

**VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ
CON RESPECTO A LA SENTENCIA DE LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN EL CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL,
DICTADA EL 4 DE JULIO DE 2006**

1. DERECHOS GENERALES Y ESPECIALES

1. En el espacio de su jurisprudencia, cada vez más abundante y comprensiva, la Corte Interamericana se ha ocupado en el examen y la precisión de los derechos y libertades de individuos y miembros de grupos, conjuntos o comunidades, así como en las correspondientes obligaciones y funciones del Estado en determinadas hipótesis específicas. La referencia a estas últimas ha contribuido a enriquecer apreciablemente la jurisprudencia de la Corte al servicio de los derechos de las personas en el marco de su realidad estricta, que incluye diversas circunstancias y múltiples necesidades y expectativas.

2. Los derechos y las garantías universales, que tienen carácter básico y han sido "pensados" para la generalidad de las personas, deben ser complementados, afinados, precisados con derechos y garantías que operan frente a individuos pertenecientes a grupos, sectores o comunidades específicos, esto es, que adquieren sentido para la particularidad de algunas o muchas personas, pero no todas. Esto permite ver, tras el diseño genérico del ser humano, miembro de una sociedad uniforme --que puede alzarse en la abstracción, a partir de sujetos homogéneos-- el "caso" o los "casos" de seres humanos de carne y hueso, con perfil característico y exigencias diferenciadas.

3. Ciertamente es tarea del Estado --y esto se halla en su origen y justificación-- preservar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción, concepto de amplio alcance, que por supuesto trasciende las connotaciones territoriales, observando para ello las conductas activas u omisivas que mejor correspondan a esa tutela para favorecer el goce y ejercicio de los derechos. En este sentido, el Estado debe evitar escrupulosamente la desigualdad y la discriminación y proveer el amparo universal de las personas que se hallan bajo su jurisdicción, sin miramiento hacia condiciones individuales o grupales que pudieran sustraerlos de la protección general o imponerles --de *jure* o de *facto*-- gravámenes adicionales o desprotecciones específicas.

2. MEDIOS DE COMPENSACIÓN

4. Ahora bien, es igualmente cierto que incumbe al Estado, cuando la desigualdad de hecho coloca al titular de derechos en situación difícil --que pudiera conducir al absoluto inejercicio de los derechos y las libertades--, proveer los medios de corrección, igualación, compensación o equilibrio que permitan al sujeto acceder a tales derechos, así sea en condiciones relativas, condicionadas e imperfectas, que la tutela del Estado procura aliviar. Esos medios son otras tantas "protecciones" razonables, pertinentes, eficientes, que se dirigen a ensanchar las oportunidades y mejorar el destino, justamente para alcanzar la expansión natural de la persona, no para reducirla o evitarla so pretexto de asistencia y protección.

5. Los factores de (ventaja o) desventaja son muy numerosos. Algunos provienen de condiciones propias del sujeto --la salud, la edad o el sexo, entre ellas--; otras, de circunstancias sociales --la condición de indígena, extranjero, detenido, por ejemplo. Es obligación del Estado, explayada en tratados y convenciones de diverso signo, salir al paso de estas desigualdades, segar la fuente de las discriminaciones y acompañar con eficacia --de la "cuna a la tumba", si es necesario, como rezaba la divisa del Estado de bienestar-- el accidentado curso de la existencia, procurando prevenir, moderar y remediar sus contingencias.

3. ESTADO "GARANTE"

6. Con respecto a estas cuestiones se analiza el papel de garante que corresponde al poder público. Dispone el artículo 1 de la Convención Americana que el Estado debe (reconocer), respetar y garantizar los derechos y libertades consagrados en el Pacto de San José. Y sostiene el artículo 2 que aquél debe, por lo mismo, remover los obstáculos que se oponen al curso de esas facultades y adoptar medidas de diverso género para ponerlas efectivamente al alcance de todas las personas.

7. En tal virtud, el ejercicio de unos poderes que constituyen la jurisdicción del Estado bajo el que se coloca el individuo --a título de nacional, ciudadano, residente, refugiado, etcétera-- llevan a establecer la calidad de garante que el propio Estado tiene frente a las personas sobre las que ejerce esa jurisdicción, fijar el alcance y las características del cuidado y la protección específicos que esa calidad entraña y que debe ser examinada frente a las posibilidades reales de autoridad y protección.

8. Quien actúa como garante de algo o de alguien, es decir, quien asume la función de garantizar la protección de ciertos bienes a favor de determinadas personas, adquiere el deber de brindar cuidados a esos bienes y personas, compatibles con la tarea que asume, proveniente de la ley, de un acuerdo de voluntades o de otras fuentes del deber de garantía. El Estado es garante, en general, de quienes se hallan bajo su jurisdicción. El deber de cuidado que le compete transita, conforme a las circunstancias, por las más diversas situaciones: desde la garantía general de paz y seguridad, hasta el preciso deber de cuidado que le concierne en el manejo de servicios públicos de primer orden y la atención a sujetos que no pueden valerse por sí mismos o tienen severamente limitada su capacidad de hacerlo. El deber de cuidado del Estado garante varía, pues, en calidad e intensidad, conforme a las características del bien garantizado y de los titulares de ese bien. En este orden, difícilmente podría haber mayor exigencia que la que se presenta en la prestación de servicios médicos, materia de la sentencia a la que agrego este *Voto*.

9. El Estado actúa como garante de los derechos y libertades de quien se halla bajo su jurisdicción porque así lo disponen las normas fundamentales internas --señaladamente, la Constitución Política-- y así lo resuelven las disposiciones internacionales que acogen derechos humanos. Ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones. La función garantista del Estado, que se abrió paso a través de los derechos de primera generación y su consecuente observancia por el Estado --regularmente una observancia negativa--, avanzó un inmenso trecho por medio de los derechos de segunda generación que trajeron consigo la exigencia de promociones y prestaciones públicas.

4. AUTONOMÍA PERSONAL

10. Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía --que es prenda de madurez y condición de libertad-- e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones.

5. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE PROTECCIÓN

11. Por otra parte, bajo una perspectiva especial, el Estado asume obligaciones particulares, características --que se identifican con garantías sectoriales, específicas o individuales, al lado de las universales o genéricas antes mencionadas-- en relación con determinados grupos de personas --o mejor dicho, con personas integrantes de ciertos grupos identificados conforme a hipótesis de vida, necesidad o expectativa que les son propias. En tales supuestos, la condición de garante que tiene el Estado frente a las personas bajo su jurisdicción adopta rasgos peculiares, insoslayables para el poder público y generadores de derechos para el individuo.

12. Esas peculiaridades en el papel garantizador del Estado o, dicho de otro modo, en su condición de garante del efectivo acceso a derechos y libertades, puede manifestarse al amparo de decisiones políticas de carácter general que pretenden avanzar en el equilibrio entre los integrantes de la sociedad y ganar espacios para la justicia social. Tal ocurre, por ej., cuando la función garantizadora especial se ejerce a favor de sectores menos provistos de fuerza económica o política, como los trabajadores y los campesinos, los indígenas, los niños y adolescentes, con las correspondientes variantes, muy pronunciadas.

13. Por otra parte, la condición especial de garante del Estado se puede considerar en supuestos específicos derivados de una situación jurídica o una determinación biopsicológica que pone en manos del poder público --por sí o por medios descentralizados y subsidiarios-- una mayor carga de deberes de conducción y/o protección de carácter directo, y en correspondencia determinan en el individuo una cierta reducción de su esencial autonomía, que abre zonas propicias --y

exigentes-- para la actuación inmediata del Estado. A esta categoría heterogénea corresponden los supuestos de privación de libertad que restringen éste y otros derechos --no obstante las proclamaciones en sentido diferente-- con fines de aseguramiento o punición (presos), terapéuticos (enfermos) o educativos (educandos internos). En tales casos varían las características y la intensidad de la intervención legítima del Estado, y por lo tanto el grado de responsabilidad y autoridad de éste, en forma paralela a la disminución --en virtud de elementos naturales o de mandamientos de autoridad-- de la libertad y capacidad del individuo para definir, organizar y conducir su propia vida.

6. ENFERMEDAD MENTAL, AUTONOMÍA Y DESVALIMIENTO

14. Parece evidente que la reducción más intensa del autogobierno personal se presenta en los enfermos mentales --existen, por supuesto, diversas categorías de enfermedad, de las que derivan distintas situaciones personales--, frecuentemente sustraídos, cuando se hallan en régimen de internamiento determinado por dolencias severas, a las más elementales decisiones, y confiados --en el seno de una institución dotada de los reglamentos y sujeciones más intensos -- a la autoridad casi absoluta de sus tratantes y custodios. No sucede lo mismo, a pesar de existir notables factores de reducción, en otras hipótesis: ni siquiera en lo que respecta a los infractores, que conservan diverso grado de autonomía, más o menos elemental, en función de la lucidez que mantienen y del espacio --a veces muy reducido física, social e institucionalmente-- en el que pueden ejercerla. Con todo, la historia de la autonomía --o mejor, de la heteronomía-- y la sujeción en las prisiones corre paralela a la historia de esos mismos fenómenos en los internados para enfermos mentales, personajes del universo de los excluidos. Van de la mano, en esa crónica oscura, el criminal y el "poseso".

15. En tal virtud, el enfermo mental interno en una institución del Estado suele ser el sujeto peor provisto, el más desvalido, el marginado por partida doble --por la exclusión social en que se le tiene y por la extrañeza que trae consigo la enfermedad que le aqueja--, el menos competente para ejercer una enrarecida autonomía --que en ocasiones carece de rumbo y sentido y puede naufragar en circunstancias de daño y peligro--, y por todo ello suscita una acrecentada condición de garante a cargo del Estado, que se despliega hasta en los menesteres más elementales.

16. La Corte Interamericana ha examinado la intensidad especial de la calidad de garante del Estado con respecto a los pobladores de instituciones en las que se aplica un minucioso régimen de vida, impuesto a ultranza, que pretende abarcar todo el tiempo y casi todos los sucesos de la existencia, como sucede en las prisiones y los reclusorios para niños y adolescentes. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Tribunal explora por primera vez la situación del enfermo mental interno, que se halla bajo la garantía --preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables-- del Estado: sea directa, sea a través de la subrogación de un servicio, que en todo caso sustituye las manos que lo proveen, pero no cancela la responsabilidad pública por la prestación eficaz y respetuosa de la *lex artis* respectiva --que marca los deberes de cuidado en la atención psiquiátrica--, de la ética específica aplicable al trato de los pacientes en general y de los pacientes psiquiátricos en particular, y de la asunción de cargas y respuestas con motivo del desempeño y los resultados del servicio.

17. Si el enfermo mental sufre el más radical abatimiento de la autonomía --en el doble plano del discernimiento crítico y la capacidad de conducción-- y se halla en la

mayor dependencia imaginable con respecto al sujeto obligado a su atención --el agente del Estado, directo o indirecto, principal o subrogado--, deviene el individuo más requerido de atención entre cuantos se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado, y éste asume una posición de garante aún más imperiosa e intensa, comprometedora y completa que la que ejerce en cualesquiera otros desempeños.

7. EL "ENCUENTRO" ENTRE EL ENFERMO MENTAL Y EL ESTADO

18. En tanto existe una responsabilidad más amplia, que solicita una respuesta más completa --integral, absoluta-- cabe esperar del Estado que atiende al paciente psiquiátrico una garantía más extensa, profunda y constante de los derechos del individuo privado de las condiciones que le permitirían ejercerlos por sí mismo: vida, alimento, salud, relación, por ejemplo. Esta garantía se proyecta en todas las direcciones naturalmente practicables: tanto en abstenciones --v.gr., respeto a la integridad, abstención de experimentos ilícitos, maltrato-- como en acciones o prestaciones --el suministro de satisfactores que moderen la desgracia y favorezcan, si es posible, la recuperación de la salud o la supresión del dolor y la angustia.

19. Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas --¿cuántas?-- instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín --ciertamente no como inconformidad democrática-- y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos "terapéuticos" que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la "mala entraña"; la del enfermo mental, de la "locura": ésta es, por definición, irracional e inatendible.

20. He subrayado que el encuentro entre el presunto o probable delincuente y el Estado juzgador y ejecutor plantea la región más oscura para el imperio de los derechos humanos: se enfrentan el "crimen" y la "ley"; es previsible el destino del enfrentamiento. Sin embargo, quizás es más densa la penumbra, a propósito de ese imperio, en el encuentro entre el Estado terapeuta y el enfermo mental: chocan la razón y la sinrazón, la cordura y la locura. El final del lance también es predecible.

21. Entre el ser humano privado de razón y el Estado dotado de poder --no apenas la fuerza física del guardián, sino la fuerza científica del tratante-- sólo existe la línea divisoria de los derechos humanos y la voluntad del Estado de cumplir la encomienda de garante que le atribuye la Constitución. La Sentencia se ha referido a algunos aspectos de esta cuestión al mencionar el "desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad (que) se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas".

22. Cabe suponer --pero no es necesario hacerlo: el tema se halla extensamente estudiado y documentado, de tiempo atrás, en muchos medios-- las características del encuentro entre el enfermo mental y quienes le rodean, a título de custodios, tratantes y autoridades, cuando aquel se halla en una institución que se pliega a los rasgos de las instituciones totales, minuciosamente reguladas, y entraña la mayor autoridad --técnica, con sus implicaciones fácticas-- del tratante y la menor autonomía del tratado, que por definición carece de las condiciones de apreciación,

deliberación y previsión en las que se funda, razonablemente, el ejercicio de la autonomía personal. De ahí la perentoria necesidad de que el régimen en tales instituciones --y, en general, en el trato entre la institución, el facultativo y el paciente-- se halle sujeta a supervisiones y correctivos que deben operar con fluidez, competencia, constancia y responsabilidad.

8. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

23. En el ámbito del tratamiento psiquiátrico --especialmente el tratamiento institucional, pero también el doméstico o ambulatorio, en el que toman parte importante los allegados al enfermo-- adquieren significado especial el principio de legalidad que debe proyectarse sobre toda forma de detención y el derecho a la seguridad. Hoy día --y desde hace tiempo--, la ley detalla las condiciones para la detención de las personas a partir de una hipótesis de crimen o infracción, y establece los límites y condiciones de la reclusión. Esto forma parte de la legalidad penal, frecuentemente soslayada o distraída.

24. Menos cuidadoso es el régimen destinado a la legitimación del internamiento de enfermos mentales --aun cuando se hayan multiplicado las reglas, principios y declaraciones sobre la materia--, como si la libertad o el cautiverio de éstos, justificados por el tratamiento --noción que se discute en el caso de los presos, pero campea en el de los enfermos--, merecieran menos la tutela del derecho a la libertad personal. Por el contrario, éste sólo podría decaer cuando exista una justificación bastante que lo autorice, anclada precisamente en la ley y no sólo en la opinión o el arbitrio del tratante, el familiar o la autoridad administrativa.

25. Por su condición humana y a despecho de su dolencia, el enfermo mental conserva derechos que sólo es legítimo afectar a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento, razonables y moderadas en la mayor medida posible, que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar. La evolución del delincuente o del menor de edad, que finalmente salieron del imperio de la fuerza --o de la pura benevolencia, en el mejor de los casos-- para ingresar en el del derecho y la razón, investidos de facultades exigibles y garantías accesibles, no se ha presentado con la misma diligencia, si acaso alguna, e intensidad, la que ésta sea, en el ámbito de los pacientes psiquiátricos, mucho más expuestos que aquéllos al imperio del custodio y la decisión del profesional.

9. DELEGACIÓN DE SERVICIOS Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

26. Los hechos en los que perdió la vida el señor Ximenes Lopes se produjeron mientras se hallaba sujeto a medidas terapéuticas en una institución médica privada que actuaba, en su caso, por delegación del Estado. La observancia del derecho universal a la protección de la salud, que ha ganado amplio terreno en textos nacionales e internacionales, constituye el marco organizativo del sistema de salud, en el que intervienen agentes públicos y privados sobre los que se ejerce, en diverso grado, la supervisión del Estado. A partir de aquí se construyen sendos modelos de tratamiento que atraviesan los diversos espacios del orden administrativo: desde la centralización pública estricta hasta la prestación libre de servicios profesionales.

27. No es mi propósito --ni lo fue el de la Corte en la Sentencia a la que agrego

este *Voto*-- examinar esos modelos y analizar sus ventajas y desventajas. Es preciso destacar, sin embargo, como lo ha hecho la Sentencia, que cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde --porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales--, no queda desvinculado en absoluto --es decir, "excluido de su responsabilidad estricta"-- de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado sólo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a éste y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, "responde por ella", sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responden ante el Estado.

28. Es posible distinguir entre la mera supervisión --que no es, sin embargo, distancia total e indiferencia institucional-- por parte del Estado con respecto a los entes privados, tanto facultativos como empresas médicas, que actúan sobre los usuarios del servicio (pacientes) con apoyo en una relación de derecho privado, aunque reviste interés público o social; y la responsabilidad material que conserva el Estado cuando interviene, por acuerdo de éste y con él, un ente privado que opera en una relación de derecho público con el Estado del que recibe su encargo, relación que trasciende hacia el usuario del servicio convertido en beneficiario de esa relación.

10. RECONOCIMIENTO DE RESPONSABILIDAD

29. En el *Caso Ximenes Lopes*, el Estado demandado reconoció bajo diversos conceptos los hechos que se le atribuían y las características de éstos. Lo hizo mediante explícitas admisiones de hechos y formuló reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Esta actitud del Estado --que tiene repercusiones sustantivas y procesales-- fue apreciada por la Corte y forma parte de una creciente corriente de entendimiento que favorece la composición entre las partes. Las dimensiones éticas y jurídicas de este comportamiento procesal ameritan reflexión. Fenómenos semejantes, que la Corte ha valorado, se observaron en el mismo período de sesiones en el que se dictó la resolución sobre este litigio, por lo que respecta a los otros dos casos examinados en julio de 2006: *Caso de las Masacres de Ituango* (Colombia) y *Caso Montero Aranguren* (Venezuela).

Sergio García Ramírez
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario