente, con el conjunto de estas consideraciones teóricas y prácticas, se llega a evidenciar la incapacidad del Estado colombiano para entender la COVID-19 en relación con el área de salud mental, durante y después del periodo de confinamiento. Asimismo, este estudio deja ver la inseguridad jurídica del Estado y el desconocimiento en la aplicación de la función jurídica digital de cara a la salvaguarda de este de derecho fundamental<sup>3</sup>.

## 1. DIAGNÓSTICO JURÍDICO DEL DERECHO A LA SALUD MENTAL

### 1.1. Aproximación jurídica internacional

Para referirse al tema de la salud mental, es preciso apelar a un método deductivo que permita partir desde el aspecto más general de la norma y el principio jurídico (Alexy, 1993; Dworkin, 2002; Atienza, 2007) hasta llegar a su positivización, regional y local, en su aspecto más particular.

Es por esto que, con el ánimo de poder promover legislación en materia de salud mental y atender a una población con altos grados de vulnerabilidad, se hizo imperativa la creación de un consenso mundial al respecto. Fue, entonces, el logro de la materialización de los instrumentos jurídicos internacionales (Naciones Unidas, 1969): la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Interna-

<sup>3</sup> Considerado como derecho fundamental por la Corte Constitucional en la Sentencia T-760 del 2008 (Sentencia T-760/08, 2008).

cional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] (1966) que conforman la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta carta universal recoge en su primer artículo la norma y el principio jurídico del que se desprende la protección íntegra e integral de los conceptos *dignidad humana e igualdad* de los seres humanos. Así, se logra tener el primer antecedente normativo internacional contemporáneo de cara al tema de la salud mental. De este modo, en este grupo de seres humanos se incluye a personas con o sin trastornos mentales. Son sujetos de derecho a quienes se les debe garantizar el disfrute y la protección a plenitud de todos los derechos humanos fundamentales, dentro de los cuales está la salud.

A partir de este hito histórico y jurídico, a nivel internacional *lato sensu*, se tiene el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Pidesc] que establece en el primer numeral de su artículo 12, en términos generales, un prominente nivel de posible aprovechamiento en cuanto a salud física y mental (Naciones Unidas, 1966).

En ese sentido, a su vez se dan las observaciones generales de los órganos de monitoreo de los pactos de derechos humanos (Organización Mundial de la Salud, 2006). Al margen de su carácter vinculante o no, garantizan una adecuada interpretación del cuerpo de la norma del tratado establecido por las partes firmantes. Para el objeto específico de estudio, se evidencia que la Observación General 5 determina la aplicación del PIDCP a las personas con discapacidad física o mental, y garantiza el acceso a servicios de rehabilitación (Naciones Unidas, 1966). En este sentido, se propende por el aumento en el acceso y beneficio de servicios de salud mental, en términos de autonomía del sujeto (Organización Mundial de la Salud, 2006).

Asimismo, la Observación General 14 contempla el derecho y la garantía al acceso de un sistema de protección de la salud, en igualdad de oportunidades y condiciones, con el fin de alcanzar los más altos niveles de salud posible, en todas sus dimensiones (Organización Mundial de la Salud, 2006). Esta observación también considera tanto los elementos de imperativa consideración con respecto al derecho a la salud —la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad— como las obligaciones de respeto, protección, cumplimiento, satisfacción y garantía de los de Estados miembros del Pidesc (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000). Por otro lado, en la Observación General 18 se establece, mediante el artículo 26, la protección de las personas con cualquier discapacidad ante hechos de discriminación. Las dos primeras observaciones generales son del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de Derechos Humanos, respectivamente.

Por un lado, se tiene la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. En el artículo 5, literal E, apartado IV de la convención se propende por garantizar el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales (Naciones Unidas, 1965). Por otro lado, están la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer<sup>4</sup> (Naciones Unidas, 1979); la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>5</sup> (Naciones Unidas, 1989); la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>6</sup> (Naciones Unidas, 1984); los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Naciones Unidas, 1991). Estos documentos han servido como marco de referencia legislativa para la positivización en sendos países miembros de las Naciones Unidas. En estos se establecen patrones mínimos que garanticen la adecuada aplicación de los derechos humanos, específicamente en el aspecto de la salud mental. Por último, en la Resolución WHA65.4 del año 2012 de la Asamblea Mundial de la Salud se buscó establecer una solución efectiva con respecto a los trastornos mentales a nivel global y la necesidad de brindar acciones coordinadas entre los sectores sociales y sanitarios de los Estados miembros (Organización Mundial de la Salud, 2013).

Por otro lado, en el orden internacional de carácter regional *strictu sensu*, se tienen distintos convenios y tratados en la región europea. En primer lugar, está el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Consejo de Europa, 1950). En este se propende por la protección de personas con trastornos de salud mental y el cumplimiento de los convenios suscritos en esta materia por parte de los Estados miembros que ratificaron dicha convención. En segundo lugar, el Convenio de Oviedo, de carácter vinculante, busca garantizar estándares de atención en el tratamiento de personas con trastornos de salud mental (Consejo de Europa, 1996b). En tercer lugar, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes establece mecanismos de protección de los derechos humanos de personas que padezcan trastornos mentales y se encuentren recibiendo tratamiento institucional especializado (Consejo de Europa 1987). Por último, la Carta Social Europea determina, con fuerza de carácter jurídico vinculante, la salvaguarda de derechos fundamentales (Consejo de Europa, 1996a).

De otro lado, la región de las Américas tiene: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Conferencia Internacional Americana, 1948); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1978); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en material de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización de Estados Americanos, 1988); la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Organización de Estados

<sup>4</sup> Remitirse al artículo 11, numeral 1, literal F, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, 1979).

<sup>5</sup> Remitirse al artículo 23, numeral 1; artículo 25; artículo 27, numeral 1; artículo 32, numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Naciones Unidas, 1989).

<sup>6</sup> Remitirse al artículo 1, numeral 1 de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Naciones Unidas, 1984).

Americanos, 1999). Todas estas convenciones en conjunto tienden por el logro, en la totalidad de sus dimensiones, de derechos sociales, culturales, políticos, civiles y económicos. Finalmente, en cuanto a la región africana, se destaca la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Organización de la Unidad Africana, 1981) que cuenta con facultades de obligatoriedad en su cumplimiento, establece mecanismos de protección para población con afectaciones relacionadas con trastornos mentales y busca el cumplimiento del derecho a la dignidad humana.

En síntesis, es evidente que hay suficiente jurisprudencia y doctrina jurídica recogida en sendas convenciones y tratados internacionales que dan cuenta de la importancia de la salud mental para la comunidad internacional. Sin embargo, al margen de tenerse en cuenta que la connotación jurídica de estos instrumentos no es vinculante en la mayoría de los casos, también es cierto que su suscripción devenga unas responsabilidades intrínsecas sujetas a positivización en la legislación interna. De esta manera, se atienden las particularidades de cada Estado firmante que, en último término, le dan fuerza vinculante en busca de garantizar el acceso, instalaciones y servicios en materia de salud mental, así como la seguridad de la persona (en términos mentales) y la salvaguarda de los derechos de personas con alguna discapacidad, dentro las que se contempla aquellas con enfermedades o trastornos mentales.

En conjunto, todas estas medidas jurídicas materializadas en virtud de las demandas del derecho internacional de los derechos humanos buscan garantizar una regulación en torno a la salud mental en todo orden territorial a través de estos instrumentos jurídicos internacionales. Estos se pueden clasificar en dos categorías: los de obligatorio cumplimiento por su naturaleza convencional y los que se caracterizan por catalogarse como estándares en materia de derechos humanos. Estos últimos atienden a bienes ulteriores del derecho positivo, es decir, principios jurídicos que se constituyen en un bien superior en beneficio de la raza humana.

## **1.2. Aproximación jurídica nacional**

En el marco de la Ley 100 de 1993, a la luz de los artículos constitucionales 44, 48 y 49, y los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. Se promulgaron los principios de equidad, obligatoriedad, protección integral y calidad en la atención en salud como elementos fundamentales del sistema. De la misma manera, se dieron privilegios en la atención en los programas de hospital día y salud mental para brindar atención en psicoterapia individual en la fase inicial de la enfermedad por espacio de más de un mes.

A partir de este antecedente, se dicta la Resolución 2358 de 1998, a través de la que se crea la Política Nacional de Salud Mental. En esta se describe la situación de la salud mental y se dan prescripciones. Sin embargo, su cobertura fue limitada por dificultades manifiestas de cara al plan obligatorio de salud, lo que llevó a que muchas

personas en la década de 1990 recurrieran al mecanismo jurídico constitucional de la tutela para reclamar sus derechos a la atención integral.

Así las cosas, en la Sentencia T-013 (1995) la que Corte Constitucional reitera la obligatoriedad de atención y acceso al derecho a la salud para personas con necesidad de atención en salud mental. Arriban, entonces, sendas acciones de tutela, sancionadas por la Corte Constitucional, con sentencias en favor de la salud en general y de la salud mental en particular.

Con posterioridad se sanciona la Ley 715 (2001). Esta ley le otorga al Ministerio de Salud y Protección Social las competencias de definición, diseño, reglamentación, implementación y administración del Sistema Integral de Información en Salud y el Sistema de Vigilancia en Salud Pública con la participación de los entes territoriales. En consecuencia, se crean los lineamientos en salud mental que incluyen, desde el año 2005, planes de desarrollo territorial en salud.

Ahora bien, siendo conscientes de la necesidad de modernizar el Sistema General de Seguridad Social, se crea la Ley 1122 (2007). Por medio de esta se introduce la intervención psicosocial de la población vulnerable. En este sentido, busca incluir en el Plan Nacional de Salud Pública acciones orientadas a la promoción de la salud mental y el tratamiento de los trastornos de mayor prevalencia, como la violencia, el maltrato, la drogadicción y el suicidio. Además, esta ley le dio potestad al Ministerio de Salud para definir los protocolos de atención, remisión y tratamiento de los servicios de urgencias para los trastornos mentales de mayor prevalencia.

Para ese mismo año se expide el Decreto 3039 (2007). Este decreto, junto con el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010, consideran la salud mental como una prioridad para Colombia y se establece una distinción entre el régimen subsidiado y contributivo. Asimismo, en el capítulo V se determinan las prioridades nacionales en salud. En este sentido, se pone la salud mental y las lesiones violentas evitables como prioridad con el objetivo de mejorar la salud mental y adaptar los planes territoriales a la Política Nacional de Salud Mental. De esta manera, se reduce el consumo de sustancias psicoactivas en el campo de la promoción de la salud y calidad de vida, y se garantiza la prevención de riesgos, la recuperación, la superación de los daños, la vigilancia en salud y la gestión del conocimiento.

Cabe resaltar que, en materia de salud mental, la sanción de la Ley 1438 (2011) hace una reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Así, se establece como objetivo el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud mediante la estrategia de Atención Primaria en Salud, en coordinación con el Estado, instituciones y sociedad para la creación de un ambiente sano y saludable. Asimismo, mediante el su artículo 17, buscó la

atención preferente en salud para niños y adolescentes, de cara al restablecimiento físico y psicológico por derechos vulnerables.

De otro lado, con la Resolución 1281 (2014) del Ministerio de Salud se definieron los lineamientos para integrar la información generada por el Observatorio Nacional de Salud y los registros, observatorios y sistemas de seguimiento nacionales (ROSS). Esto se dispuso con el fin de articularlos al Sistema de Información en Salud y Protección Social (Sispro).

Para el año 2013, se expide la Resolución 5521 (2013). En esta se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS). También se lograron derogar los acuerdos 029/11, 031 y 034 de 2012, de tal modo que se actualizó la lista de medicamentos y procedimientos del POS en aras de lograr intervenciones más integrales. Asimismo se normalizó la internalización por salud mental y se dio un tratamiento integral a personas con esta condición médica.

En este mismo año se logra sancionar, de un lado, la Ley 1616 (2013) de salud mental, cuyo objetivo principal es garantizar a la población colombiana el ejercicio pleno del derecho a la salud mental. De esta manera, se declara que la salud mental es de interés y prioridad nacional, es un derecho fundamental y un tema prioritario de salud pública (Ley 616, 2013). De otro lado, en el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021 se encuentra incluida la convivencia social y la salud mental como elementos fundamentales, y se establecen las dimensiones prioritarias de hábitat saludable, protección de trabajadores, condiciones ambientales y estilos de vida saludables para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la salud.

Con posterioridad a la Ley 1751 (2015), que establece el desarrollo del principio integral de atención a la salud, se expide la Resolución 429 (2016) que adopta la Política de Atención Integral en Salud. El objeto de esta es mejorar las condiciones de la salud por medio de la regulación de la intervención de los integrantes sectoriales e intersectoriales, responsables de garantizar la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación en condiciones de accesibilidad, aceptabilidad, oportunidad, continuidad, integralidad y capacidad de resolución (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016).

Finalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social expide la Resolución 4886 (2018), mediante el cual se adoptó la Política Nacional de Salud Mental. Dos años después, y atravesando la pandemia de la COVID-19, se tiene la expedición del Decreto 538 (2020), con el que se adoptaron medidas en el sector salud para contener y mitigar la pandemia, así como garantizar la prestación de los servicios de salud en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica. Pero no existen elementos particulares relacionados con la salud mental.

## 2. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO Y GARANTÍAS

### 2.1. Noción jurídica del concepto de responsabilidad estatal

Para ahondar en un tema de considerada importancia e impacto para el Estado colombiano y sus conciudadanos, es imperativo establecer unos mínimos teóricos con el propósito de tener una comprensión uniforme del tema objeto de estudio. Así, se debe iniciar por comprender el concepto *responsabilidad*, en términos de Alessandri (1981), de la siguiente manera:

en derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. (p. 10).

A su vez, se debe considerar el término de *responsabilidad jurídica*. Este tipo de responsabilidad, en palabras del mismo autor, es preciso entenderla como la que: "proviene de un hecho o una omisión que causa daño a otro o que la Ley pena por ser contrario al orden social" (Alessandri, 1981, p. 26).

Cuando se habla de la responsabilidad jurídica del Estado ante una situación como la que se vive en la actualidad, es decir, la pandemia a causa de la COVID-19, es imperativo hacer un acercamiento jurídico en detalle que permita sentar las bases de una adecuada interpretación de cara a la especificidad de la acción.

De esta forma, la responsabilidad civil, clasificada, de acuerdo con la fuente de la que emana, es contractual (Mazeaud et al., 1960, p. 7)<sup>7</sup> y extracontractual (Irisarri, 2000, p. 20)<sup>8</sup>. En este sentido, está determinada tanto por el régimen de responsabilidad subjetiva como por el régimen de responsabilidad objetiva (Irisarri, 2000, p. 20). La responsabilidad subjetiva hace hincapié en la conducta del causante del daño, donde se tienen en cuenta los siguientes elementos: el daño, el actuar doloso o culposo y la relación de causalidad. A partir de la concurrencia de estos, se puede indicar si hay lugar a indemnización como resultado de un perjuicio causado por el sujeto generador del daño. La responsabilidad objetiva, parafraseando a Irisarri (2000), es la circunstancia que produjo el resultado doloso al margen de la intención por la cual fue cometido el

---

<sup>7</sup> Definición de responsabilidad civil contractual: "la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio" (Mazeaud, 1960, p. 7).

<sup>8</sup> Definición de responsabilidad civil extracontractual: "evento en el cual entre víctima y autor del daño no exista vínculo anterior alguno o que, aunque exista tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior sino de otra circunstancia" (Irisarri, 2000, p. 20).

hecho. De esta forma, hace énfasis en la existencia de un daño y en la relación causal entre el daño y el hecho que lo generó.

Ahora bien, aunque se debe tener en cuenta la clasificación que se hace de los regímenes de responsabilidad civil extracontractual del Estado, es decir, "la falla probada en el servicio, la falla presunta del servicio y los regímenes objetivos" (Irisarri, 2000), con el logro del artículo 90<sup>9</sup> de la carta magna colombiana, se establece el concepto de *daños antijurídicos* causados por agentes estatales. De esta manera, el elemento de análisis será el daño y no la falla, que debe ser real "aparentemente". Esto significa que la responsabilidad del Estado no deja de ser subjetiva, mientras que el daño antijurídico sería sujeto de objetivación. No obstante, en la actualidad no hay consenso determinante. De hecho, existen corrientes académicas que consideran el daño antijurídico como un régimen/género que se vale de "la falla probada en el servicio, la falla presunta del servicio"<sup>10</sup> y los regímenes objetivos" (Irisarri, 2000) como regímenes auxiliares.

En ese sentido, se considera que en la Ley 100 (1993) la consulta psiquiátrica y psicológica, tanto para el régimen subsidiado como para el contributivo, es restringida. Además, del total de IPS en Colombia que declararon la atención de "40.809 servicios de salud, tan solo 2.329, hacían referencia a consultas, en materia de salud mental, es decir, un 5,71 % del total" (Ministerio de Protección Social, 2016, p. 32). Por otro lado, se cuenta con "altos niveles de inequidad en el acceso a servicios de salud, en términos generales" (Movimiento Nacional por la Seguridad Social, 2013). En este sentido, se deja en evidencia que el debate sugiere eventuales demandas por el incumplimiento íntegro e integral por parte del Estado colombiano en relación con el derecho fundamental a la salud. Por ello, es un debate que está abierto y tiene más vigencia que en cualquier otro momento de la historia jurídica contemporánea de Colombia. Esto se debe a que el daño, como principal elemento determinante del régimen aplicable para la reparación de las víctimas, permitirá instrumentalizar la "falla probada en el servicio" (Ruíz Orjuela, 2016)<sup>11</sup>, es decir, podrá garantizar el cumplimiento de la responsabilidad jurídica del Estado de cara a la vulneración de un derecho fundamental.

<sup>9</sup> Artículo 90: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste" (Constitución Política de Colombia, 1991).

<sup>10</sup> Referente al régimen de falla probada del servicio, se sugiere consultar la Sentencia 15772 (2006).

<sup>11</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 7 de abril de 2011, exp. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750), CP: Mauricio Fajardo Gómez, citando a Ruíz Orjuela, 2016. "Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se

Empero, será el órgano judicial quien, en el ejercicio de sus funciones, determine en derecho la particularidad de cada recurso que verse, en este caso, sobre la materia de salud mental que haya dado lugar en medio de la COVID-19 durante el confinamiento obligatorio y posterior a este.

## 2.2. Mecanismos jurídicos para la protección de la salud la ex ante declaratoria de emergencia sanitaria por la COVID-19

A la sazón de garantizar la salvaguarda del derecho a la salud dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se tienen contemplados mecanismos jurídicos que garantizan el acceso a la protección del derecho fundamental a la salud. Este derecho es considerado autónomo en lo individual y lo colectivo (Ley 1751, 2015), donde la salud deja de ser un derecho prestacional para convertirse en un derecho fundamental. En palabras de Luis Guillermo Guerrero Pérez (2015):

La salud tiene dos facetas distintas, que se encuentran estrechamente ligadas: por una parte, se trata de un servicio público vigilado por el Estado; mientras que, por la otra, se configura en un derecho que ha sido reconocido por el legislador estatutario como fundamental. (p.1)

Cabe resaltar que parte del origen de esta ley se encuentra en la jurisprudencia. En reiteradas ocasiones, la Corte Constitucional siempre consideró la salud como un derecho fundamental, con garantía de acceso y oportuna atención para todos los colombianos.

La creación de la Constitución del 91 trajo consigo una serie de implicaciones jurídicas, sociales y económicas. Se podría decir que el suceso más trascendental en la historia de nuestro ordenamiento jurídico ha sido pasar de un Estado de derecho a un Estado social de derecho donde se estableció priorizar al individuo y garantizar la aplicabilidad de las normas sin trasgredir derechos sociales de bienestar, denominados en nuestra Constitución como derechos fundamentales. En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta el tema que nos atañe, la tutela es el mecanismo constitucional utilizado excepcionalmente cuando hay una vulneración clara al derecho a la salud y no se cuenta con otro mecanismo judicial eficaz e idóneo para la protección del derecho invocado. De acuerdo con el principio de subsidiariedad de procedencia, la tutela tiene como finalidad evitar un perjuicio irremediable.

Al abordar el tema de la salud en nuestro país, encontramos que, en términos generales, la acción constitucional más utilizada para la salvaguarda de este derecho es la tutela. Entre enero de 2019 y marzo de 2020 en todo el territorio nacional se presentaron "726.889 tutelas, de las cuales 240.821 obedecen a la vulneración del derecho a la salud" (Corte Constitucional, 2020). Esto quiere decir que más del 30 % de las tutelas presentadas

---

da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía" (Ruíz Orjuela, 2016).

pretende la salvaguarda del derecho fundamental a la salud. No fue posible determinar cuántas tutelas son presentadas a causa de enfermedades mentales, ya que el derecho a la salud es tutelado integralmente sin distinción patológica. Todo esto se hace a luz del principio de integralidad en la prestación de los servicios en la salud mental que dice que los "servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador" (Ley 1751, 2015). Sin embargo, la tutela no es el único mecanismo con el que cuenta el paciente para hacer efectiva la protección de sus derechos. Existen otras acciones jurisdiccionales que permiten el acceso a la administración de justicia para la salvaguarda de su derecho a la salud, pero que por la naturaleza de su trámite suele durar mucho tiempo en dar resolución de fondo al conflicto. Precisamente por esa demora, se acude a la tutela como "mecanismo transitorio que permite evitar un perjuicio irremediable" (Decreto 2591, 1991). Para el caso de las enfermedades mentales un perjuicio irremediable podría ser el suicidio, homicidio, daño a la integridad de las personas que los rodean, entre otros.

Cuando hacemos referencia a pacientes con enfermedades mentales que, por su condición médica, su capacidad de conciencia es limitada o relativa, el Decreto 2591 (1991) establece la posibilidad de presentar la acción de tutela por "quien actué a su nombre". En este sentido, el decreto señala que acción de tutela se puede presentar: "i) por sí misma o a través de apoderado; ii) por medio de agente oficioso, cuando el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa; iii) por actuación del Ministerio Público" (Decreto 259, de 1991). Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el agente oficioso<sup>12</sup> puede iniciar la actuación ante el juez constitucional para que este, basado en las pruebas aportadas dentro de la tutela y haciendo uso de las reglas de la experiencia, la sana crítica y la ley, ordene la efectiva protección del derecho a la salud del paciente, cualquiera que sea la situación de acción u omisión que se presente por parte de la entidad prestadora de salud.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la sola presentación de la tutela no garantiza la protección efectiva del derecho que se pretende tutelar; el juez puede emitir

<sup>12</sup> Con respecto a la agencia oficiosa, la Sentencia T-096 (2016) estableció lo siguiente: "Según la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración de la agencia oficiosa se requiere fundamentalmente que el agente manifieste actuar en esa calidad y, por otro lado, que el titular de los derechos presuntamente conculcados no esté en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa. Dicha manifestación, en todo caso, puede ser explícita o inferida de la demanda de tutela, lo que quiere decir que la exigencia se cumple bien sea porque el agente afirme desempeñarse en cuanto tal o porque los hechos puestos de presente o las pruebas revelen que es a través de ese mecanismo que se quiso dirigir la acción. Y, de otra parte, la imposibilidad del titular de los derechos supuestamente lesionados puede ser físico, mental o derivado de circunstancias socioeconómicas, tales como el aislamiento geográfico, la situación de especial marginación o las circunstancias de indefensión en que se encuentre el representado, de ahí que la verificación de que el agenciado no le era razonablemente posible reclamar la protección de sus derechos dependa siempre de la apreciación de los elementos del caso" (Sentencia T-096/16, 2016).

un fallo adverso a las pretensiones o conceder parcialmente lo pedido. Esta sentencia emitida por el juez constitucional es objeto de impugnación por parte del accionante o el accionado (Decreto 2591, 1991, arts. 31-32). Cualquiera de los dos partes puede considerar que la decisión del juez es injusta o quebranta sus derechos.

Con respecto a lo señalado anteriormente, quedan cortos al no mencionar las medidas provisionales para proteger un derecho que pueden solicitarse en una acción de tutela (Decreto 2591, 1991, art. 7). Estas medidas son las que, en definitiva, hacen que la tutela resulte eficaz y oportuna en buena medida, puesto que nos garantizan de manera inmediata la protección al derecho invocado. El juez constitucional está facultado para decretar estas medidas de manera oficiosa. Asimismo, estas medidas provisionales podrán solicitarse a petición de parte (Decreto 2591, 1991).

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud, regida por la Ley 1122 (2007), busca garantizar un efectivo funcionamiento del servicio de salud en Colombia. Entre enero y diciembre de 2018 se recibieron y se tramitaron 588.244 peticiones, quejas y reclamos (PQR). Este mecanismo, al igual que la tutela, es de fácil acceso y puede ser utilizado por cualquier persona que considere vulnerado el derecho a la salud, es decir, no se necesita de apoderado judicial para su acceso. La Superintendencia Nacional de Salud ha dispuesto una serie de mecanismos con las TIC para la presentación de PQRD (peticiones, quejas, reclamaciones y denuncias), aparte de las seis oficinas regionales con las que cuenta. Su procedimiento está regulado por el código contencioso administrativo, título II, capítulo I (Ley 1437, 2011). Principalmente nos centraremos en el literal (a) del artículo 41 de la Ley 1122 (2007) puesto que versa sobre:

la cobertura, las actividades e intervenciones del POS<sup>13</sup> cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, pongan en riesgo o amenace la salud del usuario.

Al igual que la acción de tutela, esta acción jurisdiccional busca proteger el derecho a la salud y evitar un riesgo mayor que pueda poner en peligro la vida del usuario del sistema de salud.

### 2.3. Mecanismos jurídicos para la protección de la salud durante la declaratoria de emergencia sanitaria por la COVID-19

A razón de la declaratoria de emergencia sanitaria proferida por el Ministerio de Salud nacional en la Resolución 385 (2020), se tienen cuenta la alta propagación de la COVID-19. Esta emergencia está generando perjuicios económicos y sociales que llevaron al presidente de la República a proferir el Decreto 417 (2020) que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio colombiano, con fundamento legal en el artículo 215 constitucional (Constitución Política, 1991).

<sup>13</sup> POS: Plan Obligatorio de Salud.

En la búsqueda del bienestar de todos los asociados del Estado Colombiano, se prohibió la libre circulación por el territorio nacional, donde los ciudadanos salvo algunas excepciones permanecerán confinados obligatoriamente hasta que se levante la restricción.

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando la Resolución 385 (2020) sobre la declaratoria de la emergencia sanitaria, El Consejo Superior de la Judicatura ordenó, mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 (2020), la suspensión de los términos judiciales, salvo algunos casos. Esta medida no aplicará para "los despachos penales de control de garantías, ni para los jueces de conocimiento penal, que tengan pendiente audiencias con personas privadas de la libertad" (Consejo Superior de la Judicatura, 2020)<sup>14</sup>. En este sentido, las acciones de tutela se tramitarán de manera virtual.

El Decreto 417 (2020) establece el confinamiento preventivo obligatorio y las excepciones a este. No se encuentran exceptos los operadores judiciales y empleados de la rama judicial. Por consiguiente, el consejo superior de la judicatura ha prorrogado la orden de suspensión de los términos judiciales, conservando lo establecido en el Acuerdo PCSJA20-11517 (2020).

Como consecuencia, se encuentra que, dada la necesidad del acceso oportuno a la administración de justicia por parte de los colombianos, las acciones de tutela durante la pandemia serán presentadas y tramitadas digitalmente, vía correo electrónico, con el fin de garantizar la tutela efectiva de derechos invocados en la acción. Este hecho, además, indica un avance hacia la función jurídica digital. Sin embargo, no es posible determinar cuántas tutelas se han presentado de manera digital, pues no se pudo establecer hallazgo alguno que diera cuenta de la información recabada; a la fecha no existen datos consolidados en la rama judicial o en investigación científica.

La Superintendencia de Salud, dando cumplimiento al Decreto 457 (2020), no ha cesado sus funciones jurisdiccionales durante el confinamiento, dado que "sigue atendiendo peticiones, quejas, reclamos y denuncias (PQRD), a través de su página web y línea telefónica de atención" (Superintendencia de Salud, 2020).

Sin embargo, se tienen en cuenta la Ley 1616 (2013) donde se consagran disposiciones para garantizar el pleno derecho a la salud mental en Colombia y la Resolución 4886 (2018) por medio de la cual se adopta el desarrollo de la política pública de la salud mental. El Ministerio de Salud y Protección Social (2020), en la circular externa<sup>15</sup> 000026 del 22 de abril —dirigida a los entes territoriales, a las empresas promotoras de salud de ambos regímenes, entidades que administran planes adicionales de salud, entidades adaptadas de salud, administradoras de riesgos laborales en sus actividades

---

<sup>14</sup> Las audiencias penales, para personas privadas de la libertad, durante el confinamiento preventivo obligatorio se realizarán de manera virtual.

<sup>15</sup> Circular externa: documento escrito, que tiene como finalidad poner en conocimiento público una orden o información.

de salud, entidades pertenecientes a los regímenes especial y de excepción de salud y prestadores de servicios de salud— establece unas instrucciones para la promoción de la convivencia y el cuidado de la salud mental durante la emergencia sanitaria por la COVID-19. En esta circular se fundamenta el riesgo que implica vivir aislado socialmente para evitar el contagio, padecer COVID-19 y tener que aislarse:

por lo que tanto la cuarentena como el aislamiento requieren atención especial de salud mental en cualquier brote de enfermedad infecciosa ya que puede generar trastornos mentales como depresión, ansiedad, consumo de sustancias psicoactivas y exacerbación de trastornos y problemas mentales preexistentes. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020)

Esta circular ordena una serie de actividades encaminadas a la preservación y cuidado de la salud mental. Asimismo, le ordena a las Entidades prestadoras de salud (EPS) y a las secretarías de salud de orden departamental y distrital acatar unas medidas en pro de mitigar el impacto nocivo a la salud mental producido por el aislamiento. Las EPS y a los entes territoriales deben concertar mecanismos que ayuden a la prevención de enfermedades mentales durante la pandemia. También les ordena a los entes territoriales poner en conocimiento de la población líneas telefónicas que brinden información y orientación en salud mental, así como posibilitar que estas líneas se habiliten para brindar acompañamiento y reducir el estrés generado por el brote de la COVID-19.

### **3. PROSPECTIVA DE LA SALUD MENTAL DE CARA A LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO**

#### **3.1. La salud mental, una necesidad a nivel mundial**

La salud mental es entendida como el estado de bienestar donde el sujeto conoce sus capacidades y tiene “los mecanismos para hacer frente a las tensiones normales de la vida, siendo productivo y aportando a la sociedad” (OMS, 2013). Requiere de esfuerzos constantes que permitan su promoción, prevención y transformación, de forma tal que los sujetos puedan vivir en plenitud. La salud mental hace referencia al bienestar psíquico, social y emocional que incide de manera directa en la forma en que nos comportamos, sentimos y pensamos.

La salud mental implica un abordaje que se extiende a las diversas etapas del desarrollo humano. De igual forma, “implica la relación del sujeto en los diversos espacios en los que se desenvuelve” (Muñoz y Gutiérrez, 2011; Muñoz y Otálvaro, 2012; Muñoz y Otálvaro, 2014). El bienestar mental hace parte de “los componentes fundamentales de la salud, de modo tal que la buena salud mental posibilita a las personas la materialización de sus potenciales, superando el estrés normal de vida y siendo productivos” (OMS, 2013). En este sentido, la salud mental se convierte en un elemento fundamental para el desarrollo de un país. Por tal razón, la legislación de un Estado debe promover recursos legales para su promoción.

La OMS (2013) diseñó el plan de acción integral de la salud mental a través de consultas con los Estados miembros, la sociedad civil y los asociados internacionales desde una visión integral y multisectorial, con un visión de atención a la promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación, atención y recuperación. Los diferentes trastornos mentales abarcan características individuales, como la capacidad de gestión de las propias emociones, pensamientos y comportamientos; características sociales, culturales, económicos, políticos y ambientales, como son las políticas públicas, las condiciones vitales, la protección social, las situaciones laborales y los desarrollos comunitarios.

Los sujetos con trastornos mentales son altamente propensos a la discapacidad y la mortalidad. Según la OMS (2013), en el plan de acción en el tema de la salud mental presentan datos de una notable relevancia que se agudizan en épocas de pandemia. Los casos reportados con esquizofrenia y depresión mayor son trastornos con una probabilidad de muerte prematura, con problemas de salud física y con el suicidio que oscila entre el 40 % y el 60 % en relación con la población que no padecen dichos trastornos. De igual manera, los reportes de la OMS ponen el suicidio como la segunda causa de pérdida de la vida en jóvenes. El padecimiento de estos trastornos mentales influye en el desarrollo de otras patologías como predisposición de infarto, cáncer o consumo de sustancias psicoactivas. De esta forma, los datos arrojan que el 13 % de la mortalidad mundial es por problemas neurológicos y trastornos mentales. Desde esta preocupación de la salud mental mencionada por la OMS, el Estado colombiano promulgó en el año 2016 la ley de salud mental con el objeto de garantizar el ejercicio pleno del derecho a la salud mental a la población colombiana, procurando dar respuesta a la realidad epidemiológica.

### 3.2 Aspectos epidemiológicos de los trastornos mentales en Colombia

En Colombia, la *Encuesta nacional de salud mental 2015* (Ministerio de Salud y Protección Social, 2015) nos presenta la depresión y la ansiedad como los principales trastornos mentales encontrados en la investigación realizada a 15.351 hogares del país. La población infantil fue incluida por primera vez en un estudio nacional de salud mental (siete y once años). En este se mostró que el 4,7 % posee alguna enfermedad psicológica. Los trastornos con mayor prevalencia en los niños son el déficit de atención, la ansiedad por separación y la ansiedad generalizada.

La encuesta arrojó como resultado que el 44,7 % de la población infantil necesita una evaluación formal para descartar posibles trastornos por parte de profesionales de la salud mental. El 27,6 % de los niños encuestados presenta un síntoma, el 10,5 % presenta al menos dos síntomas y el 6,6 % presenta tres o más síntomas de algún problema mental. Las manifestaciones sintomáticas más comunes son el lenguaje anormal, ponerse nervioso sin razón, dolores de cabeza recurrentes, problemas de

aprendizajes y poco juego con otros niños. De la población infantil total encuestada, el 11,7 % ha presenciado algún evento traumático. De estos, el 46,8 % reporta al menos un síntoma de estrés postraumático. El 27,4 % vive únicamente con la figura materna, el 50 % con los dos padres y el 12,4 % no vive con ninguno de los padres.

La población adolescente (doce y diecisiete años) se presenta como la población con mayores problemas de orden mental. El 12,2 % sufre algún trastorno relacionado con comportamientos de riesgo, mientras que el 9,1 % presenta trastornos de tipo alimenticio, y el 5,2 % presenta trastorno por consumo de alcohol. De la misma manera, el informe reveló que en el último año, uno de cada veinticinco adolescentes han sufrido de algún trastorno mental (4 %). El 13 % de los encuestados manifestó poseer entre tres o cuatro síntomas relacionados con la ansiedad y el 16 %, al menos cuatro relacionados con la depresión.

Por otro lado, la población juvenil presentó una prevalencia del 7,2 % en trastornos de orden mental. Así, el 29,3 % ha estado frente a situaciones y experiencias traumáticas, considerando que el 88,1 % de estos eventos causaron algún tipo de trauma mental. Los síntomas más comunes en este caso son recuerdos intrusivos y evitar pensar o hablar del tema.

En la población adulta los problemas mentales más recurrentes son la ansiedad, la depresión y la psicosis. El 9,6 % posee una enfermedad de tipo mental. Uno de cada cinco adultos con enfermedad mental posee criterios para dos o más de estos en toda la vida, y en el último año el 15 %.

De esta forma, la encuesta de salud mental pone unas conclusiones y retos puntuales. Por un lado, las mujeres resultan ser las más afectadas en todas las poblaciones. Existe una baja cantidad de personas que se acercan y acceden a servicios para enfrentar los problemas mentales. De igual manera, el acceso al sistema de salud es muy complejo en algunas zonas, por lo que se necesitan equipos más fuertes con la presencia de psiquiatras, psicólogos y trabajadores sociales. Se requiere de un sistema de prevención, pues cinco de cada cien adolescentes pueden llegar a sufrir un trastorno. De igual manera, la encuesta puso en evidencia la necesidad general de poner énfasis en la prevención, de modo que los problemas mentales no se conviertan en trastornos. Asimismo, se requiere que el acceso al sistema de salud en salud mental sea más oportuno.

### 3.3. La salud mental en época de pandemia

Las pandemias son emergencias sanitarias con un enorme impacto en las familias, en las que se encuentra en riesgo la vida de gran cantidad de personas. El miedo a ser contagiado agrava la situación, porque se ve amenazada la seguridad y el funcionamiento cotidiano de las familias. De esta manera, el impacto psicosocial puede exceder la capacidad de manejo de la población afectada. Así, puede existir un incremento de

trastornos mentales y manifestaciones emocionales, de acuerdo con las condiciones de vulnerabilidad de las familias.

El impacto que pueda tener una pandemia en la salud mental es más marcado en "poblaciones con condiciones precarias, como falta de recursos económicos, carencia de acceso a los servicios sociales y de salud" (Huarcaya-Victoria, 2020; Inchausti, 2020; Johnson, 2020). Asimismo, dentro de estas poblaciones existen grupos poblacionales con mayores dificultades como: "los niños, las personas con algún trastorno psicológico previo, las personas con discapacidad, las mujeres cabeza de familia entre otras" (Cifuentes, 2019).

La planificación en intervención psicosocial debe abordar una mirada amplia en cuanto a ayuda humanitaria, "en consejería a la población y grupos de riesgo y comunicación de riesgo" (Pérez-Sales, 2003). Después de una catástrofe como la pandemia, los problemas de salud mental requieren atención inmediata y prolongada para reconstruir sus vidas. Esta atención está dada desde tres momentos claves: el antes, el durante y el después.

Las consecuencias durante el desarrollo de la pandemia y posterior a ella a nivel de salud mental, es una situación que el Estado debe tener presente en el desarrollo de sus políticas públicas, puesto que el aislamiento, el afianzamiento de la pobreza, las dificultades a nivel familiar, los trastornos mentales de base, entre muchos otros factores, afectará notablemente a la población. De esta manera, las políticas públicas no deben de ir orientadas solo a la salud física, sino también a fortalecer la salud mental. La garantía al bienestar mental será esencial para la superación de esta situación a nivel de país.

## **CONCLUSIONES**

Teniendo en cuenta el desarrollo investigativo llevado a cabo en este artículo, se puede concluir, en primer lugar, que en materia legislativa se evidencia una significativa suficiencia a nivel internacional y nacional con respecto a la salud mental, lo cual permite destacar su importancia en la agenda internacional y nacional. Asimismo, se puede establecer una patente posibilidad en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano ante la eventual violación normativa, ya sea por acción o por omisión, de cara a la aplicabilidad en materia de salud mental como derecho fundamental. Finalmente, se puede constatar que existe un destacado número de creación de leyes y positivización de temas internacionales relacionados con el tema objeto de estudio.

En segundo lugar, en consideración del aspecto jurídico, se determina que tanto la Constitución Política colombiana como las leyes, decretos, resoluciones y circulares de la administración pública, responden en debida forma a los principios y normas de los derechos humanos y del derecho internacional, así como a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud en lo referido a salud mental. Empero, se evidencia

la falta de una adecuada operatividad y acceso al sistema de salud colombiano, así como la carestía de protocolos de atención en salud mental en época de pandemia. Además, es escasa la legislación, a nivel específico, en aras de contemplar medidas de protección para personas con trastornos mentales, como ansiedad y depresión.

Finalmente, se pudo constatar que si bien es cierto que en Colombia existen mecanismos jurídicos constitucionales y jurisdiccionales que dan cuenta del compromiso estatal por salvaguardar el derecho fundamental de la salud mental, sumado a una política pública, también es cierto que es imperativa una reingeniería de esta política pública. En época de pandemia, es evidente un incremento de trastornos mentales ocasionados por el confinamiento obligatorio, y no se tiene celeridad en la atención clínica. Ahora bien, en procura de la reingeniería aquí planteada, el Estado colombiano, en cabeza de la rama judicial, ha hecho uso de las TIC con el propósito de tramitar aquellas acciones jurídicas fundamentales, contenidas en la Constitución y la ley, tales como la recepción de tutelas y PQRD [presentas ante la Superintendencia de Salud y Protección Social]. Sin embargo, en medio de la pandemia que se vive, ese uso de las TIC no se da en la totalidad de sus dimensiones, en virtud de la ausencia de implementación integral de la función jurídica digital en condición de normalidad en el Estado, esto es, como necesidad manifiesta para la atención de esta población vulnerable.

## REFERENCIAS

- Alessandri, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Imprenta Universal.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de estudios constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución Política de Colombia*. Gaceta Constitucional 116. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Atienza, M. (2007). *Introducción al derecho: tras la justicia*. Fontamara.
- Cifuentes, J. (2019). *Estudios iniciales para el voluntariado atención psicosocial en gestión integral para la reducción de riesgo de desastre* [tesis de pregrado, Universidad de San Carlos de Guatemala]. Repositorio del Sistema Bibliotecario. Universidad de San Carlos de Guatemala. <http://www.repositorio.usac.edu.gt/12970/>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* E/C.12/2000/4, *Observación General* 14. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>
- Conferencia Internacional Americana. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. [https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf)
- Congreso de la República de Colombia. (1993, 23 de diciembre). *Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º.41148. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

- Congreso de la República de Colombia. (2013, 21 de enero). *Ley 1616 de 2013. Por medio de la cual se expide la Ley de salud mental y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial n.º.48.680. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/ley-1616-del-21-de-enero-2013.pdf>
- Congreso de la República. (2001, 21 de diciembre). Ley 715 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Diario Oficial n.º. 44.654. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0715\\_2001.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html)
- Congreso de la República. (2007, 9 de enero). Ley 1122 Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n.º. 46.506. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1122\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html)
- Congreso de la República (2011, 18 de enero). Ley 1437. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial n.º. 47.956. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)
- Congreso de la República. (2011, 19 de enero). Ley 1438 Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial n.º. 47.957. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1438\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html)
- Congreso de la República. (2015, 16 de febrero). Ley 1751. Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 49.427. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1751\\_2015.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html)
- Consejo de Estado. (2006, 31 agosto) Sentencia 15772 (Ruth Stella Correa. C.P.). [http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol\\_0c3bd8e669a148439b5132372df6b810](http://legal.legis.com.co/document?obra=jurcol&document=jurcol_0c3bd8e669a148439b5132372df6b810)
- Consejo de Europa. (1950). *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#Notas>
- Consejo de Europa. (1987). *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes*. <https://rm.coe.int/16806dbaa4>
- Consejo de Europa. (1996a). *Carta Social Europea (revisada)*. <https://rm.coe.int/168047e013>
- Consejo de Europa. (1996b). *Convenio de Oviedo*. [https://www.hospitalsantjoan.cat/wp-content/uploads/2018/07/Convenio\\_Oviedo1997.pdf](https://www.hospitalsantjoan.cat/wp-content/uploads/2018/07/Convenio_Oviedo1997.pdf)
- Consejo Superior de la Judicatura. (2020, 15 de marzo). *Acuerdo PCSJA20-11517*.
- Corte Constitucional. (1995, 17 de enero). Sentencia T-013 (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-013-95.htm#:~:text=T%2D013%2D95%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20salud,%2C%20esencialmente%2C%20un%20derecho%20fundamental.>
- Corte Constitucional. (2008, 31 de julio). Sentencia T-760. (Manuel José Cepeda Espinosa, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>
- Corte Constitucional. (2015, 15 de julio). Sentencia T-121/15. (Luis Guillermo Guerrero Pérez). <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-121-15.htm#:~:text=La%20salud%20tiene%20dos%20facetas,se%20predica%2C%20entre%20otras%2C%20su>

- Corte Constitucional. (2016,15 de julio). Sentencia T-096 (Luis Ernesto Vargas Silva M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-096-16.htm>
- Corte Constitucional (2020) Estadísticas Corte Constitucional. Página 3. <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Held, D. (2009). ¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política. Ecuador: Globalización y Derecho, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos.
- Huarcaya-Victoria, J. (2020). Consideraciones sobre la salud mental en la pandemia de COVID-19. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(2). <https://rpmesp.ins.gob.pe/index.php/rpmesp/article/view/5419>
- Inchausti, F., García Poveda, N. V., Prado Abril, J., & Sánchez Reales, S. (2020). La psicología clínica ante la pandemia COVID-19 en España. *Clínica y Salud*, 31(2), 105-107. [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1130-52742020000200006](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1130-52742020000200006)
- Irisarri, C. (2000). *El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana.
- Johnson, M. C., Saletti-Cuesta, L., & Tumas, N. (2020). Emociones, preocupaciones y reflexiones frente a la pandemia del COVID-19 en Argentina. *Ciência & Saúde Coletiva*, 25, 2447-2456. <https://www.scielo.org/article/csc/2020.v25suppl1/2447-2456/es/>
- Keohane, R. O. y Nye, J. S. (1977). *Power and Interdependence: World Politics in Transition*. Little Brown and Co.
- Mansbach, R. W., Ferguson, Y. H. y Lampert, D. E. (1976). *The web of world politics: nonstate actors in the global system*. Prentice Hall.
- Maya, E. (2008). El derecho a la salud en la perspectiva de los derechos humanos y del sistema de inspección, vigilancia y control de quejas en materia de salud. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 37(4). [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-74502008000400003](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502008000400003)
- Mazeaud, H., Mazeaud, L., y Mazeaud, J. (1960). *Lecciones de Derecho Civil. Parte segunda* (Vol. II). Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ministerio de Salud Nacional. (2013, 27 de diciembre). Resolución 5521. Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el plan obligatorio de salud (POS). Diario oficial n.º. 49.019. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5521-de-2013.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2018, 7 noviembre). Resolución 4886 por la cual se adopta la política nacional de salud mental. Diario Oficial n.º. 50.770. [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%204886%20de%202018.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%204886%20de%202018.pdf)
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2014, 11 de abril). Resolución 1281. Por la cual se definen lineamientos para integrar la información generada por el Observatorio Nacional de Salud. Diario Oficial n.º. 49.125. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Resolucion-1281-de-2014.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). *Encuesta Nacional de Salud Mental*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/presentacion-encuesta-nacional-salud-mental-2015.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Política nacional de prestación de servicios de salud*.

- Ministerio de Salud y Protección Social. (2016). *Resolución 429 de 2016*.
- Ministerio de Salud Nacional. (2020, 12 de marzo). Resolución 385. por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus. Diario Oficial n.º. 51.284. <https://safetya.co/normatividad/resolucion-385-de-2020/>
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2020, 22 de abril). *Circular 000026*.
- Ministerio del Interior de Colombia. (2020). *Derechos Fundamentales*. <https://www.mininterior.gov.co/derechos-fundamentales>
- Ministerio del Interior de la República de Colombia. (2020, 21 marzo) Decreto 457 Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público. Diario Oficial n.º. 51.264. [https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/decreto\\_47\\_de\\_2020.pdf](https://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/decreto_47_de_2020.pdf)
- Movimiento Nacional por la Seguridad Social. (2013). *La salud al derecho*. Editorial Universidad de Antioquia.
- Muñoz, C. F. M., & Gutiérrez, D. C. P. (2011). Relación entre las Estrategias de afrontamiento y el Síndrome de Burnout en docentes de básica primaria y secundaria Pertenecientes a una institución educativa privada del municipio de Cartago (Colombia). *Psicogente*, 14(26), 389-402. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6113744>
- Muñoz, C. F. M., & Otálvaro, C. M. C. (2012). Burnout docente y estrategias de afrontamiento en docentes de primaria y secundaria. *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, 3(2), 226-242. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5123799>
- Muñoz, C. F. M., & Otálvaro, C. M. C. (2014). El papel del docente reflexivo como estrategia del síndrome de Burnout en relación con las prácticas educativas. *Hallazgos*, 11(22), 385-401. <https://www.redalyc.org/pdf/4138/413834075019.pdf>
- Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1984). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Obtenido de Naciones Unidas, Derecho Humanos, Oficina del Alto Comisionado: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>
- Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>
- Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*.
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>
- Naciones Unidas. (1991). *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1\\_Universales/B%e1sicos/4\\_Derechos\\_PPL/1145\\_Ppios\\_protecci%f3n\\_enfermos\\_mentales.pdf](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%e1sicos/4_Derechos_PPL/1145_Ppios_protecci%f3n_enfermos_mentales.pdf)

- Organización de Estados Americanos. (1978). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. [https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_americana\\_derechos\\_humanos.html](https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_americana_derechos_humanos.html)
- Organización de Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- Organización de Estados Americanos. (1999). *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. <http://www.dpp.cl/resources/upload/b66cf3c7553cc3bf9aae1cb1b52d8d99.pdf>
- Organización de la Unidad Africana. (1981). *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>
- Organización Mundial de la Salud. (2006). *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación*. Ediciones de la OMS.
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Plan de acción sobre salud mental 2013-2020*. [https://www.who.int/mental\\_health/publications/action\\_plan/es/](https://www.who.int/mental_health/publications/action_plan/es/)
- Pérez-Sales, P. (2003). Intervención en catástrofes desde un enfoque psicosocial y comunitario. *Átopos*, 5-18. <http://www.pauperez.cat/es/tematico/articulos/trabajo-psicosocial-y-comunitario/intervencion-en-catastrofes-desde-un-enfoque-psicosocial-y-comunitario-2/>
- Posada, J. A. (2013). La salud mental en Colombia. *Biomédica*, 33(4). <http://www.scielo.org.co/pdf/bio/v33n4/v33n4a01.pdf>
- Presidente de la República. (1991, 19 de noviembre) Decreto 2591. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial n.º. 40.165. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto\\_2591\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html)
- Presidente de la República. (2007, 10 de agosto). Decreto 3039 por el cual se adopta el plan nacional de salud pública 2007 – 2010. Diario oficial n.º. 46.716. [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/DECRETO%203039%20DE%202007.PDF](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/DECRETO%203039%20DE%202007.PDF)
- Presidente de la República. (2020, 17 de marzo). Decreto 417. Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional. Diario oficial CLVI 51259. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30038962>
- Presidente de la Republica. (2020, 6 de abril) Decreto 538. Por el cual se modifican y adicionan artículos de la Sección 2 del Capítulo 13 Título 1 Parte 6 Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria. Diario Oficial CLV 51279 <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20538%20DEL%2012%20DE%20ABRIL%20DE%202020.pdf>
- Ruíz Orjuela, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Ecoe Ediciones.
- Sampieri, R. H., Collado, C. F., & Lucio, P. B. (2006). *Metodología de la investigación*. (M. Smith, Ed.) Chile: MacGraw-Hill.
- Superintendencia de Salud (2020). *Atención al Ciudadano*. Super Salud. <https://www.supersalud.gov.co/es-co/#>